Wichert, ZMR 2019, 1

Thema: Bestellerprinzip beim Kauf einer Wohnimmobilie?

Zeitschrift: ZMR - Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
Autor: Dr. Joachim Wichert
Rubrik: Aufsätze
Referenz: ZMR 2019, 1 - 3 (Ausgabe 1)

Bestellerprinzip beim Kauf einer Wohnimmobilie?

Von Dr. Joachim Wichert, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main und Berlin[*)]

I. Einführung

Beim Kauf einer Wohnimmobilie fallen beträchtliche Nebenkosten an: Grunderwerbsteuer, Notargebühren und häufig auch eine Maklerprovision. Um den Käufer finanziell zu entlasten, wird nun vom Bundesjustizministerium erwogen, das sog. Bestellerprinzip auf den Kauf von Wohnimmobilien einzuführen.[1)] Unlängst haben auch die Grünen im Bundestag einen entsprechenden Antrag eingebracht, in dem zusätzlich noch die Deckelung der Maklerprovision auf 2 % inklusive USt. gefordert wird.[2)]

Das Bestellerprinzip ist schon bei der Wohnungsmiete stark umstritten.[3)] Dies beruht auch auf dem Umstand, dass beim Bestellerprinzip eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur begründet werden kann, wenn der Makler nach § 2 Abs. 1a WoVermRG ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter den Auftrag einholt. Kommt ein Mietvertrag – aus welchen Gründen auch immer – nicht zustande, ist die Wohnung für den Makler „verbrannt",[4)] da er diese keinem weiteren Interessenten anbieten darf. Das dem Bestellerprinzip innewohnende Verbot der Doppeltätigkeit wird durch das Merkmal der Ausschließlichkeit unnötig überdehnt. Der sehr enge Tatbestand führt dazu, dass kaum ein Makler aufgrund eines Suchauftrages tätig wird. Ob die faktische Abschaffung des Suchauftrages auch beim Kauf sinnvoll ist, ist zweifelhaft.

Allerdings hat das BVerfG die geäußerten verfassungsrechtlichen Zweifel gegen das Bestellerprinzip bei der Wohnungsmiete zurückgewiesen.[5] Das heißt aber nicht zwangsläufig, dass das Bestellerprinzip bei der Vermittlung eines Wohnungskaufs (verfassungs-)rechtlich unproblematisch wäre.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken

Das geplante Bestellerprinzip beim Kauf einer Wohnimmobilie beschränkt die Berufsausübungsfreiheit der Makler (Art. 12 Abs. 1 GG). Denn geschützt ist auch das Recht, die Vergütung für eine Dienstleistung festzusetzen oder mit Dritten frei auszuhandeln.[6] Demgegenüber führt das Bestellerprinzip zur Nichtigkeit vertraglicher Vereinbarungen, durch die Käufer von Wohnimmobilien zu einer Maklerprovision verpflichten werden sollen. Natürlich beschränkt auch die von den Grünen ins Auge gefasste Deckelung der Provision die Berufsausübungsfreiheit der Makler.

Die Berufsausübungsfreiheit darf aus Gründen des Gemeinwohls beschränkt werden. Aber welche wären das? Zumindest kann man die Erwägungen des BVerfG zum Bestellerprinzip bei der Wohnungsmiete nicht ohne weiteres auf den Wohnungskauf übertragen. Zum einen dürfte schon die Schutzbedürftigkeit von Wohnungskäufern in Frage gestellt werden. Wohnungskäufer sind offensichtlich mit sozial schwachen Mietern nicht zu vergleichen. Während das Bestellerprinzip bei Mietwohnungen auf das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG gestützt werden kann und somit eine gewisse Zuständigkeit für staatliches Handeln noch begründet sein mag, erscheint dies beim Kauf nicht der Fall zu sein. Zum anderen gibt es unterschiedliche regionale Gepflogenheiten, die bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen wären. Richtig ist zwar, dass in einigen Regionen üblicherweise der Käufer die Maklerprovision zu zahlen hat (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Hessen).[7] In den anderen Regionen wird die Maklerprovision aber üblicherweise geteilt, was der Rolle des Maklers als Mittler zwischen Käufer und Verkäufer am nächsten kommt.

Eine Rolle dürfte auch spielen, dass durch das Bestellerprinzip beim Kauf einer Wohnimmobilie für viele Makler nach der Wohnungsmiete ein weiteres wichtiges Feld wegbräche. Bei dem Bestellerprinzip für die Wohnungsmiete ging

der Gesetzgeber selbst von erheblichen Umsatzverlusten des Maklerstandes aus.[8] Bei einer Erweiterung des Bestellerprinzips würden sich diese Umsatzverluste selbstverständlich vervielfachen.

*) www.aclanz.de.

1) Dazu becklink 2010699; dies hatte bereits die SPD vorgeschlagen, becklink 2005429; vgl. auch Toschka/Voigtländer, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, IW-Kurzberichte 6/2017.

2) BT-Drucks. 19/3554; mittlerweile haben die Grünen auch einen entspr. Gesetzentwurf eingebracht, BT-Drucks. 19/4557.

3) Kritisch etwa Fischer, IMR 2016, 3356; *ders.*, WuM 2016, 391 [396]; Bethge, ZMR 2014, 931; Herlitz, jurisPR-MietR 22/2016 Anm. 6; NK-BGB/Wichert, 3. Aufl. 2016, § 652 Rn. 130a; positiv dagegen BeckOGK-BGB/Meier, Stand: 01.06.2018, § 652 Rn. 102.3; Wiek, WuM 2016, 551; vgl. i.Ü. auch Magnus/Wais, JZ 2016, 183.

4) Kritik des Bundesrates an der Folge des Bestellerprinzips, BR-Drucks. 447/14 (Beschluss).

5) BVerfG, 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15, ZMR 2016, 749; anders Hufen, NZM 2014, 663.

6) BVerfG, 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15, ZMR 2016, 749; BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, BB 2007, 617; Burghart, in: Leibholz/Rinck, GG, Stand: Mai 2018, Art. 12 Rn. 188.

7) Ohne Verfasser, AIZ 2018, 14 [15].

8) BT-Drucks. 18/3121, 4.

Wichert: Bestellerprinzip beim Kauf einer Wohnimmobilie? - ZMR 2019 Ausgabe 1 - 2 >>

Bei einer Interessenabwägung wäre auch in den Blick zu nehmen, dass die Käufer einer Wohnimmobilie häufig heterogene Interessen verfolgen und nicht stets Eigennutzer sind.[9] Sicherlich gibt es diejenigen, welche eine Wohnimmobilie zum Eigenbedarf erwerben wollen. Aber häufig wird eine Wohnimmobilie zu

Anlagezwecken oder auch zur Altersversorgung erworben, und zwar nicht nur von den üblichen Verdächtigen wie Ärzten, Anwälten und Architekten. Müssen auch solche Erwerber durch ein erweitertes Bestellerprinzip vor Maklern geschützt werden?

Schließlich wäre im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Eignung des Bestellerprinzips beim Kauf von Wohnimmobilien zu bezweifeln. Denn es steht zu erwarten, dass der Verkäufer die Maklerprovision nicht mehr im Kaufvertrag als solche ausweist, sondern diese unmittelbar in den Kaufpreis einfließt. Das mag Vorteile bei der Finanzierung haben.[10] Entscheidender ist aber der Nachteil, dass die übrigen Nebenkosten wie Grunderwerbsteuer und Notargebühren steigen. Es besteht also zumindest das Risiko, dass die Einführung des Bestellerprinzips den Preis von Wohnimmobilien verteuert.

Verfassungsrechtlich noch kritischer ist die von den Grünen zusätzlich geforderte Deckelung der Maklerprovision zu beurteilen. Denn anders als in der Wohnraummiete soll diese Deckelung nicht nur bei einem Maklervertrag mit einem Wohnungssuchenden gelten (§ 3 Abs. 2 WoVermRG); vielmehr soll sie sich auch auf den Maklervertrag mit dem Eigentümer erstrecken. Die Grünen begründen dies lapidar wie folgt: „Eine Studie des BMELV und Wohnen im Eigentum e.V. zeigt deutlich, dass die Maklercourtage in Deutschland deutlich über dem europäischen Niveau liegen (Leistungen und Provisionen transparent, 2006). Daher ist davon auszugehen, dass trotz einer entsprechenden Anpassung der Maklercourtage, diese weiterhin auskömmlich ist."[11] Hier geht es um einen möglichen weiteren schweren Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der auch noch die heute üblichen Provisionen deutlich unterschreitet. Ein solcher Eingriff lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass die Grünen eine zwangsweise reduzierte Provision für „auskömmlich" halten. Das kann man nur so sehen, wenn man den geldwerten Vorteil einer Maklerleistung für die Vertragsparteien als solchen nicht anerkennt, etwa weil man Maklerdienstleistungen weitgehend für überflüssig hält. Geht man aber davon aus, dass eine Maklerdienstleistung doch einen eigenen geldwerten Vorteil für die Vertragsparteien hat, provoziert man das Risiko, dass solche Geschäfte künftig schwarz abgewickelt werden und eine intransparente Schattenwirtschaft entsteht. Das kann nicht gewollt sein. Zudem scheint der Vorschlag der Grünen nicht zu berücksichtigen, dass auch Makler einen Betrieb unterhalten müssen und dass eine Provision überhaupt nur im Falle des Erfolgs anfällt. Von „auskömmlich" kann also mitnichten die Rede sein.

Ob diese rechtlichen Bedenken das BVerfG zu einer anderen Bewertung des erweiterten Bestellerprinzips veranlassen würde, sei dahingestellt. Immerhin hat es in seiner einschlägigen Entscheidung zum bisherigen Bestellerprinzip den weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont.[12] Aber auch wenn die Schwelle der Verfassungswidrigkeit nicht erreicht würde, handelt es sich um schwerwiegende rechtliche Bedenken, die der Gesetzgeber nicht einfach aus Gründen der politischen Opportunität wegwischen sollte.

III. Alternativen

Es gäbe durchaus Alternativen, vorhandene Missstände zu beseitigen, dadurch Käufer zu schützen und gleichzeitig das Maklerrecht zu modernisieren. Dies könnte auch bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung eine Rolle spielen, nämlich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter dem Aspekt der Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs. Solche Alternativen wären etwa:[13]

- Verbesserung der Qualifikation durch einen Fachkundenachweis, um schwarze Schafe auszusondern und die Qualität der Dienstleistung auch zugunsten von Wohnungskäufern zu verbessern,
- Schriftformerfordernis des Maklervertrags, wenn es sich um Immobilien handelt, um erfinderischen konkludenten Gestaltungen den Boden zu entziehen,
- Verpflichtung zur Transparenz bei Doppeltätigkeit und zur ausdrücklichen Zustimmung bei Doppeltätigkeit von Vermittlungs- und Vertrauensmaklern, um den Anschein von Interessenkollisionen zu vermeiden.

Wenn man darüber hinaus die Maklerprovision des Käufers unbedingt reduzieren will, so käme eher eine Verpflichtung zur Teilung zwischen Verkäufer und Käufer in Betracht, wie sie in der Mehrzahl der Bundesländer sowieso üblich ist. Realisiert werden könnte eine solche Teilung, indem die Fälligkeit einer Käuferprovision von der Zahlung der Verkäuferprovision abhängig gemacht wird. Eine solche zwangsweise Teilung der Maklerprovisionen wäre zwar entsprechenden Einwänden ausgesetzt wie das erweiterte Bestellerprinzip. Aber es wäre zumindest das kleinere Übel.

Die Wohnungskaufpreise würden aber auch durch die Verpflichtung zur Teilung der Maklerprovision nicht sinken. Letztendlich dürften sie sich stets nach Angebot und Nachfrage richten. Bei Einführung des Bestellerprinzips im Mietwohnungsmarkt wurde diesem Argument zwar kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen. Das gilt aber so beim Wohnungskauf nicht: Wohnungskaufpreise sind nicht durch Mietspiegel, Mietpreisbremse und ähnliche Maßnahmen reglementiert.

IV. Fazit

Es gibt gute Gründe für eine Reform des Maklerrechts. Die Erweiterung des Bestellerprinzips oder die Deckelung der Maklerprovision sind indes keine geeigneten Mittel. Sie dienen nur der öffentlichkeitswirksamen Sank-

9) Vgl. Fischer, IMR 2016, 3356 Rn. 28.

10) So Toschka/Voigtländer, Institut der deutschen Wirtschaft Köln, IW-Kurzberichte 6/2017; anders Aengevelt, AIZ 9/2018, 9 [10].

11) BT-Drucks. 19/3554.

12) BVerfG, 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15, ZMR 2016, 749.

13) Bethge, ZMR 2014, 931.

Wichert: Bestellerprinzip beim Kauf einer Wohnimmobilie? - ZMR 2019 Ausgabe 1 - 3 <<

tionierung eines in Teilen der Bevölkerung wenig beliebten Berufstands.

Wer die unbestrittene Wohnungsmisere mit Aussicht auf Erfolg bekämpfen will, muss dafür sorgen, dass in den begehrten Städten Wohnungen gebaut werden und auch das Umland als attraktiv empfunden wird, etwa durch Ausbau des öffentlichen Nahverkehrs. Eine Studie des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat jüngst dazu einige Vorschläge

gemacht.[14] Man sollte sich mit ihnen inhaltlich auseinandersetzen und sie nicht einfach als „marktradikalen Unfug", „abenteuerlich" oder „unverantwortlich" abtun.[15]

14) Gutachten „Soziale Wohnungspolitik", abzurufen unter www.bmwi.de.

15) Die oftmals zu beobachtende fehlende Bereitschaft, über Argumente zu diskutieren, die nicht ins eigene Weltbild passen, kritisiert auch Blümmel, GE 2018, 1009.