

Prof. Dr. Friedhelm Hufen
o. Professor für Öffentliches Recht -
Staats- und Verwaltungsrecht
an der Universität Mainz

D-55128 Mainz
Backhaushohl 62
Tel.: (06131) 3 44 44
Fax: (06131) 36 14 49
hufen.friedhelm@t-online.de

Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Bestellerprinzips im Wohnungsvermittlungsrecht

in der Fassung des
Entwurfs eines Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten
Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der
Wohnungsvermittlung – MietNovG - vom 18.03.2014;
vorgelegt durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des

Immobilienverbands Deutschland – IVD
Bundesverband der Immobilienberater, Makler, Verwalter und
Sachverständige e.V.

Übersicht

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung.....	4
I. Gegenstand.....	4
II. Sachverhalt.....	4
1. Allgemeine Entwicklung – frühere Regelungsvorschläge.....	4
2. Insbesondere: Der Gesetzentwurf des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz.....	6
3. Folgen für die Betroffenen.....	7
III. Verfassungsrechtliche Problemstellung.....	8
IV. Ziele, Thematische Eingrenzung.....	10
V. Aufbau der Untersuchung.....	11
B. Das Bestellerprinzip in der Fassung des Referentenentwurfs.....	12
I. Prüfungsmaßstab Berufsfreiheit (Art. 12 GG).....	12
1. Schutzbereich.....	12
a. Sachlich.....	12
b. Personell.....	14
2. Eingriff.....	15
a. Allgemeines.....	15
b. Geplante Maßnahmen.....	15
c. Gezieltes Zurückdrängen: Mehr als bloße Berufsausübungsregelung.....	16
d. Kumulative Eingriffe.....	18

3. Rechtfertigung von Eingriffen.....	19
a. Gesetzesvorbehalt.....	19
b. Gesetzgebungskompetenz.....	19
c. Verhältnismäßigkeit.....	19
aa. Ziel: wichtiges Gemeinschaftsgut.....	21
bb. Eignung.....	23
cc. Erforderlichkeit – alternative Lösungen, milderer Mittel.....	31
dd. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	34
(1) Zumutbarkeit – subjektive Härte.....	34
(2) Vertrauensschutz.....	39
(3) Angemessener Ausgleich der Belange – Abwägung.....	41
ee. Folgerichtigkeit.....	43
II. Prüfungsmaßstab Schutz des Eigentums (Art. 14 GG).....	45
III. Prüfungsmaßstab Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).....	46
IV. Prüfungsmaßstab Gleichheitssatz (Art. 3 Abs.1 GG).....	47
C. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	49

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung

I. Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist die verfassungsrechtliche Prüfung des sogenannten Bestellerprinzips im Recht der Wohnungsvermittlung, und zwar in der Ausprägung, die dieses Prinzip durch den Entwurf eines *Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung* (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietRNovG) vom 18.03.2014 gefunden hat. „Bestellerprinzip“ bedeutet im Recht der Wohnungsvermittlung, dass derjenige, der den Vermittler beauftragt, auch für dessen Provision aufzukommen hat. Im Mittelpunkt des folgenden Rechtsgutachtens steht die Frage, ob das Bestellerprinzip verfassungskonform in der Weise interpretiert und normiert werden darf, dass ein entgeltlicher Maklervertrag zwischen einem Wohnungssuchenden und dem Wohnungsvermittler nur noch dann zustande kommt, wenn der Wohnungssuchende in Textform einen Suchauftrag erteilt und der Makler **ausschließlich** wegen dieses Suchauftrages diejenige Wohnung beschafft, über die der Mietvertrag schließlich zustande kommt.

So der Referentenentwurf (in der Folge: Entwurf des BMJV) in seinem Vorschlag zur Neufassung von § 2 Abs. 1a und 5 sowie § 8 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermRG).

II. Sachverhalt

1. Allgemeine Entwicklung – frühere Regelungsvorschläge

In der Bundesrepublik Deutschland – wie auch in anderen europäischen Staaten – wird seit langem das Problem der Verfügbarkeit preiswerten Wohnraums in den Ballungszentren erkannt und diskutiert. Die Begrenztheit des verfügbaren Raumes, die Umwandlung teils günstiger Mietwohnungen in hochpreisige

Eigentumswohnungen, Wertsteigerungen durch Umbauten und Renovierungen wie auch der Drang in bestimmte Wohnlagen der Städte haben dazu geführt, dass vor allem Mitglieder einkommensschwacher Haushalte und Durchschnittsverdiener Schwierigkeiten haben, eine bezahlbare Wohnung in nachgefragten Lagen zu finden.

Die Knappheit des Wohnungsangebots in Ballungsräumen und die hohe Fluktuation führen zu einer deutlichen Steigerung der Bedeutung der gewerblichen Wohnungsvermittler (Makler), denen neben der eigentlichen Vermittlung auch eine wichtige Funktion bei der Ermittlung frei werdender Wohnungen, der Auswahl von potentiellen Mietern, der Organisation von Besichtigungen, der Vorbereitung von Verträgen und deren Abwicklung nach Vertragsende zukommt. Diese konnten nach der bisher geltenden Fassung von § 3 Abs. 2 WohnVermRG auch dann vom Wohnungssuchenden eine Provision für den erfolgreichen Abschluss eines Mitevertrags verlangen, wenn sie im Auftrag des Vermieters tätig geworden waren – eine Verteilung der Kosten, die wegen der Kräfteverhältnisse und des Interesses des Wohnungssuchenden an der vermittelten Wohnung auch in den meisten Fällen in Anspruch genommen wurde. Mieter sind allerdings insofern geschützt, als § 3 Abs. 2 WohnVermRG bundeseinheitlich die Höhe der Provision auf zwei Monatsmieten begrenzt. Gleichwohl wird diese Provision offenbar von vielen Wohnungssuchenden als besonders belastend empfunden, zumal es gerade in Ballungszentren immer weniger „frei vermietbare“ Wohnungen zu geben scheint und die geschilderten Leistungen des Vermittlers auch für den Wohnungssuchenden in der Öffentlichkeit gerade wegen der Möglichkeit der Kostenabwälzung nicht hinreichend erkennbar zu sein scheinen.

Bereits in der Vergangenheit hat die geschilderte Entwicklung dazu geführt, dass Politiker durch vorgeschlagene „Mietpreisbremsen“ versuchen, auf die Preisentwicklung Einfluss zu nehmen und im Recht der Wohnungsvermittlung das Bestellerprinzip einzuführen. Mit dem Ziel der Vermeidung zusätzlicher

Kosten durch die Wohnungsvermittlung (Maklergebühren) wurde auch schon bisher versucht, gerade die Belastung von Mietern und Wohnungssuchenden durch derartige Provisionen zu verringern. So hat in der vergangenen Legislaturperiode der **Bundesrat** unter dem Datum vom 10.07.2013

BT-Drucks. 17/14361.

einen *Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung* eingebracht. Dieser enthielt in einem neu einzufügenden Absatz 2a zu § 2 Abs. 2 Wohnungvermittlungsgesetz eine Formulierung des Bestellerprinzips, nach der die Zahlung eines Vermittlungsentgelts von dem Abschluss eines förmlichen Maklervertrags abhängig gemacht und die Abwälzung der Vermittlungskosten vom Vermieter auf den Mieter ausgeschlossen wurde. Sowohl potentielle Mieter als auch Vermieter sollten als Besteller des Maklers auftreten können. Der Vermittler sollte aber vom Wohnungssuchenden nur dann ein Entgelt fordern können, wenn dieser mit dem Vermittler einen Maklervertrag abgeschlossen hat, bevor der Vermieter den Wohnungsvermittler mit dem Angebot der Wohnung beauftragt hat. Demnach beschränkt sich der Provisionsanspruch auf neu anzufragende und zu ermittelnde Wohnungen. Der „Bestand“ des Maklers kann nicht zur Provision führen.

Demgegenüber enthält der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und der SPD vom November 2013 eine klare Entscheidung für das „echte“ Bestellerprinzip: Mieter und Vermieter können als Auftraggeber des Maklers auftreten können. Wer den Makler bestellt, zahlt die Provision.

Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode, S. 81; erläuternd etwa der SPD-Verhandlungsführer *Florian Pronold*, tagesschau.de vom 5.11.2013.

2. Insbesondere: Der Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz

Über den Koalitionsvertrag geht der jetzt vorliegende Vorschlag des Bundesjustizministeriums in einem entscheidenden Punkt hinaus. Nach § 2 Abs. 1a des Entwurfs soll der Wohnungsvermittler vom Wohnungssuchenden nur dann die Zahlung eines Entgelts verlangen dürfen, wenn der *Wohnungsvermittler von ihm in Textform einen Suchauftrag erhalten hat* (Ziff. 1) *und der Vermittler nur zu diesem Zweck den Auftrag zum Angebot einer Wohnung im Sinne des § 6 Abs. 1 WoVermRG vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten eingeholt hat* (Ziff.2).

3. Folgen für die Betroffenen

Für die Wohnungsvermittler bedeutet der Vorschlag eine erhebliche Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit. Während beim „echten Bestellerprinzip“ der Wohnungsvermittler sowohl auf Auftrag des Wohnungseigentümers als auch des Wohnungssuchenden tätig werden und unabhängig beim Abschluss eines Mietvertrags über ein von ihm benanntes Objekt sein Honorar verlangen kann, tritt der Wohnungssuchende nach dem Gesetzgebungsvorschlag allenfalls in extremen Ausnahmesituationen als Besteller auf. Schon wenn der Makler vom Vermieter einen echten Auftrag erhalten hat und der Wohnungssuchende erst danach seinerseits einen Suchauftrag für diese Wohnung erteilt, fällt beim Wohnungssuchenden kein Entgelt mehr an. Dasselbe gilt, wenn zwar ein Suchauftrag erteilt ist, die betreffende Wohnung dem Wohnungssuchenden aber nicht zusagt. Dann kann der Vermittler kein Entgelt verlangen, wenn er aus seinem „Bestand“ dem Wohnungssuchenden eine andere geeignete Wohnung anbietet. Darüber hinaus ist die ursprünglich angebotene Wohnung insofern „verbraucht“, denn auch für weitere Wohnungssuchende gilt sie nicht mehr als im Auftrag des Wohnungs-

suchenden ermittelte Wohnung. Will der Vermittler vom Wohnungssuchenden eine Provision erreichen, dann darf er ihm also keine aus seinem Bestand anbieten, sondern muss für diesen einen Fall zunächst eine andere Wohnung suchen. Erkennbares Motiv ist ausschließlich die vermeintliche Entlastung des Wohnungssuchenden.

Nach dem Referentenentwurf sollen die Mieter insgesamt mit 854 Mio Euro entlastet werden, wovon 571 Millionen auf die Maklercourtage entfallen sollen.

Gerade in schwierigen Fällen hat dieser aber schon deshalb keinen Vorteil, weil selbst auf einen erteilten schriftlichen Suchauftrag der Makler ihm immer nur eine Wohnung anbieten kann, der Wohnungssuchende also praktisch keinen Zugriff auf den „Bestand“ der dem Vermittler bekannten zu vermietenden Wohnungen hat. Gerade der wirtschaftlich denkende Makler wird sich, will er überhaupt eine Provision erreichen, also auf den Anbieter konzentrieren und die Interessen der Wohnungssuchenden – im Gegensatz zu den Zielsetzungen des Gesetzes – vernachlässigen. Darauf wird unter dem Stichwort „Eignung der Regelung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung“ zurückzukommen sein.

Betroffen von diesen geradezu konzentrisch auf die Wohnungsvermittler gerichteten Maßnahmen wären in Deutschland vorwiegend kleine bis mittlere mittelständische Unternehmen mit zu einem großen Anteil (73,7%) bis zu 5 Mitarbeitern, von denen 52,3 % in Großstädten mit mehr als 100.000 Einwohnern tätig sind. Von ihrem Umsatz beziehen sich im Schnitt 40 % auf die Vermittlung von Wohnungen. Würde der Entwurf Gesetz, so sehen sich etwa 32 % in ihrer beruflichen Existenz gefährdet.

Zahlen nach *Immo/MediaConsult/Immobilienzeitung/Immobilien Scout 24*, Die große Branchenstudie zum Bestellerprinzip. Eine Online-Befragung von 2372 Immobilienprofis im Auftrag von Immobilien Scout und der Immobilienzeitung Mai 2014

III. Verfassungsrechtliche Problemstellung

Die vorgeschlagene Regelung wirkt für sich genommen und in Kombination mit der geplanten „Mietpreisbremse“ erhebliche verfassungsrechtliche Probleme auf, die weder in der Begründung des Referentenentwurfs noch in der Öffentlichkeit bisher diskutiert worden sind. So bezieht sich die Begründung ausschließlich auf die Begrenzung des Mietanstiegs einerseits und auf die Entlastung der Wohnungssuchenden von Vermittlungskosten andererseits. Unter dem Stichwort „Erfüllungsaufwand“ findet sich kein Hinweis auf die Folgen für Vermittler und Vermieter; unter dem Stichwort „weitere Kosten“ wird lediglich lapidar vorausgesagt, dass für Wohnungsvermittler die voraussichtliche Änderung des Verhaltens von Vermietern durch die Neuregelung im Wohnungsvermittlungsrecht zu deutlichen Umsatzrückgängen führen dürfte. Argumente, die sich auch nur im Ansatz auf die Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Maßnahmen für die Betroffenen beziehen, sind nicht ersichtlich.

Vor diesem Hintergrund ist es Aufgabe des vorliegenden Rechtsgutachtens, die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der gesetzlichen Regulierung der Wohnungsvermittlung aufzuzeigen. Insbesondere geht es um die Vereinbarkeit des „Bestellerprinzips“ in der Version des Entwurfs des Justizministeriums mit den Grundrechten der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), ggf. auch des Grundrechts auf Eigentum (Art. 14 GG), der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG). Soweit die Maßnahme im Zusammenhang mit anderen Erschwerungen der Berufstätigkeit steht, stellt sich das Problem des **kumulativen Grundrechtsingriffs**.

Da die Regelungen die bereits im Bereich der Wohnungsvermittlung tätigen Grundrechtsinhaber und deren Dispositionen erfassen, ist ferner das Problem

des **Vertrauensschutzes** und der notwendigen **Übergangsfristen** aufzuwerfen. So greift die Regelung zwar nicht auf in der Vergangenheit liegende abgeschlossene Tatbestände zurück (echte Rückwirkung), betrifft aber Grundrechtsträger, die ihre Berufswahl und ihre wirtschaftlichen Dispositionen im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage getroffen haben (sog. „unechte Rückwirkung“). Das ist vor allem in den Fällen zu beachten, in denen die Beachtung neuer Berufsausübungsregeln nicht ohne zeitaufwendige und kapitalintensive Umstellungen des Betriebsablaufs möglich ist und der Grundrechtsträger deshalb seine bislang in erlaubter Weise ausgeübte Berufstätigkeit bei unmittelbarem Inkrafttreten der Neuregelung zeitweise einstellen müsste.

BVerfGE 131, 47, 58 – Umstrukturierung von Unternehmen der Telekommunikation

Prüfungsmaßstäbe sind auch insofern die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und das Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 GG). Der rechtsstaatliche Vertrauensschutz wird in der neueren Rechtsprechung nicht mehr gesondert Art. 20 GG zugeordnet und geprüft, sondern in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen.

BVerfGE 64, 72, 83 – Altersgrenze für Prüffingenieure; *BVerfGE* 75, 284, 291 – Rechtsbeistand; *BVerfGE* 119, 59, 77 – Hufschmiedeprüfung für Hufpfleger und Huftechniker

Soweit die Maßnahmen bereits in diesem Bereich tätige Grundrechtseinhaber erfassen, lassen sich deren Rechte also nicht einfach unter den gängigen „Rückwirkungsformeln“ abhandeln, sie sind vielmehr am konkreten Eingriff zu beurteilen.

IV. Ziele, Thematische Eingrenzung

Ziel des folgenden Rechtsgutachtens ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des vorgelegten Entwurfs aus der Sicht der betroffenen Wohnungsvermittler. Rechte der sonstigen Beteiligten und das öffentliche Interesse werden nur einbezogen, soweit sie für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Belang sind. Prüfungsmaßstab ist hier ausschließlich das GG. Mögliche europarechtliche Fragen bleiben ausgeklammert.

Zur den europarechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit von nationalen Gebührenregelungen und Höchstsätzen am Beispiel der Rechtsanwaltsvergütungen und zu deren Einstufung als Marktzugangsbeschränkungen s. etwa EuGH, 29.03.2011, NJW 2011, 1575.

Die verfassungsrechtliche Beurteilung erfolgt derzeit noch unabhängig von der Prüfung der Begründetheit einer möglichen Verfassungsbeschwerde. Es wird vielmehr davon ausgegangen, dass zumindest im derzeitigen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens alle Beteiligten unabhängig von möglichen Rechtsmitteln ein Interesse daran haben, ein komplexes Problem in verfassungskonformer Weise zu lösen und mögliche Risiken der Verfassungswidrigkeit schon im Vorfeld auszuräumen.

Dazu will das vorliegende Rechtsgutachten beitragen.

V. Aufbau der Untersuchung

Obwohl es sich bei der Ausformung des Bestellerprinzips im Entwurf des Justizministeriums streng genommen um ein Verbandsverbot und zwei Ausnahmen (schriftlicher Suchauftrag und ausschließlich wegen dieses Suchauftrags einzuholendes Angebot) handelt, werden die verfassungs-

rechtlichen Probleme hier einheitlich behandelt. Unter Stichworten wie „Schwere des Eingriffs“ ergeben sich aber durchaus Differenzierungen, die zu beachten sind.

Bei der Erörterung der verfassungsrechtlichen Fragen folgt das Gutachten dem gängigen Schema der Grundrechtsdogmatik, indem zunächst nach dem einschlägigen **Schutzbereich**, sodann nach dem konkreten **Eingriff** und dessen Wirkung auf das Grundrecht gefragt wird, bevor im dritten Schritt zu klären ist, ob der **Eingriff gerechtfertigt**, insbesondere ob er **verhältnismäßig** ist. Zu verdeutlichen ist – über die Einzelmaßnahme hinaus - auch der Gesamtzusammenhang und insbesondere die kumulative Wirkung des Entwurfs, die Interdependenz und Kohärenz mit anderen Maßnahmen.

B. Das Bestellerprinzip in der Fassung des Referentenentwurfs

I. Prüfungsmaßstab Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Wichtigster verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für die im Entwurf des Justizministeriums vorgesehenen Beschränkungen der Vermittlertätigkeit ist die in Art. 12 GG geschützte **Berufsfreiheit (Art. 12 GG)**.

1. Schutzbereich

a. Sachlich

Unter „Beruf“ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG jede auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.

So zuletzt etwa BVerfGE 105, 252, 265; 115, 276, 300 ff.

Darunter fallen sämtliche Tätigkeiten, die mit der gewerblichen Verwaltung und Vermittlung von Immobilien und dem Abschluss von Miet- und Kaufverträgen verbunden sind.

Art. 12 Abs. 1 GG zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab.

BVerfGE 54, 301, 313; 81, 70, 85.

Die Freiheit, einen Beruf auszuüben, ist untrennbar verbunden mit der Freiheit, eine angemessene Vergütung zu fordern. Gesetzliche Vergütungsregelungen sind daher an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

BVerfGE 54, 251, 271; zuletzt *BVerfGE* 114, 196, 244 - Beitragssätze.
Auch die Erzielung eines Entgelts für die berufliche Tätigkeit und entsprechende Vereinbarungen der Vertragsparteien fallen schon definitionsgemäß in den Schutzbereich der Berufsfreiheit.

BVerfGE 118, 1, 14ff – Honorarbegrenzung bei Rechtsanwälten

Die Berufsfreiheit umfasst das Recht der am Markt Tätigen, die vertraglichen Beziehungen selbst auszuhandeln und festzusetzen. Insbesondere kann der Anbieter Art und Qualität sowie den Preis der angebotenen Güter und Leistungen selbst festlegen.

BVerfGE 101, 331, 347 – Berufsbetreuer ; *BVerfGE* 106, 275, 299 - Arzneimittelfestbeträge; *BVerfGE* 126, 112, 139 – privater Rettungsdienst.

Dabei handelt es sich auch nicht um bloße wirtschaftliche Markt - und Wettbewerbschancen oder gar Spekulationen, bei denen der Schutz des Art. 12 GG fraglich wäre,

BVerfGE 34, 252, 256 - Veränderung des Marktgeschehens *BVerfGE* 37, 1, 17 - Weinwirtschaftsabgabe

sondern um die grundrechtlich geschützte wirtschaftliche Verwertung der beruflich erbrachten Leistung am Markt.

BVerfGE 118, 1, 15 - Rechtsanwaltsvergütung

Jedes Verbot und jede Einschränkung der wirtschaftlichen Verwertung und des Entgelts ist also ein schwerwiegender Eingriff in den Kernbereich der Berufsfreiheit.

Der **Schutzbereich** der Berufsfreiheit umfasst also grundsätzlich das Recht zur Tätigkeit als Vermittler von Wohnungen gegen Entgelt. Geschützt ist die Tätigkeit auch, wenn sie nicht haupt- sondern nebenberuflich wahrgenommen wird.

Einschränkungen dieses Rechts sind begründungsbedürftige Eingriffe in die Berufsfreiheit und nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig.

b. Personell

In personeller Hinsicht sind durch die Berufsfreiheit alle deutschen natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts

zu letzteren (BVerfGE 50, 290, 363 – Mitbestimmung

geschützt. EU-Bürger genießen durch die Grundfreiheiten der Art. 45, 49 und 63 AEUV praktisch denselben Schutz.

Wernsmann, Die Deutschengrundrechte des Grundgesetzes im Lichte des Europarechts, JURA 2000, 657.

Angehörige von Drittstaaten sind insoweit nicht durch Art. 12 GG, sondern durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

BVerfGE 104, 337, 346 - Schächtverbot.

Da die Vermittlungstätigkeit und deren vertragliche Regelung den Kern der Berufstätigkeit ausmacht, sind auch diese durch die Berufsfreiheit mitgeschützt und unterliegen nicht etwa den Schranken der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Aus Sicht der **Vermieter** stellt die Wohnungsvermietung eine durch das Grundrecht aus Art. 14 GG geschützte Nutzung des Eigentums dar. Soweit die zu beurteilende Regelung den Abschluss bestimmter Verträge (hier über zum Bestand des Vermittlers zählende Objekte) verbietet, ist auch die **Vertragsfreiheit des Wohnungssuchenden** (Art. 2 Abs. 1 GG) insoweit berührt – auch wenn die Regelung seinem eigenen Schutz dient.

2. Eingriff

a. Allgemeines

Art. 12 GG schützt zunächst vor jedem unmittelbaren und gezielten Eingriff in die Berufstätigkeit, also allen auf die berufliche Betätigung gerichteten Geboten, Verboten und sonstigen Sanktionen. Nach dem Wortlaut des Grundrechts zu unterscheiden sind Eingriffe in die **Berufswahl** und die **Berufsausübung**.

BVerfGE 7, 377, 397 - Apotheke

b. Geplante Maßnahme

Inhaltlich greift § 2 Abs. 1a WoVermRG-E i.d.F. des Entwurfs des BMJV (MietNovG) vor allem durch das Verbot der Forderung eines Entgelts für die Vermittlung oder den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Mietvertrags über Wohnräume vom Wohnungssuchenden in die Berufsfreiheit der Vermittler ein. Der Sache nach geht es nicht nur um eine Regulierung der Höhe oder der Voraussetzungen des Entgelts, sondern – ungeachtet der Ausnahmen in Ziff. 1 und 2 des Absatzes um dessen Verbot und damit letztlich um das Verbot des entgeltlichen Abschlusses eines Vermittlungsvertrags über den größten Teil aller in Betracht kommenden Objekte mit mindestens der Hälfte aller potentiellen Vertragspartner. Die Einstufung des Entgeltverbots als Vertragsverbot folgt dabei schon daraus, dass einem Vermittlungsvertrag ohne

Provision bei erfolgreichem Abschluss ein für den Maklervertrag identitätsprägendes Merkmal fehlt. Damit nimmt das Verbot der Tätigkeit die Definition des Berufs, nämlich die Zielsetzung des Erwerbs des Lebensunterhalts. Auch geht es nicht um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, denn die Betroffenen können nicht durch Erfüllen bestimmter Voraussetzungen (wie z. B. das Bestehen einer Prüfung) eine generelle Erlaubnis zu derartigen Verträgen) erlangen.

Das Entgelt- und damit Vertragsverbot des Gesetzesvorschlags stellt offenbar einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, das *BVerfG* habe gelegentlich Honorarregelungen- und begrenzungen sowie Gebührenordnungen nicht als Eingriff, sondern lediglich als Konkretisierung des Schutzbereichs begriffen,

BVerfGE 106, 275, 299 – Versicherungsprämie; BVerfGE 118, 1 –
Gebührenbegrenzung.

denn auch das *BVerfG* hat bereits das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare und damit einer *Art* von Entgelt als mit Art. 12 GG teilweise unvereinbar gehalten und damit den Eingriffscharakter bejaht,

BVerfGE 117, 163, 181

während es bei der hier zu beurteilenden Regelung um ein Verbot *jeglichen* Entgelts für die Wohnungsvermittlung geht.

Die beiden in § 2 Abs. 1a WoVermRG-E Ziff. 1 und 2 genannten Voraussetzungen (schriftlicher Suchauftrag und ausschließlich wegen dieses Suchauftrags einzuholendes Angebot) enthalten demgegenüber keine zusätzlichen Eingriffe in das Grundrecht; inhaltlich stellen sie vielmehr kumulativ zu erfüllende Ausnahmegestaltungen vom grundsätzlichen Entgeltverbot dar.

c. Gezieltes Zurückdrängen: Mehr als bloße Berufsausübungsregelung

Entgelt- und Vertragsverbote für bestimmte Berufstätigkeiten betreffen zumindest bei oberflächlicher Betrachtungsweise nicht die Berufswahl, also das „Ob“ des Berufs der Wohnungsvermittler, sondern die Art und Weise der Berufstätigkeit, das „Wie“ des Berufs, beziehen sich also auf die Berufsausübung.

Gleichwohl können sie im hier zu beurteilenden Zusammenhang nicht als „bloße Berufsausübungsregeln“ mit dem nach der Rechtsprechung des BVerfG geringsten Rechtfertigungsbedarf

BVerfGE 7, 377 - Apotheke

gesehen werden, denn es geht dem Entwurf offenbar nicht einfach um die Art und Weise der Berufsausübung, sondern um das teilweise Zurückdrängen des Berufs aus dem Wohnungsmarkt und damit aus einem großen Bereich der bisherigen Vermittlungstätigkeit. Ihrer Wirkung und Intensität nach handelt es sich hier also durchaus um eine negative Berufswahlregelung, die sich nicht im Sinne subjektiver Zulassungsregeln auf die Qualifikation der Betroffenen richten und auch von diesen nicht beeinflussbar sind. Sie sollen vielmehr durchaus im Sinne einer Drosselung oder sogar Teilschließung des Berufs und als zumindest partielle objektive Zulassungssperre zum normalen Wohnungsmarkt wirken. Auch hat das BVerfG schon vor langer Zeit klargestellt, dass Berufsausübungsregeln, die allein oder im Zusammenwirken mit anderen Regeln ein solches Gewicht erlangen, dass sie die berufliche Existenz beeinträchtigen oder gar gefährden, die Freiheit der Berufswahl tangieren können.

St. Rspr. seit BVerfGE 30, 292, 313 – Erdölbevorratung

Das gilt vor allem, wenn die Berufsangehörigen in der Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf zur Lebensgrundlage und zur Lebensführung zu machen.

BVerfGE 82, 209, 299

Wie oben ausgeführt macht die Vermittlung von Mietwohnungen für die größte Zahl von Maklern mindestens die Hälfte ihres Umsatzes aus und sie wären damit nicht mehr in der Lage, ihren Beruf auszuüben, wenn dieser Teil ihrer Tätigkeit wegfallen würde. Das geplante Vertragsverbot ist also jedenfalls - ungeachtet seiner exakten dogmatischen Einordnung unter dem Stichwort „Rechtfertigung des Eingriffs“ und insbesondere bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ganz anders zu behandeln als „gewöhnliche Berufsausübungsregeln“.

d. Kumulative Eingriffe

Richten sich mehrere Eingriffe gegen denselben Grundrechtsadressaten und tritt dadurch eine besondere Belastung ein, so wird vom „kumulativen“ oder auch „additiven“ Grundrechtseingriff gesprochen.

Hufen, Staatsrecht II, § 35, Rn 40; G. Kirchhof, NJW 2006, 732; Lücke, DVBl. 2001, 1469; Klement, AöR 134 (2009), 35

Damit soll ausgesagt werden, dass an und für sich verhältnismäßige Eingriffe insgesamt ein solches Gewicht erreichen können, dass ein besonders schwerwiegender Eingriff zustande kommt.

Ähnl. BVerfG, NJW 2005, 1338, 1341 – Einsatz mehrerer Überwachungsmaßnahmen

Inhaltlich stehen das Verbot entgeltlicher Wohnungsvermittlung im Gesamtzusammenhang mehrerer Maßnahmen – insbesondere mit der geplanten „Mietpreisbremse“, die sich gleichfalls auf die wirtschaftliche Situation der Wohnungsvermittler auswirken. Sie können also gerade in dieser kumulativen Wirkung die Berufstätigkeit erheblich beeinträchtigen, wenn nicht die berufliche Existenz der Betroffenen gefährden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Wohnungvermittlung schon jetzt zu den wohl am meisten regulierten (und restriktiv behandelten) Dienstleistungen zählen dürfte. Genannt seien hier nur die Anforderungen durch das Geldwäschegesetz, die kostentreibenden energetischen Pflichtangaben in Immobilienanzeigen (§ 16a EnEV) und das ab Mitte 2014 geltende Widerrufsrecht für Maklerverträge im Fernabsatz, bei dem der Gesetzgeber keine wirksame Vorsorge dagegen getroffen hat, dass Maklerverträge selbst dann widerrufen werden, wenn der Suchende durch den jeweiligen Makler sein Wunschobjekt erhalten hat. Unabhängig von der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit jeder einzelnen Maßnahme führen sie in ihrer kumulativen Wirkung schon jetzt zu einer erheblichen Einschränkung der Berufsausübung. Das bestätigt die These, dass der nunmehr vorliegende Entwurf des Justizministeriums im Falle seines Inkrafttretens die Qualität und Schwere einer echten (negativen) Berufswahlregelung erreichen würde.

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a. Gesetzesvorbehalt

Eingriffe in die Berufsfreiheit bedürfen zunächst einer ihrerseits verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage. Bei dem Entwurf des Justizministeriums handelt es sich um eine Vorlage für den Gesetzgeber, der insofern legitimiert ist, belastende Regelungen der Berufswahl und Berufsausübung zu treffen.

b. Gesetzgebungskompetenz

Das Recht der Wohnungsvermittlung ist Teil des Rechts der Wirtschaft, sodass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Ziff. 11 GG zukommt. Das Gesetz wäre formell verfassungsgemäß.

c. Verhältnismäßigkeit

Schwerpunkt der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Regelungsvorschlags ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Allgemein dazu *Wieland*, in: *Dreier*, Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. Band 1, 2014, Art. 12, Rn 101ff.

Auch dieser ist in die Grundrechtsprüfung unter dem Stichwort „Rechtfertigung des Eingriffs“ einzubeziehen und wird insofern auch als „Schranken-Schranke“ bezeichnet, als er die Befugnis des Gesetzgebers begrenzt, ohne hinreichenden Grund in ein Grundrecht einzugreifen. Nach allgemeinen Grundsätzen und der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG verlangt diese bei objektiven Berufszulassungsregeln oder diesen an Gewicht gleichstehenden Maßnahmen als Ziel das Vorliegen eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts, zu dessen Erreichung die Maßnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar (bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne) sein müssen.

Exemplarisch BVerfGE 30, 292, 315 – Erdölbevorratung

Im Verlauf der vergangenen Jahrzehnte hat das BVerfG mehr und mehr seine frühere Rechtsprechung zur sog. „Dreistufentheorie“ aufgegeben und in die allgemein Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgehen lassen.

BVerfGE 123, 186, 238; allg. zu dieser Entwicklung Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte § 35, Rn.26 ff.

Feststeht aber immer noch, dass der Gesetzgeber Berufswahlregelungen und ihnen gleichkommende Einschränkungen erst ergreifen darf, wenn Maßnahmen der Regelung der Berufsausübung nicht ausreichen, um das mit der Maßnahme verfolgte wichtige Gemeinwohlziel zu erreichen.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr und mehr betont wird sowohl in der Rechtsprechung des BVerfG wie auch derjenigen des EuGH das Gebot der Folgerichtigkeit oder auch Kohärenz der Maßnahmen. Beide Gerichte sehen insofern also von einer eigenen Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes ab und ordnen den Maßstab der Kohärenz in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein.

BVerfGE 115, 276, 300 – Sportwetten; BVerfGE 121, 317, 344 - Rauchverbot

Dasselbe gilt für Probleme des Vertrauensschutzes und der Rückwirkung, die im allgemeinen in die Prüfung der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ bzw. der Zumutbarkeit eingeordnet werden.

BVerfGE 127, 1, 15 ff.; BVerfG, NJW 2013, 145 – steuerrechtliche Regelung.

aa. Ziel: Wichtiges Gemeinschaftsgut

Wie gezeigt, sind Maßnahmen, die ähnlich wie Zulassungssperren und Monopole gezielt oder faktisch den Zugang zu einem Beruf oder wichtige Betätigungsfelder verschließen und damit die berufliche Existenz der Betroffenen bedrohen, objektiven Zulassungsschranken gleichzusetzen. Als solche sind sie nur gerechtfertigt, wenn sie dem Schutz eines zumindest

wichtigen, wenn nicht sogar „überragend wichtigen“ Gemeinwohlziels dienen.

St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 406 - Apotheke

Erklärtes Ziel des Entwurfs des Bundesjustizministeriums – wie auch bereits desjenigen des Bundesrats – ist es, die finanzielle Belastung des Mieters zu Beginn eines Mietverhältnisses nach Möglichkeit zu vermindern bzw. zu verlagern. Hintergrund ist die Knappheit an bezahlbarem Wohnraum in Ballungsräumen und wohl auch die Tatsache, dass ein großer Teil zur Verfügung stehender Wohnungen nicht unmittelbar am „freien Markt“ angeboten, sondern über Hausverwaltungen und Wohnungsvermittler angeboten wird. Die nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WoVermRG derzeit zulässige Provision von zwei Monatsmieten zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer wird in angespannten Mietmärkten fast durchgängig ausgeschöpft.

BT-Drucks. 17/14361 S. 1.

Dies führt in Verbindung mit der durch den Mieter regelmäßig abverlangten Kautionszahlung zu erheblichen finanziellen Belastungen des Mieters zu Beginn eines Mietverhältnisses, die insbesondere für Geringverdiener und Familien nur schwer zu schultern ist.

Auch das *BVerfG* hat den Schutz des Verbrauchers vor überhöhten oder nicht absehbaren Preisen, Honoraren und Gebühren als legitimes Gemeinwohlziel angesehen, dafür aber stets ausreichende Gründe des Gemeinwohls und Differenzierung für Sonderfälle verlangt.

BVerfGE 85, 337, 348; BVerfGE 117, 163, 181 – Anwaltshonorare

Schon der Gesetzentwurf des Bundesrates aus dem Jahre 2013 verfolgte ferner das Ziel, die Kosten der Vermittlung dort anfallen zu lassen, wo sie bestellt

wurden, also in der Regel beim Vermieter, für den der Vermittler auch den wesentlichen Teil seiner Leistungen von der Aufgabe der Inserate über die Sondierung der Interessenten und die Durchführung der Besichtigungstermine bis zur Vorbereitung der Mietverträge und ggf. der Abwicklung beendeter Mietverhältnisse erbringt. Wohnungssuchende nehmen den Makler demgegenüber oft nur als Verursacher zusätzlicher Kosten wahr, wobei allerdings übersehen wird, dass auch für den Wohnungssuchenden die Tätigkeit des Maklers und die Vorbereitung von Besichtigungsterminen eine wichtige Quelle von Information und Beratung und des Schutzes vor überhöhten Forderungen des Vermieters auf dem Weg zu einer neuen Wohnung ist.

Bei der Entlastung des Wohnungssuchenden und der Belastung des eigentlichen Nachfragers der Leistung durch das Bestellerprinzip handelt es sich also insgesamt um ein durchaus zu akzeptierendes legitimes Gemeinwohlziel. Neben die Entlastung tritt hier die gerechte Zuordnung der Kosten auf Seiten des Vermieters und es wird verhindert, dass diese Kosten einvernehmlich auf die schwächste Partei, den Wohnungssuchenden, abgewälzt werden. Auch das bereits im Bundesratsentwurf enthaltene Erfordernis der Schriftform dient einem wichtigen Gemeinschaftsgut, nämlich der Transparenz in diesem Markt – kam es in der Vergangenheit doch immer wieder zu Streitigkeiten über die Frage, ob ein Auftrag erteilt und ob auf Grund dieses Auftrags der Mietvertrag zustande gekommen war.

Kein zu akzeptierender Belang des Gemeinwohls ist es dagegen, wenn unterstellt wird, der Wohnungssuchende sei nicht in der Lage, selbst für seine wirtschaftlichen Belange zu sorgen. Dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht eher die Idee des selbstbestimmten und selbstverantwortlichen „mündigen Verbrauchers“, der auch in angespannten Märkten selbst in der Lage ist, sich vor ungerechten Verträgen zu schützen. Demgegenüber ist es grundsätzlich nicht legitim, im Wohnungssuchenden ein hilfloses und nur durch staatliche Betreuung zu schützendes Objekt profitorientierter

Marktmächte zu sehen. Auch die Bedingungen des Wohnungsmarktes in Ballungszentren und die Angewiesenheit der Menschen auf bezahlbaren Wohnraum rechtfertigen keinen überzogenen Paternalismus und staatlichen Interventionismus, die ihrerseits zu unverhältnismäßigen Einschränkungen persönlicher Freiheit und des wirtschaftlichen Wettbewerbs führen.

So auch die Stellungnahme der Bundesregierung zum Bundesratsentwurf , BT Drucks 17/14361 S. 8.

Darauf wird im Zusammenhang mit dem schließlich auch für die Wohnungssuchenden wirkenden Eingriff in die Vertragsfreiheit zurückzukommen sein.

bb. Eignung

Zweite Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit eines staatlichen Eingriff in die Berufsfreiheit ist dessen Eignung für die Erreichung des angegebenen Gemeinwohlziels – die Legitimation dieses Zieles einmal unterstellt.

Eignung bedeutet nach der Rechtsprechung des BVerfG, dass eine Maßnahme zur Erreichung oder Förderung des angegebenen Gemeinwohlziels tauglich ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um die jeweils optimale Lösung handelt. Ein Beitrag zur Zweckerreichung genügt.

BVerfGE 30, 292, 316 – Erdölbevorratung; BVerfGE 67, 157, 175 – Abhörsgesetz.

Auf den ersten Blick scheint ein gesetzgeberisches Konzept durchaus geeignet, zur Entlastung der Wohnungssuchenden beizutragen, das das Abwälzen der Vermittlungskosten verhindert bzw. von einer expliziten und objektbezogenen Bestellung durch den Wohnungssuchenden abhängig macht. Das gilt zumal deshalb, weil er im Dreieck von Vermieter, Vermittler und Nachfrager das

angesichts des knappen Angebots und seiner Abhängigkeit von bezahlbarem Wohnraum das schwächste Glied ist.

Bei nüchterner Betrachtung wird allerdings rasch deutlich, dass selbst bei einer ausschließlich auf die Mieterperspektive konzentrierten Sichtweise die Lösung des Entwurfs keineswegs geeignet ist, um die angestrebten Ziele zu erreichen.

- Das liegt zum einen daran, dass der Entwurf im Hinblick auf die Probleme der Wohnungssuchenden Symptome zu kurieren versucht, während die eigentlichen Ursachen der Probleme in der sinkenden Attraktivität der Vermietung gerade preiswerten Wohnraums, dem Rückzug des Sozialstaats aus der Wohnungsversorgung, daraus folgender zu geringer Bautätigkeit, unattraktiver Infrastruktur in der Fläche und „Landflucht“ und wohl auch in der Fehlbelegung einer großen Anzahl der raen Sozialwohnungen und damit weit tiefer liegen als in der Tätigkeit der Wohnungsvermittler, die nur in der Lage sind, den Mangel zu verwalten. Ihre Tätigkeit einzuschränken bedeutet nicht nur den oberflächlichen Versuch an den Symptomen zu kurieren, sondern erschwert auch die Aufgabe, Angebot und Nachfrage aufeinander zu beziehen.
- Zweifel an der Eignung des Konzepts des Justizministeriums rühren aber vor allem daraus, dass der Entwurf – anders als der Koalitionsvertrag – im Grunde nicht mehr die klare und transparente Form des Bestellerprinzips vorsieht, sondern im Gegenteil eine einseitige Verlagerung der Kostenpflicht auf die Vermieterseite bewirkt. Wohnungssuchende kommen nur noch dann als „Besteller“ in Betracht, wenn sie einen schriftlichen Suchauftrag erteilen und der Vermittler ihnen dann ein Objekt anbietet, das er im Grunde zunächst selbst beim Vermieter „bestellen“ muss.

- Grundsätzliche Zweifel an der Eignung rühren auch aus der groben Vereinfachung und mangelnden Differenzierung. So übersieht der Entwurf sowohl die Unterschiede zwischen Ballungszentren und von normaler Nachfrage gekennzeichneten Gebieten als auch die durchaus unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Lage vieler Wohnungssuchender, indem er völlig unterschiedslos von deren besonderer Schutzbedürftigkeit und einer bestehenden Mangelsituation ausgeht. Das Verbot des § 3 Abs. 3 WoVermRG würde nach § 134 BGB möglicherweise auch in den Fällen zur Nichtigkeit des Vertrags und zu einem Bußgeld nach § 8 WoVermRG führen, wenn der Wohnungssuchende durchaus bereit und in der Lage wäre, einen entgeltlichen Vermittlungsvertrag abzuschließen. Hierin liegt eine dem gesetzgeberischen Ziel der Stärkung des mündigen Verbrauchers diametral widersprechende Bevormundung.
- Aber selbst wenn man unterstellt, dass der Gesetzgeber generalisieren und den Wohnungssuchenden notfalls auch vor sich selbst schützen darf, hätte die Verwirklichung des Entwurfs auch und gerade für den Wohnungssuchenden Konsequenzen, die die Eignung des Konzepts zum Schutz des Mieters erheblich in Frage stellen.
- So ist zum einen eine zusätzliche Verringerung des zur Kenntnis des Wohnungssuchenden gelangenden Angebots und eine noch stärkere Entwicklung zu einem reinen „Vermietermarkt“ zu erwarten. Der Vermittler wird vom neutralen und überparteilichen Bindeglied zwischen Mieter und Vermieterinteressen zum alleinigen Vertreter des Vermieters, von dem allein in aller Regel er ein Entgelt verlangen kann. Zahlreiche Makler dürften sich aus dem für sie nicht mehr attraktiven Mietwohnungsmarkt zurückziehen und sich umso stärker auf die Vermittlung von Wohneigentum, Häusern – und damit auch auf

die vielbeklagte Umwandlung von Mietwohnungen in Wohnungseigentum – konzentrieren. Dies führt zumindest mittelbar sogar zur Verengung des Angebots. Selbst das Angebot an freiwerdenden preiswerten Wohnungen wird aus der Sicht des Wohnungssuchenden nicht etwa größer, weil ein wichtiger „Suchfaktor“, nämlich der eigenständig motivierte Vermittler mit Überblick über den vorhandenen Markt, wegfällt. Gerade für sozial schwache Familien wird es überdies nicht einfacher sondern schwieriger, eine Wohnung zu finden, denn der auf einen aktiven und konkreten Suchauftrag angewiesene Vermittler wird künftig umso sorgfältiger Wohnungssuchende selektieren, bevor er eine der kostbaren „Exklusivwohnungen“ im Sinne des § 2 Abs. 1a Ziff. 2 WoVermRG-E einem Wohnungssuchenden anbietet.

- Ferner ist es gerade aus der Sicht des Wohnungssuchenden absolut dysfunktional, wenn der Vermittler ein wirtschaftliches Interesse daran erhält, nur die **eine** nachgefragte Wohnung anzubieten und für diese nach Möglichkeit den Abschluss eines Mietvertrags herbeizuführen, statt in seinem Auftragsbestand nach möglicherweise besser geeigneten Objekten nachzuforschen. Der Wohnungssuchende muss damit rechnen, dass der Vermittler alles tun wird, um die einzige Wohnung „an den Mann“ zu bringen, für die er nach der neuen Gesetzeslage ein Honorar vom Mieter verlangen darf.
- Auch geht der Gesetzentwurf offensichtlich davon aus, dass es sich beim Makler aus der Sicht des Wohnungssuchenden vorwiegend um eine zu bekämpfende Kostenursache handelt. Darin zeigt sich ein sehr einseitiges und dem Selbstverständnis der weit überwiegenden Zahl der Makler Wohnungsvernittler nicht entsprechendes Bild. Dieser stellt zumindest im Regelfall eine wichtige Informationsquelle dar und kann als neutraler Berater „Vermittler“ zwischen Vermieter und Mieter

dienen. Deshalb hat er nicht zuletzt die Funktion, unrealistische Mieterwartungen und unbegründete Vorbehalte privater Wohnungseigentümer zu dämpfen und auf diese Weise zu helfen das Vermittler und Mieter „zusammenkommen“. Beim Ende eines Mietverhältnisses kann er dem Mieter helfen, möglichst rasch und ohne zusätzliche Kosten einen Nachmieter zu finden und so Doppelbelastungen in der alten und der neuen Wohnung zu vermeiden. Auch verfügt er über Kenntnisse zu häufigen Fragen wie Renovierungspflichten, Übernahme eingebrachter Einrichtungsgegenstände, Inanspruchnahme der Kautions, Kündigungsfristen, zumutbare Nachmieter usw., über die sonst nur ein weit teurerer Anwalt verfügen würde, und er kann helfen, Rechtstreitigkeiten zu vermeiden. Das ist auch sein wohlverstandenes Interesse, denn sein Honorar hängt ja vom Abschluss des Vertrags ab.

- Außerdem wird ein Wohnungsuchender, der eine größere Wohnung sucht oder in einen Ballungsraum umzieht, daran interessiert sein, nicht nur eine Wohnung angeboten zu bekommen und das Angebot vorhandener Wohnungen möglichst bei einem Termin sichten zu können. Mit dem Ausschluss eines Vermittlungsvertrags für mehr als ein Grundstück entfällt aber gerade der Zugriff auf den gesamten übrigen Auftragsbestand des Vermittlers und die Inanspruchnahme von dessen Ortskenntnis, Fachkunde und neutralem Rat. Im Gegenteil kann die neue Regel dazu führen, dass der Vermittler versucht, die konkrete angefragte Wohnung auch „an den Mann zu bringen“ während er eine andere Wohnung im Bestand hat, die zwar möglicherweise geeigneter ist, für die er aber kein Honorar verlangen darf.

So auch die Befürchtung der Bundesregierung in ihrer ablehnenden Stellungnahme zum Entwurf des Bundesrats BT Drucks 17/14361, S. 9.

- Negative Folgen sind auch dadurch zu erwarten, dass Vermieter versuchen, die Maklerprovision um fast jeden Preis zu vermeiden und die Wohnung ohne Beratung und vorherige Beurteilung der Interessenten selbst zu vermieten.

So würden nach der bereits zitierten Immo-Scout Umfrage die Hälfte der Vermieter nicht mehr mit Maklern zusammenarbeiten, wenn sie die Provision allein übernehmen müssten, ebenda, S. 34.

- Da sich dadurch die Zahl vermittelbarer Objekte nicht erhöht, wird der Markt eher intransparenter. Wie schon das BVerfG selbst für den Markt der Sportwetten feststellte,

BVerfGE 115, 276, 306

bestehen im Hinblick auf Verbraucherschutz, irreführende Werbung, Betrugsgefahren und Manipulation im Bereich des legalen (und damit kontrollierten) gewerblichen Angebots weit geringere Gefahren als bei den diffusen Formen der Internet-Vermittlung. Eben solche Umgehungsformen, unkontrollierbare Verlagerungen ins Internet und „graue Vermittlermärkte“ sind aber zu erwarten, wenn die rechtlich gebundenen und kontrollierbaren bisherigen Wohnungsvermittler aus dem Wohnungsmarkt verdrängt werden. Auch die „Weiterreichung“ begehrter Wohnungen an Bekannte und diffus empfohlene Interessenten dürfte die Folge sein. Es liegt auf der Hand, dass in den so „geschlossenen“ Märkten gerade junge Familien und Ortswechsler weit geringere Chancen haben als nach der bisherigen Regelung oder nach Einführung eines „echten“ Bestellerprinzips. Auch ist keineswegs davon auszugehen, dass sich die Wohnungssuche und der Wohnungsmarkt durch das Ausscheiden der professionellen Vermittler transparenter und „mieterfreundlicher“ gestalten werden. Da die

Beratungsfunktion und die wichtige Vorauswahl der Mieter entfällt, werden für beide Seiten die Wohnungssuche und die Vorbereitung des Vertragsabschlusses komplizierter. Der Mangel an professioneller Beratung vor Vertragsabschluss führt – wie aus anderen Bereichen hinlänglich bekannt – zu einer umso größeren Anzahl von Rechtsstreitigkeiten im Nachhinein.

- Lässt sich die Wohnung nur mit Hilfe eines Maklers vermieten, wäre mit Sicherheit zu erwarten, dass die Provision auf die Miete oder überhöhte Ablösungszahlungen für eingebrachte Gegenstände aufgeschlagen würde, der Mieter also langfristig sogar mehr belastet würde als durch eine einmalige Provision.

Insgesamt lässt sich also erwarten, dass sich die Position des Wohnungssuchenden (insbesondere des sozial bedürftigen oder gar prekären Wohnungssuchenden) keineswegs verbessern, sondern eher verschlechtern wird. Deshalb bestehen bereits erhebliche Zweifel an der Eignung des Entwurfs und damit an der ersten Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit.

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, bei der Beurteilung der Eignung bestehe für den Gesetzgeber eine weitgehende Einschätzungsprärogative. Zwar räumt das *BVerfG* dem Gesetzgeber auf der Eignungsstufe eine solche Einschätzungsprärogative ein und überlässt damit die Prüfung der Eignung vor allem bei auf die zukünftige Gestaltung von Sozial - und Wirtschaftsstrukturen weitgehend dem Gesetzgeber selbst.

Vgl. etwa BVerfGE 16, 147, 181 – Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs; BVerfGE 53, 135, 155 – KakaoVO; BVerfGE 77, 84, 106 – ArbeitnehmerüberlassungsG; grundlegend dazu jetzt *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (2014); *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12, Rn. 116ff.

Keine Einschätzungsprärogative besteht – ungeachtet der berechtigten Kritik an dieser Denkfigur – aber im Hinblick auf **die der Einschätzung zugrunde liegenden Tatsachen**. Hierbei geht es nämlich nicht um eine auf die Zukunft gerichtete, gerichtlich nur eingeschränkt kontrollierbare Prognose, sondern schlicht um die notwendige Sachaufklärung und Ermittlung und Einbeziehung empirisch verifizierbarer (und verifizierungsbedürftiger) empirischer Grundlagen der Entscheidung des Gesetzgebers.

Von einer solchen angemessenen Klärung der Tatsachenbasis kann aber erkennbar keine Rede sein. So befasst sich der Referentenentwurf erkennbar ausschließlich mit der Lage der Wohnungssuchenden, hat aber die eigentlichen Ursachen der Probleme erkennbar ebensowenig im Blick wie die Position der übrigen Beteiligten. So befasst die Begründung sich in keiner Weise mit dem durch den Makler erbrachten Leistungen und den wirtschaftlichen Folgen der Maßnahmen. Die Aufgaben des Maklers bei der Wohnungsbesichtigung, Vertragsvorbereitung und Erkundung des Wohnungsumfelds werden in keiner Weise gewürdigt. Alleiniges Kriterium für die Provision wird die Frage, ob der Makler vor dem Auftrag Kenntnis vom Leerstand einer Wohnung hat. Dies ist ein erkennbar ungeeignetes Kriterium, denn es bevorzugt den Makler, der „von der Hand in den Mund lebt“ und benachteiligt denjenigen, der auf Grund einer sorgfältigen und permanenten Ermittlungstätigkeit in der Lage ist, ein breites und vielfältiges Angebot zur Verfügung zu stellen. Aussagen über die Belastung von Mietern und die Notwendigkeit des Eingreifens lassen sich aber nicht pauschal treffen. Sie sind vielmehr nur sorgfältig differenzierend zwischen den verschiedenen Großstädten und geographischen Lagen darstellbar.

Zur dieser erforderlichen Tatsachenbasis gehört – um nur ein Beispiel zu nennen - auch die Höhe der vermutlichen Ersparnisse an Maklerprovision auf Seiten der Wohnungssuchenden. Unter dem Stichwort „Erfüllungsaufwand für

Bürgerinnen und Bürger“ gibt hier der Entwurf eine Summe von 571,38 Millionen Euro jährlich an, ohne auch nur in Ansätzen zu belegen, worauf sich diese Angaben stützen.

Auch prognostiziert der Entwurf unter dem Stichwort „Problem und Ziel“: *„Auch künftig können aber sowohl Mieter als auch Vermieter Auftraggeber des Wohnungsvermittlers sein“*. Insofern verkennt die Begründung aber, dass zwar theoretisch nach dem neuen Modell Mieter als Auftraggeber in Betracht kommen, die aber für beide Seiten nur eine theoretische Möglichkeit ist, weil der Mieter kein Interesse haben kann, nur ein konkretes Objekt angeboten zu erhalten und dafür auch noch die ansonsten ausgeschlossene Provision zahlen zu müssen.

Auch bedeutet die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers keine Begründungsfreiheit: So enthält die Begründung des Entwurfs z.B. kein Wort zu der Frage, warum im entscheidenden Punkt vom eigentlichen Bestellerprinzip abgewichen wird und damit der eher ausgewogene Kompromiss des Koalitionsvertrags verworfen wird.

Auch bei Beachtung der Rechtsprechung des BVerfG zur „Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“ bleibt es also bei erheblichen Zweifeln an der Eignung und damit an der Verhältnismäßigkeit des vorgesehenen Eingriffs in die Berufsfreiheit.

cc. Erforderlichkeit – alternative Lösungen, milderes Mittel

Das Gebot der Erforderlichkeit ist verletzt, wenn das Ziel der eingreifenden staatlichen Maßnahme auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, welches das betreffende Grundrecht nicht oder weniger fühlbar

einschränkt. Insofern wird Erforderlichkeit auch mit „**kein milderes Mittel verfügbar**“ umschrieben. Der Gesetzgeber muss von mehreren gleich wirksamen Mitteln dasjenige wählen, das die Grundrechte nicht oder weniger stark belastet.

BVerfGE 53, 135, 145 – KakaoVO; BVerfGE 67, 157, 177 –
Abhörsgesetz

Ob das der Fall ist, muss im Hinblick auf die Einzelmaßnahmen geprüft werden.

Legt man diese Maßstäbe an die im Entwurf vorgeschlagenen Maßnahmen an, so zeigt sich, dass es durchaus Mittel gibt die in diesem Sinne als sowohl ebenso gut geeignet als auch aus Grundrechtssicht weniger einschneidend sind als das geplante Entgelt- und Vertragsverbot.

Dabei ist aus der Begründung des Referentenentwurfs nicht erkenntlich, ob die Verfasser überhaupt Erwägungen zur Erforderlichkeit und zu möglichen milderen Mitteln angestellt haben. Die übliche, aber völlig nichtssagende Formel „*Alternativen: Keine*“, die sich auch in der Begründung zu diesem Entwurf findet, zeigt eher das Gegenteil. Deshalb kamen auch die zahlreichen bereits geltenden oder vorgeschlagenen weniger belastenden Alternativen offenbar nicht in den Blick. Als solche wären z. B. folgende Maßnahmen und Vorschläge in die Prüfung einzubeziehen:

- So hat der Gesetzgeber bereits in § 3 Abs. 2 S. 1 des WoVermRG mit der Begrenzung der Provision auf zwei Monatsmieten zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer eine Regelung eingeführt, die einerseits dem Schutz des Wohnungssuchenden vor überhöhten Provisionen dient, andererseits eine Tätigkeit von Wohnungsvermittlern im Bereich auch wirtschaftlich und rechtlich ermöglicht.

- Weniger einseitig und damit in jedem Fall „milderes Mittel“ wäre ferner das „echte Bestellerprinzip“, also die Zahlung der Provision durch denjenigen, der den Makler bestellt hat. In jedem Fall wäre hier sichergestellt, dass der Vermittler (nur) von seinem jeweiligen Vertragspartner die Provision erhält: Entweder vom Wohnungssuchenden, wenn dieser ihn vor der Einschaltung des Vermieters beauftragt hat oder umgekehrt vom Vermieter, wenn dieser ihn beauftragt hat.
- Gravierende Folgen des Entwurfs würden ferner bereits vermieden, wenn nicht der nach dem Suchauftrag durch den Wohnungssuchenden erfolgte gezielte Suche und der daraufhin erteilte Auftrag zum Anbieten der Wohnung, sondern bereits das Einverständnis des Vermieters mit dem Angebot der Wohnung an den Wohnungssuchenden Voraussetzung der Provision wäre. Würde man § 6 Abs. 1 WoVermRG entsprechend umformulieren und in § 2 Abs. 1a entsprechend klarstellen, dass ein Einverständnis des Vermieters nicht mit einem Auftrag gleichzusetzen ist, käme es nicht zum sinnwidrigen „Unbrauchbarwerden“ von konsentierten Bestandswohnungen wie nach dem bisherigen Entwurf zu erwarten.
- „Mildere Mittel“ aus der Sicht aller Betroffenen wären schließlich alle Maßnahmen, die die Transparenz des Angebots und das Angebot selbst erhöhen und Hemmnisse auf dem Weg zur Wohnungsvermietung beseitigen würden.
- Angesichts der großen geografischen Unterschiede innerhalb des Anwendungsgebietes als auch großer sozialer und wirtschaftlicher Unterschiede zwischen den verschiedenen Gruppen von Wohnungssuchenden wäre jeder Lösung der Vorzug zu geben, die eine Begrenzung der Vertragsfreiheit nur in solchen Gebieten vorsieht, in

denen ein besonderer Wohnungsmangel herrscht (§ 558 Abs. 3 BGB) und/oder nur besonders schutzwürdige Klienten erfasst.

- Zu erinnern sei schließlich unter dem Stichwort „milderes Mittel“ an die Möglichkeit einer Missbrauchskontrolle im Einzelfall und die bereits mehrfach vorgeschlagene Verbesserung der Qualifikation zum Maklerberuf, sprich eine Regelung der Berufszulassungsvoraussetzungen über § 34c GewO hinaus und den konsequenten Ausschluss „schwarzer Schafe“.

Als Teilergebnis ist festzuhalten, dass selbst wenn man die Eignung des Entwurfs für die Lösung der Probleme unterstellen würde, die Erforderlichkeit zu verneinen wäre. Die Verfasser des Entwurfs haben offensichtlich Alternativen und „mildere Mittel“ in keiner Weise erwogen.

Kennzeichnend ist auch, dass selbst die Stellungnahme der Bundesregierung zum Bundesratsentwurf noch davon ausging, dass zusätzliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit zum Schutz des Wohnungsuchenden nicht erforderlich seien, und zur Beachtung regionaler Unterschiede aufforderte - so in BT-Drucks. 17/14361, S. 8.

dd. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - Zumutbarkeit

Nicht einheitlich ist in der Rechtsprechung die Bezeichnung der vierten Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit. So ist abwechselnd von „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“, „Angemessenheit“ oder auch „Zumutbarkeit“ die Rede.

BVerfGE 34, 71, 78 – Großer Sachkundenachweis für Lebensmitteleinzelhandel; BVerfGE 64, 72, 83 – Altersgrenze für Prüflingenieure; BVerfGE 119, 59, 77 ff. - Hufschmiedeprüfung für Hufpfleger und Huftechniker

In der Sache geht es immer um dasselbe: Zum einen geht es im subjektiven Sinne um die Frage, ob der Eingriff aus der Sicht der Adressaten **zumutbar** ist, d.h. ob sie dem Einzelnen gegenüber keine nicht gerechtfertigte Härte bewirkt (1). Zum anderen geht es im objektiven Sinne um die eigentliche Zweck-Mittel-Relation und den **angemessenen Ausgleich** zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung einerseits und der Bedeutung der mit der Maßnahme verfolgten Belange andererseits (2).

(1) Zumutbarkeit – subjektive Härte

Unter dem Stichwort „Zumutbarkeit“ ist zunächst zu prüfen, ob eine Maßnahme aus der Sicht des Adressaten eine besondere, offenbar nicht beabsichtigte Härte für ihn oder seine Gruppe herbeiführt.

In der derzeitigen Form enthält der Entwurf – wie dargelegt - nicht „nur“ eine Kostenbremse, sondern ein faktisches Vertrags- und Entgeltverbot im Bezug auf die größte Zahl von Wohnungssuchenden. Dieses hat für die meisten Vermittler eine besonders harte, die berufliche Existenz gefährdende Wirkung. Sie verlieren mit der Wohnungsvermittlung ein berufliches Betätigungsfeld, das – entgegen manchen in der Öffentlichkeit bestehenden Vorstellungen - für sie zumeist eine größere Rolle spielt als die Vermittlung von Kaufverträgen über Immobilien. Da gerade in den Ballungszentren das Angebot an zu verkaufenden Wohnungen und Häusern bei Weitem geringer ist als die Nachfrage und überdies verkaufte Immobilien auf lange Zeit nur einmal Gegenstand eines Vermittlungsvertrags sein können, sind die meisten Makler in ihrer beruflichen Existenz auf die Vermittlung von Mietwohnungen angewiesen. Derzeit entfallen von den dadurch erzielten Provisionen 80 % auf die potentiellen Mieter. Es bedarf keiner Begründung, dass dies ein substantieller Bestandteil der beruflichen Existenzgrundlage der Makler ist, der durch die Neuregelung gefährdet wäre.

Besonders schwer ins Gewicht fällt dabei die vorgesehene Beschränkung des Provisionsanspruchs auf nur eine konkrete nach dem Suchauftrag ermittelte Wohnung. Umfragen unter den Maklern zeigen, dass diese in Städten über 500.000 Einwohnern im Schnitt 11 Interessenten eine Wohnung zeigen, bevor es zum Abschluss des Mietvertrags kommt. Selbst in ländlichen Regionen lag der Wert immer noch bei 8 Interessenten. Nach der Erfahrung derselben Gruppe von Maklern besichtigt ein Mietinteressent im Schnitt in Großstädten über 500.000 Einwohnern mindestens 9 Wohnungen, bevor er einen Mietvertrag unterzeichnet. Schon diese Zahlen zeigen, dass es völlig lebensfremd ist, anzunehmen, der Maklervertrag sei auf nur eine gerade aufgrund des Vertrags ermittelte Wohnung zu konzentrieren. Selbst wenn der Makler einen schriftlichen Vertrag durch den Wohnungssuchenden vorweist, könnte er – über den konkreten Vertragspartner hinaus - für die Vielzahl der besichtigten, aber nicht „genommenen“ Wohnungen dauerhaft keine Provision mehr verlangen, obwohl er den vollen Aufwand der Ermittlung, Vorauswahl, Besichtigung und Beratung geleistet hätte. Besonders gravierende Auswirkungen hätte die Regelung für solche Makler, die sich auf einen bestimmten Typ von Wohnungen oder auch bestimmte anspruchsvolle Klientengruppen spezialisiert haben und dafür ein permanentes Angebot an geeigneten Wohnungen bereit halten müssen. Das ist gerade in internationalen Zentren und Universitätsstädten für Wohnungen der Fall, die nur für einen bestimmten Zeitraum oder einen bestimmten Zweck für leitende Angestellte, Handwerker, Wissenschaftler, Studierende, Zeitsoldaten usw. vermietet werden. Hier muss ein ständig verfügbares Angebot vorhanden sein, auf das Vermittler zugreifen können, um eine solche kurzfristige Nachfrage zu befriedigen. Auch handelt es sich um einen Personenkreis, der mit Sicherheit nicht mit einem einzigen Angebot zufrieden ist.

Die Folgen werden durch die Betroffenen durchaus als existenzgefährdend gesehen. 55,6 % würden versuchen, sich stärker auf den Verkauf von Immobilien zu spezialisieren. Ein Viertel würden Personal entlassen. Damit

wird deutlich, dass die Betroffenen nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage wären, den gewählten Beruf zur wirtschaftlichen Grundlage der Lebensführung zu machen. Damit wäre die Formel erfüllt, die das BVerfG für eine die Berufswahl tangierende Berufsausübungsregelung entwickelt hat.

BVerfGE 82, 209 - Krankenhausbedarfsplan

Es ist nicht erkennbar, dass die Verfasser des Entwurfs diese schwerwiegenden Folgen in ihre Erwägungen eingestellt haben. Unter dem Stichwort „weitere Kosten“ stellt die Begründung hier lediglich lapidar fest: *„Für Wohnungsvermittler wird die voraussichtliche Änderung des Verhaltens von Vermietern durch die Neuregelung im Wohnungsvermittlungsrecht wahrscheinlich zu deutlichen Umgangsrückgängen führen“*. Der Entwurf erkennt also durchaus die Belastung der Vermittler, enthält aber kein Wort zu der Frage, warum gerade diese Belastung zumutbar sein soll.

Der Eingriff wäre auch nicht dadurch begründbar, dass gerade die Wohnungsvermittler eine besondere Verantwortung für die mit der Regelung verfolgten Gemeinwohlziele treffen würde. Eine solche besondere Verantwortung hat das BVerfG bisher vor allem für zwei Fallgruppen angenommen, und zwar dann, wenn die betroffene Gruppe einen besonderen Anteil an der Verursachung der mit der Maßnahme bekämpften Missstände hat oder wenn es sich um eine Berufsgruppe handelt, die auch als „freier Beruf“ in besonderer Weise in rechts- und sozialstaatliche Aufgaben eingebunden ist und der deshalb eine besondere Verantwortung für die jeweiligen Gemeinwohlbelange zukommt.

BVerfGE 22, 380, 383 - Kreditinstitute; BVerfGE 30, 292, 312 – Erdölbevorratung; BVerfGE 126, 112, 135 – privater Rettungsdienst.

Insbesondere Kosten- oder Honorarbegrenzungen wurden für bestimmte Berufsgruppen für zumutbar gehalten; so etwa für Rechtsanwälte und Notare aus ihrer Funktion als Organe der Rechtspflege.

BVerfGE 47, 285, 318 – Notargebühren; BVerfGE 117, 163; BVerfGE 118, 1, 16ff. – Anwaltsgebühren

Dasselbe gilt für Vertragsärzte im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung

BVerfGE 103, 172, 185

oder auch für die Zwangsrabatte zulasten der Pharmaindustrie

BVerfGE 106, 359, 363

sowie den Basistarif für die private Krankenversicherung.

BVerfGE 123, 186, 234,244; dazu Bickenbach, MedR 2010, 302; Sodan, VSSR 2005, 163; allg. auch Kube/Palm/Seiler, Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange, NJW 2003, 927.

Beide Gründe kommen aber für die Belastung der Wohnungsvermittler nicht in Betracht. Zum einen geht es nicht um eine bloße Kostenbegrenzung, sondern um ein Verbot für ein ganzes Betätigungsfeld. Zum anderen haben die Makler in keiner Weise an den besonderen Vorteilen und der Garantie für das notwendige Mindesteinkommen teil, wie sie die Rechtsprechung zu den genannten staatlich gebundenen Berufsgruppen kennzeichnet.

BVerfGE 47, 285, 318; BVerfGE 85, 337, 348

Makler sind weder für die Knappheit des Angebots noch für die daraus resultierende Höhe der Mieten noch als Angehörige eines besonders sozial gebundenen Berufs in der beschriebenen Weise verantwortlich – auch wenn es populär sein mag, sie ausschließlich als lästige Kostenverursacher in einem ohnehin „mieterunfreundlichen“ Markt anzusehen. Im Entwurf werden sie im Dreieck Wohnungssuchender - Wohnungseigentümer - Makler gleichwohl als einzige Gruppe in Anspruch genommen, um die sozialen Folgen abzumildern. So käme niemand auf die Idee, die Belastung mit Fahrtkosten zur Wohnungsbesichtigung oder gar die eigentlichen Umzugskosten zu Lasten der Deutschen Bahn oder Umzugsunternehmen zu dämpfen oder gar entsprechende Verträge zu verbieten, um die Wohnungssuchenden zu schonen.

Anders als etwa Ärzte und Apotheker im System der gesetzlichen Krankenversicherung oder auch Anwälte und Notare als Organe der öffentlichen Rechtspflege sind Wohnungsvermittler auch nicht in öffentliche Leistungssysteme eingebunden. Folgerichtig gibt es – soweit erkennbar - bisher auch keine Entscheidung des BVerfG zu den sozialstaatlichen Bindungen des Maklerberufs.

Gleichwohl wird diese Berufsgruppe im Entwurf des Justizministeriums einseitig zur Verwirklichung eines sozialpolitischen Ziels des Staates in Anspruch genommen. In der Sache handelt es sich also um eine letztlich existenzgefährdende „Indienstnahme Privater zum Zwecke des Gemeinwohls“, die weder durch die eigene Verantwortung noch durch eine Einbindung in soziale Leistungssysteme gerechtfertigt und damit auch unzumutbar ist. Es werden die belastenden Folgen der Bekämpfung eines sozialpolitischen Defizits auf einzelne Grundrechtsträger verschoben, die diese Folgen nicht zu verantworten haben und die damit in unzumutbarer Weise belastet und in ihrer beruflichen Existenz gefährdet wären.

Kube, JZ 2010, 265; Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (2014), 340.

Der Gesetzgebungsvorschlag erweist sich insofern als unzumutbar und damit unverhältnismäßig.

(2) Vertrauensschutz

Besondere verfassungsrechtliche Probleme der Zumutbarkeit entstehen auch dann, wenn eine Einschränkung der Berufsfreiheit nicht nur für die Zukunft wirkt, sondern auch bereits bestehende Berufstätigkeiten erfasst. „Greift“ eine neue Regelung auch für diese ihre Grundrechte bereits ausübenden Gewerbetreibenden, dann liegt darin ein besonders intensiver Grundrechtseingriff, der sogar gravierender ist als ein Verbot gegenüber Personen, die ihre Berufstätigkeit erst nach Inkrafttreten des Gesetzes aufnehmen. Letztere können sich in ihren Dispositionen und Investitionsentscheidungen auf die neue Rechtslage einstellen, während erstere im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage bereits Investitionen getätigt, sich durch Verträge gebunden und Personal eingestellt haben.

Auf diese besondere Rechtsposition können sich gerade solche Makler berufen, die im Verlauf ihrer Tätigkeit in oft jahrzehntelanger Arbeit eine Vertrauensposition bei Wohnungseigentümern, Wohnbaugesellschaften und auch Wohnungssuchenden geschaffen haben. Diese kommt in ihrem „wertvollstem Gut“, dem Bestand an Wohnungen und der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit Vermietern und Wohnbaugesellschaften zum Ausdruck, der den Wert ihres Unternehmens und einen Kern ihrer Berufsausübung ausmacht. Auch soweit es sich hier nicht um Eigentum i. S. von Art. 14 GG handelt, steht doch fest, dass es nicht nur um berufliche Chancen, Aussichten und Rechtsreflexe,

BVerfGE 34, 252, 256 – Steuerberatung

sondern um echte Rechtspositionen im Schutzbereich der Berufsfreiheit handelt, und dass das Vertrauen in den Fortbestand der entsprechenden Regelung besonders geschützt ist.

Grundlegend Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2000

Greift der Gesetzgeber in eine solche Rechtsposition ein, dann stellt sich das Problem zumindest „unechter Rückwirkung“ d.h. es handelt sich um eine Regelung, die sich zwar nicht auf in der Vergangenheit abgeschlossene Tatbestände, aber auf einen in der Vergangenheit begonnenen, noch nicht abgeschlossenen Lebenssachverhalt beziehen. (Echte Rückwirkung würde nur dann vorliegen, wenn sich das Gesetz auch auf bereits geschlossene Verträge oder andere bereits abgeschlossene Sachverhalte erstrecken würde).

.

K. Fischer, Die Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Normen, JuS 2001, 861; allg. zur Rückwirkung Kunig, Rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot, HdBGrundR III (2010), § 69, 569

Das BVerfG und andere Gerichte haben an diese faktisch auf vergangene Tatbestände zurückwirkenden Regelungen weniger strenge Anforderungen geknüpft als an die „echte“ Rückwirkung.

BVerfGE 72, 200, 242; zuletzt BVerfG, NJW 2010, 3629 - Verlängerung der Spekulationsfrist bei Grundstücksveräußerungsgeschäften; allg. zu dieser Entwicklung Brüning, Die Rückwirkung von Legislativakten, NJW 1998, 1525

Eine „unechte Rückwirkung“ ist nach ständig eingesetzten Formeln verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig, allerdings können sich aus dem Vertrauensschutz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese sind überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszweckes nicht geeignet und

erforderlich ist, und wenn die Bestandsschutzinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.

BVerfGE 88, 384, 406; 101, 239; zuletzt BVerfGE 127, 61, 76

Grundrechtlich wie rechtstaatlich erforderliches Mittel des Vertrauensschutzes und der Milderung der Folgen unechter Rückwirkung bzw. tatbestandlicher Rückanknüpfung ist die **angemessene Übergangsfrist**. Sie ist dezidiert dazu bestimmt, die Folgen einer Neuregelung für die bereits beruflich Tätigen abzumildern und diesen Gelegenheit zu geben, sich ohne Existenzgefährdung auf die neue Regelung einzustellen. Eine fehlende oder unzureichende Übergangsregelung gehört zu den häufigsten Gründen für eine Verletzung von Art. 12 GG in der Rechtsprechung des BVerfG. Auch bei zulässiger Rückwirkung ist also eine zeitgerechte Regelung geboten.

St. Rspr. seit BVerfGE 45, 142, 177; Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989

Bezogen auf den hier in Rede stehenden Entwurf zeigt sich, dass dieser offenbar das Problem des geschützten Vertrauens außer Acht gelassen hat. Das Verbot der entgeltlichen Vermittlung an Wohnungssuchende soll sofort und uneingeschränkt gelten; es würde mit einem Schlag den gesamten Bestand an vermittelbaren Wohnungen, die Geschäftsbeziehungen mit Vermietern und Bauträgern, aber auch mit Mietern entwerten und die Berufstätigkeit quasi rückwirkend einschränken. Eine solche Regelung enthält eine besondere Härte, die auch nicht durch das öffentliche Interesse am sofortigen Inkrafttreten der Regelung gerechtfertigt ist.

Insgesamt bestehen auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes gravierende Bedenken gegen den Entwurf. Mit dem Ausschluss der Provision für dem

Makler bereits bekannte Objekte greift der Entwurf auch in bereits bestehende Rechtspositionen ein, ohne durch angemessene Übergangsfristen oder eine Entschädigungsregelung für einen Ausgleich zu sorgen.

(3) Angemessener Ausgleich der Belange - Abwägung

Sind mehrere Adressatengruppen und Grundrechtsträger beteiligt, dann geht es unter dem Prüfungspunkt „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ um den angemessenen Ausgleich der verschiedenen Rechte und Interessen. Handelt es sich um unterschiedliche, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter, so sind diese nach dem Prinzip der „praktischen Konkordanz“ abzuwägen und in einen schonenden Ausgleich zu bringen; d.h. es darf nicht einfach eine Seite verdrängt oder überspielt werden.

Zum Begriff *Konrad Hesse* (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995) Rn. 308); das BVerfG hat diesen Begriff wörtlich oder sinngemäß in zahlreichen maßgeblichen Entscheidungen übernommen.

Eine Regelung ist demnach unverhältnismäßig, wenn sie bereits die Notwendigkeit der Abwägung nicht erkennt (Abwägungsausfall), wenn sie entweder wichtige verfassungsrechtlich geschützte Belange nicht ermittelt oder nicht in die Abwägung einstellt (Abwägungsdefizit), oder aber die verschiedenen einbezogenen Belange in einer ihrem Gewicht nicht entsprechenden Weise aufeinander bezieht bzw. eine Position einseitig bevorzugt (Abwägungsdisproportionalität).

Beurteilt man an diesem Maßstab die Begründung des Gesetzentwurfs, so ist bereits fraglich, ob überhaupt eine Abwägung stattgefunden hat. Zwar erwähnt die Begründung (S. 4) mögliche Umsatzrückgänge bei den Maklern, geht aber erkennbar auf deren Leistungen und Beiträge zur Lösung des Problems nicht

ein. Auch ist erkennbar, dass die Interessen der Wohnungssuchenden gegenüber denjenigen der Vermittler, aber auch der Wohnungseigentümer, eindeutig bevorzugt wurden. Eine Grundrechtsabwägung hat entweder von vornherein nicht stattgefunden oder hat grundrechtsgeschützte Belange der Vermittler vollkommen vernachlässigt. Wie bereits unter dem Stichwort „Eignung“ dargelegt, sind die Folgen selbst für den vermeintlich geschützten Wohnungssuchenden keineswegs nur positiv. Auch ihm entstehen vielmehr gravierende Nachteile, die erkennbar unberücksichtigt geblieben sind.

Vergleicht man überdies das im Koalitionsvertrag enthaltene „reine Bestellerprinzip“ mit dem jetzt vorliegenden Entwurf des Justizministeriums, so wird in keiner Weise erkennbar, worin der Vorteil für den Wohnungssuchenden liegen soll, wenn er den Makler immer nur mit der Vermittlung eines bestimmten Objekts beauftragen kann, aber letztlich keinen Zugriff auf den Bestand der zu vermittelnden Wohnungen erhält. Er erfährt hier keinen zusätzlichen Schutz, wird aber von zusätzlichen Angeboten praktisch abgeschnitten. Auch aus der Sicht des Vermieters entstehen über die Alleintragung der Provision hinaus Nachteile aus der Verdrängung des Maklers, denn dieser kann ihm in der Vorauswahl der Interessenten, der Durchführung von Besichtigungen und der Ausarbeitung von Verträgen wichtige Lasten nun nicht mehr abnehmen.

Demgegenüber sind die Folgen für den Vermittler – wie dargelegt – erheblich, denn er wird praktisch aus dem Markt der Wohnraumvermittlung hinausgedrängt. Das Bestellerprinzip wird ausschließlich auf den Vermieter verlagert.

Im Ergebnis entspricht es weder den Tatsachen noch der Rechtslage, wenn die Begründung des Entwurfs unter dem Stichwort „Alternativen“ in großer Schlichtheit angibt: „*keine*“. Zwar erkennt auch diese Begründung, dass die Dämpfung des Mietanstiegs keinen zusätzlichen Wohnraum schafft, verkennt aber die Möglichkeit eines echten Bestellerprinzips, in dem eine ein Adressat

der Bestellung faktisch ausgeschlossen wird. Insofern trifft es schlicht nicht zu, dass der Entwurf „ein materielles Bestellerprinzip“ verwirklicht; er schränkt das Bestellerprinzip im Vergleich zur verfassungsrechtlich weit vorteilhafteren Lösung des Koalitionsvertrags vielmehr drastisch ein.

Die Verwirklichung des Entwurfs würde, selbst wenn man Eignung und Erforderlichkeit unterstellen würde, in jedem Fall die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und das Gebot der Zumutbarkeit verletzen.

ee. Folgerichtigkeit

Sowohl das BVerfG als auch der EuGH verlangen für die Rechtfertigung von berufsregelnden Maßnahmen, dass der Gesetzgeber folgerichtig und bei mehreren Maßnahmen in sich kohärent gehandelt hat.

BVerfGE 115, 276, 300 – Sportwette; BVerfGE 121, 317, 344 – Rauchverbot; BVerfG, NJW 2008, 48 – Pendlerpauschale; allg dazu *Bumke*, DS 49 [2010], 77; *Michael*, JZ 2008, 875; *Osterloh*, FS Bryde 2013, 429; .EuGH, Rs.C-46/08 - Carmen Media; dazu Dederer, Konsistente Glücksspielreglung – Eckpunkte aus den Sportwettenurteilen des EuGH v. 08.09.2010, EuZW 2010, S. 771; Glöckner/Towfigh, JZ 2010, 1027

Auch insofern erweckt der Entwurf erhebliche Zweifel: § 6 Abs. 1 WovermRG schreibt vor, dass der Wohnungsvermittler Wohnräume nur anbieten darf, wenn er dazu einen Auftrag von dem Vermieter oder einem anderen Berechtigten hat. Die Bundesratsinitiative und Vorschlag des Bundesjustizministeriums gehen aber davon aus, dass der Makler eine Provision nur erhält, wenn er einen schriftlichen Suchauftrag hat und sodann ausschließlich wegen dieses Suchauftrags die Wohnung beschafft. Das steht in deutlichem Widerspruch zueinander: (Auftrag durch den Vermieter steht im Gesetz. Ausschließlicher Auftrag durch Wohnungssuchenden steht im Entwurf). Provision darf vom Mieter nur verlangt werden, wenn dieser den Makler mit der Suche nach einer Wohnung beauftragt hat. Umgekehrt darf der Makler aber

eine Wohnung nur anbieten, wenn ihn der Vermieter beauftragt hat. Das ist erkennbar widersprüchlich. Deshalb kann es nicht darauf ankommen, ob der Auftrag im Sinne von § 6 Abs. 1 WovermRG dem Makler vor oder nach dem Suchauftrag des Mieters erteilt worden. Ein echtes Bestellerprinzip würde hier bedeuten, dass der Wohnungssuchende auch dann Besteller ist, wenn der Vermieter über eine oder auch mehrere Wohnungen dem Makler einen Vermittlungsauftrag erteilt hat.

Deshalb verletzt der Entwurf auch das Gebot der Folgerichtigkeit, denn er verortet die Kosten gerade nicht beim Besteller und auch nur scheinbar beim Vermieter, sondern letztlich beim Makler und drängt eine Gruppe von Beteiligten einseitig aus dem Markt heraus. Auch im Übrigen ist die Begrenzung auf ein durch den Vermieter angebotenes konkretes Objekt in keiner Weise nachvollziehbar und auch nirgends begründet. Das Gebot der Folgerichtigkeit und mit ihm das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind also durch den Entwurf verletzt.

II. Prüfungsmaßstab Eigentum (Art. 14 GG)

Als weiteres von den geschilderten Maßnahmen betroffenes Grundrecht kommt die Garantie des Eigentums (Art. 14 GG) in Betracht.

Verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum besteht zunächst an unbeweglichen (z.B. Grundstücke und Wohnungen) und beweglichen Sachen. Die Gewährleistung umfasst dabei auch das Recht, mit dem Eigentum nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (vgl. § 903 BGB).

Neben die klassischen Garantien des Eigentums an beweglichem und unbeweglichem Vermögen sind heute eine Vielfalt von rechtlich geschützten Positionen getreten, deren Zuordnung zum Eigentum teilweise schwierig ist.

So etwa, ob und ggf. welche Versicherungsansprüche in den Schutzbereich von Art. 14 GG fallen – dazu zuletzt BVerfG 117, 272, 292 – Rentenversicherung; BVerfG, NJW 2011, 1058 – Arbeitslosenhilfe

Umstritten ist nach wie vor dagegen die Frage, ob der **„engerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“** nicht nur im Hinblick auf § 823 BGB,

„klassisch“ RGZ 48 114, BGHZ 23, 157, 162

sondern auch im Hinblick auf Art. 14 GG geschützt ist. Das hat auch das BVerfG bisher immer offen gelassen.

BVerfGE 66, 116, 145 ; BVerfG Kammer, NJW 2005, 589; zuletzt BVerfG, Kammer, NJW 2010, 3501 - Genmilch

Unabhängig von diesem Begriff steht jedenfalls fest, dass das Unternehmen in der Gesamtheit seiner vermögenswerten Rechte durch Art. 14 GG geschützt ist.

Deppenheuer, in : Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 14, Rn. 132,172

Gefährden einzelne oder mehrere Maßnahmen kumulativ wirkend Maßnahmen daher die Existenz eines Unternehmens als solche, so geht es nicht mehr nur um das durch Art. 12 GG geschützte „Erwerben“ von Vermögenspositionen, sondern um die Substanz (das „Erworbene“) des Eigentums (Art. 14 GG).

Zu dem materiellen Kernbestand eines Unternehmens gehören jedenfalls dessen Einrichtung, eigene Immobilien und Anwartschaften. Aber auch der

„good will“, der Kundenstamm und der Bestand der dem Makler zur Verwaltung und Betreuung anvertrauten Mietobjekte und Immobilien bestimmen den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens und stellen damit echtes Vermögen im Sinne des Art. 14 GG dar. Die substantielle Entwertung dieses Bestands und das Hinausdrängen aus einem wichtigen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit laufen demgegenüber zumindest auf Eingriffe und erhebliche Belastungen des Eigentums hinaus, deren Verhältnismäßigkeit – wie oben gezeigt – fragwürdig ist.

BVerfGE 30, 292, 344; zuletzt BVerfGE 88, 366, 377

III. Prüfungsmaßstab Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Der Entwurf enthält ein explizites Vertragsverbot und greift damit grundsätzlich in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit ein. Da der Abschluss von Maklerverträgen für deutsche Grundrechtsinhaber aber bereits zum Kerngehalt der Berufsfreiheit gehört, kommt daneben Art. 2 Abs. 1 GG nur noch für ausländische Makler in Betracht, für die nach dem zuvor Gesagten die Verwirklichung des Entwurfs ein unverhältnismäßiger Eingriff in die allgemeine Handlungs- bzw. Vertragsfreiheit wäre.

Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass der Entwurf einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit der vermeintlich geschützten Wohnungssuchenden enthält, denen der Entwurf verwehrt, einen Vermittlungsvertrag des Inhalts zu schließen, dass ihnen der Makler zeitgleich mehrere vorhandene Wohnungen aus seinem „Bestand“ anbietet.

IV. Prüfungsmaßstab Allgemeiner Gleichheitssatz: Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es nach der Rechtsprechung des BVerfG, Gleiches gleich, Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln.

st. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 42, 64, 72 – Zwangsversteigerung

Umgekehrt formuliert: Neben der sachwidrigen Ungleichbehandlung gleicher Tatbestände verbietet der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) auch die Gleichbehandlung wesensmäßig ungleicher Sachverhalte.

In der einseitigen Konzentration der Sparbemühungen gerade auf die Gruppe der Vermittler liegt im Vergleich zur Gruppe der Wohnungsanbieter, aber auch allen anderen „Kostenverursachern“ bei Wohnungssuche und Wohnungswechsel eine Ungleichbehandlung gleicher Tatbestände, die auch nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.

Auch werden im mehrfachen Sinne ungleiche Tatbestände gleichbehandelt. So liegen nur 21,4 % aller Wohnungen in den zehn größten deutschen Städten mit angespannten Märkten. Der Gesetzentwurf differenziert aber weder im Hinblick auf das Einkommen und damit die Schutzwürdigkeit der Wohnungssuchenden noch im Hinblick auf die Situation am jeweiligen Wohnungsmarkt, erfasst vielmehr unterschiedslos auch Städte, in denen die vielfach beklagte Spannungslage nicht vorhanden ist und solche Wohnungssuchende, bei denen kein Grund für einen besonderen Schutz besteht.

Der Entwurf verletzt in dieser Form also neben Art. 12 und Art. 14 auch Art. 3 GG.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt Problemstellung

I. Gegenstand

(1). Gegenstand des Rechtsgutachtens ist die verfassungsrechtliche Beurteilung der Einführung des sogenannten Bestellerprinzips im Recht der Wohnungsvermittlung, und zwar in der Ausprägung, die dieses Prinzip im *Entwurf eines Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung – MietNovG* - vorgelegt durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 18.03.2014 gefunden hat.

II. Sachverhalt

(2). In der Bundesrepublik wird seit langem das Problem der Verfügbarkeit preiswerten Wohnraums vor allem in Ballungszentren erkannt und diskutiert. Teil der Reformvorstellungen ist die Entlastung der Wohnungssuchenden von hohen Mieten und Maklerprovisionen. In der Diskussion und bereits Gegenstand eines Bundesratsentwurfs ist das sogenannte „Bestellerprinzip“ (wer den Vermittler bestellt, bezahlt ihn auch), während bisher Vermittler nach § 3 Abs. 2 WoVermRG eine Provision in Höhe von zwei Wohnungsmieten auch dann vom Wohnungssuchenden verlangen konnten, wenn der Vermieter das Entgelt schuldet. Nach § 2 Abs. 1a Ziffer 2 und 3 des oben genannten Entwurfs soll der Wohnungsvermittler vom Wohnungssuchenden nur dann die Zahlung eines Entgelts verlangen dürfen, wenn der Wohnungsvermittler von ihm in Textform einen Suchauftrag erhalten und der Vermittler nur zu diesem Zweck den Auftrag zum Angebot einer Wohnung im Sinne des § 6 Abs. 1 WoVermRG vom Vermieter eingeholt hat.

(3). Für die betroffenen Vermittler würde die Realisierung des Vorschlags eine erhebliche Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit bedeuten. Während beim „echten Bestellerprinzip“ der Wohnungsvermittler sowohl im Auftrag des Wohnungseigentümers als auch des Wohnungssuchenden tätig und unabhängig davon sein Honorar verlangen kann, tritt der Wohnungssuchende nach dem Gesetzgebungsvorschlag allenfalls in extremen Ausnahmesituationen als Besteller auf. Auch steht nicht zu erwarten, dass die entstehende Lücke durch entsprechende Aufträge der Vermieter geschlossen wird. Selbst bei schriftlichem Auftrag des Wohnungssuchenden kann sich der Makler nicht sicher sein, bei erfolgreichem Abschluss eine Provision zu erhalten. Das ist z.B. der Fall, wenn zwar ein Suchauftrag erteilt ist, die besonders ermittelte Wohnung dem Wohnungssuchenden aber nicht zusagt. Dann kann der Vermittler kein Entgelt verlangen, wenn er aus seinem Bestand dem Wohnungssuchenden eine andere geeignete Wohnung anbietet, und die ursprünglich angebotene Wohnung ist für weitere Wohnungssuchende „verbraucht“.

III. Verfassungsrechtliche Problemstellung

(4). Die vorgeschlagene Regelung wirft erhebliche verfassungsrechtliche Probleme auf. **Ziel des vorliegenden Rechtsgutachtens** ist daher die Prüfung der verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer gesetzlichen Einführung des Bestellerprinzips in der Fassung des Entwurfs des Justizministeriums. Insbesondere geht es um die Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), ggf. auch des Grundrechts auf Eigentum (Art. 14 GG), der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG). Soweit von den neuen Regelungen Vermittler betroffen sind, die ihre Dispositionen im Vertrauen auf die geltende Rechtslage getroffen haben, ist auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes in die verfassungsrechtlichen Überlegungen einzubeziehen. Dabei geht es um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des vorgelegten Entwurfs aus der Sicht der **betroffenen Wohnungsvermittler**. Rechte der sonstigen Beteiligten und des öffentlichen Interesses werden nur einbezogen, soweit sie für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Belang sind. Prüfungsmaßstab ist ausschließlich das Grundgesetz, mögliche europarechtliche Fragen bleiben ausgeklammert.

(5). Unabhängig von den Erfolgsaussichten einer möglichen Verfassungsbeschwerde geht das Rechtsgutachten davon aus, dass zumindest im derzeitigen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens alle Beteiligten ein Interesse daran haben, ein komplexes Problem in verfassungskonformer Weise zu lösen und damit langwierige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Dazu will das Rechtsgutachten beitragen.

B) Das Bestellerprinzip in der Fassung des Regierungsentwurfs

I. Prüfungsmaßstab Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

1. Schutzbereich des Grundrechts

(6). Unter „Beruf“ ist jede auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient (**sachlicher Schutzbereich**). Darunter fallen auch sämtliche Tätigkeiten der gewerblichen Verwaltung und Vermittlung von Immobilien und damit auch Mietwohnungen. Das schließt den Abschluss von Vermittlerverträgen und die Vereinbarung eines Entgelts für diese Berufstätigkeit ein. Entgeltfreiheit macht die Tätigkeit von der Ausübung eines Berufs zur bloßen Gefälligkeit.

(7). In personeller Hinsicht (**personeller Schutzbereich**) sind durch die Berufsfreiheit alle deutschen natürlichen und juristischen Personen geschützt, die aus wirtschaftlichem Erwerbszweck mit der Vermittlung von Wohnraum und Immobilien befasst sind. Angehörige von Staaten der Europäischen Union sind durch die Grundfreiheiten des EU-Vertrags weitgehend gleichgestellt. Sonstige Ausländer sind nicht durch Art. 12 GG, sehr wohl aber durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

2. Eingriff

(8). Die vorgeschlagene Regelung des § 2 Abs. 1a WoVermRG i.d.F. des Entwurfs des MietNovG stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Dieser liegt im Verbot der Forderung eines Entgelts für die Vermittlung und den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Mietvertrags über Wohnräume. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um eine Art Preisbindung oder Gebührenbegrenzung, sondern um ein nahezu ausnahmsloses Entgelt- und damit Vertragsabschließungsverbot. Einem Vermittlungsvertrag ohne Entgeltvereinbarung fehlt ein identitätsprägendes und grundrechtsgeschütztes Merkmal. Damit nimmt das Verbot der Tätigkeit die Definition des Berufs. Offenbar beabsichtigt ist nicht nur die Beschränkung der Honorare sondern die Verdrängung von Maklern aus einem großen Segment des Wohnungsmarktes.

(9). Während es sich bei Preis- und Gebührenbegrenzungen in der Regel um bloße Berufsausübungsregeln handelt, stellt der Ausschluss entgeltlicher Verträge aus einem großen Bereich der beruflichen Tätigkeit eine Einschränkung dar, die sich letztlich als eine – vom Betroffenen überdies nicht beeinflussbare – **negative Berufswahlregelung** erweist. Diese stellt die wirtschaftliche Existenz zahlreicher Betroffener in Frage dar und kommt einer **Teilschließung des Berufs** nahe. Zusammen mit der geplanten Mietpreisbremse und bereits vorliegenden Einschränkungen des Maklerberufs würde dieser Eingriff kumulativ wirken, was insbesondere bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a. Allgemeines

(10). Wegen der beabsichtigten Verdrängungswirkung und der Schwere des Eingriffs beurteilt sich dessen Rechtfertigung nicht nach den bloßen Regeln der **Berufsausübung** (Einschränkungen aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls zulässig), sondern nach denjenigen der objektiven Berufswahlregelung. Die Maßnahme ist also nur zulässig, wenn sie durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt, insbesondere wenn sie geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

b. Wichtiges Gemeinschaftsgut

(11). Die Bereitstellung erschwinglichen Wohnraums in Ballungsgebieten und eine Verminderung der finanziellen Belastung sozial schwacher Mieter stellen grundsätzlich wichtige Gemeinschaftsgüter und legitime Ziele wohnungspolitischer Maßnahmen des Gesetzgebers dar. Auch das *BVerfG* hat in mehreren Entscheidungen den Schutz von Verbrauchern vor überhöhten Preisen, Honoraren und Gebühren als legitimes Gemeinwohlziel angesehen, stets aber auch ausreichende Gründe und Differenzierung für Sonderfälle verlangt. Auch trifft dieser Grund nicht auf alle Wohnungssuchenden zu, denn es gibt gerade in Ballungszentren durchaus solvente Kunden, denen die Zahlung von Vermittlungsgebühren vor allem bei einer entsprechenden Gegenleistung keine Probleme bereitet.

c. Eignung der Maßnahme

(12). Die Einführung eines echten „Bestellerprinzips“, d.h. die Kostenbelastung desjenigen, der die jeweilige Dienstleistung bestellt hat, ist grundsätzlich geeignet, zu einer ausgewogenen und die Wohnungssuchenden entlastenden Regelung beizutragen. Dieses verhindert den bis jetzt zu beobachtenden „Abwälzungseffekt“ auf das in der Regel schwächste Glied im Dreieck von Vermieter, Makler und Mieter und sorgt dafür, dass nur derjenige Maklergebühren bezahlt, der den Auftrag erteilt hat. Insbesondere muss der Wohnungseigentümer die Kosten immer übernehmen, wenn er selbst einen Makler eingeschaltet und von dessen Tätigkeit profitiert hat, und er kann diese Kosten nicht auf den Mieter abwälzen, der möglicherweise die Tätigkeit des Vermittlers nicht als solche zu seinen Gunsten wahrnimmt. Das Bestellerprinzip als solches ist deshalb auch vor dem Hintergrund von Art. 12 GG durchaus geeignet, das angestrebte Gemeinwohlziel zu erreichen. Auch die formelle Voraussetzung von § 2 Abs. 1a Ziffer 1 (Notwendigkeit eines in Textform erteilten Suchauftrags) dient noch der Transparenz und damit der Entlastung des Wohnungssuchenden von möglicherweise nicht beabsichtigten Folgekosten.

(13) Der vorliegende Entwurf verwirklicht aber gerade nicht das Bestellerprinzip, sondern durchbricht es in einem entscheidenden Punkt, indem Wohnungssuchende nur noch in zu vernachlässigenden Sonderfällen als „Besteller“ auftreten können. Problematisch ist insbesondere die Begrenzung des Entgelts auf Fälle, in denen der Wohnungsvermittler ausschließlich wegen des schriftlichen Suchauftrags vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten den Auftrag einholt, die Wohnung zu vermitteln. Damit tritt eine doppelte Beschränkung ein: Der Vermittler kann kein Entgelt verlangen, wenn er – selbst auf schriftlichen Suchauftrag hin – eine ihm bereits bekannte Wohnung benennt, und selbst die auf Grund des Suchauftrags ermittelte Wohnung kann auch bei künftigen „Bestellern“ nicht mehr zu einer Provision führen, wenn der Mietvertrag nicht im „ersten Anlauf“ zustande kommt, da die Wohnung dem Vermittler ja schon bekannt ist und er insofern nicht ein spezifisches Angebot des Vermieters einholen kann.

(14). Ob diese Regelung geeignet ist, das angestrebte Ziel zu fördern, ist in hohem Maße fraglich. Im Gegenteil überwiegen – nicht zuletzt auch aus der Sicht der Wohnungssuchenden - Nachteile, die die Verfasser des Entwurfs offenbar nicht bedacht haben:

- Der Entwurf ist einseitig und ausschließlich auf die Mieterperspektive konzentriert und verkennt die eigentlichen Probleme des Wohnungsmarktes: Insbesondere das geringe Angebot an preiswertem Wohnraum in Ballungsräumen, Strukturprobleme im ländlichen Raum und die dadurch entstehende „Flucht“ in die Ballungszentren, das faktische Zurückziehen des Staates aus dem sozialen Wohnungsbau und die anscheinend weit verbreitete Fehlbelegung von Sozialwohnungen in den Städten.
- Der Entwurf differenziert nicht zwischen wirklich bedürftigen und wohlhabenden Mietern, die sehr wohl in der Lage sind, die Kosten für einen Makler zu bezahlen.
- Das Verbot des § 3 Abs. 3 WoVermRG würde nach § 134 BGB möglicherweise auch in den Fällen zur Nichtigkeit des Vertrags und zu einem Bußgeld nach § 8 WoVermRG führen, wenn der Wohnungssuchende durchaus bereit und in der Lage wäre, einen entgeltlichen Vermittlungsvertrag abzuschließen. Hierin liegt eine dem

gesetzgeberischen Ziel der Stärkung des mündigen Verbrauchers diametral widersprechende Bevormundung.

- Die beabsichtigte Regelung bedeutet für sozial schwache Wohnungssuchende nur auf den ersten Blick eine Entlastung, hat aber gerade aus seiner Sicht gravierende Nachteile. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht stellen Makler auch für Wohnungssuchende eine wichtige Hilfe bei der Ermittlung einer angemessenen Wohnung, der Vorbereitung des Vertrags, dem Schutz vor überzogenen Vorstellungen des Vermieters und anderen Beratungsaufgaben dar. Wenn sich die Vermittler aus diesem Markt zurückziehen, so stehen Wohnungssuchende Vermietern und deren Verbänden ohne qualifizierte Beratung gegenüber.
- Fehlt die legale und transparente Tätigkeit der Makler, dann steht zu erwarten, dass es vermehrt zum Ausweichen in „graue Märkte“, mehr oder weniger seriösen Internet-Börsen und zur „Weiterreichung“ von Wohnungen „unter der Hand kommt“, wodurch gerade ortsfremde und wenig vernetzte Wohnungssuchende Nachteile hätten.
- Erteilt der Wohnungssuchende einen Suchauftrag, so besteht die Gefahr, dass der Vermittler, der ja nur noch von einer eigens zu ermittelnden Wohnung ein Entgelt erwarten kann, umso nachdrücklicher auf die Vermietung gerade dieser Wohnung hinarbeitet und damit möglicherweise ein geeigneteres Objekt seines Bestandes nicht anbietet.
- Gerade die Konzentration auf schriftliche Suchaufträge und ein einziges Objekt wird den wirtschaftlich denkenden Vermittler dazu bringen, noch sorgfältiger als bisher sozial schwache Wohnungssuchende auszusondern, um möglichst gerade mit diesem Auftraggeber zu einem Vertragsabschluss zu gelangen.
- Die wichtige Funktion von Maklern, im Interesse der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses einen Nachmieter zu finden, würde ebenso wegfallen wie die praktisch bedeutsame Beratung über damit zusammenhängende Fragen wie Renovierungspflichten, Übernahme eingebrachter Einrichtungsgegenstände, Inanspruchnahme der Kautions, Kündigungsfristen, zumutbare Nachmieter usw. Hier kann der Makler helfen, unnötige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.
- Auch aus der Sicht der Vermieter entstehen über die Alleintragung der Provision hinaus Nachteile aus der Verdrängung der Makler, denn diese können ihm nunmehr nicht mehr wichtige Aufgaben der Vorauswahl der Interessenten, der Durchführung von Besichtigung und der Ausarbeitung von Verträgen abnehmen. Der Mangel an professioneller Beratung vor Vertragsabschluss wird, wie aus anderen Bereichen hinlänglich bekannt, zu einer umso größeren Anzahl von Rechtsstreitigkeiten im Nachhinein führen.

(15). Diese Nachteile und Zweifel an der Eignung werden auch **nicht** durch die Berufung auf die **Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers** auf der Eignungsstufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeräumt. Bei der Beurteilung der Eignung einer gesetzlichen Maßnahme kommt dem Gesetzgeber zwar nach der Rechtsprechung des *BVerfG* eine solche Einschätzungsprärogative zu, d.h. das *BVerfG* wird seine eigene Einschätzung nur in seltenen Fällen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Diese bezieht sich aber nur auf die eigentliche Einschätzung und Folgenbewertung, nicht aber auf die der Einschätzung zugrundeliegenden Tatsachen. Beruht die Einschätzung auf einer unvollkommenen oder falschen Tatsachenanalyse vor der Entscheidung, so fehlt es schon deshalb an der Eignung und dem Gesetzgeber kommt keine Einschätzungsprärogative mehr zu. In diesem

Sinne schlicht unzutreffend ist die in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Ausdruck gebrachte Auffassung: „Auch künftig können sowohl Mieter als auch Vermieter Auftraggeber des Wohnungsvermittlers sein“ – eine Möglichkeit, die hinsichtlich der Mieterseite zwar in der Theorie besteht, die aber in der Wirklichkeit kaum wahrgenommen werden wird. Auch geht der Entwurf erkennbar von einer geringen Belastung der Vermittler aus und verkennt die Folgekosten für alle Beteiligten. Auch lässt er nicht erkennen, warum vom „echten Bestellerprinzip“ abgewichen wird.

d. Erforderlichkeit

(15). Selbst wenn man die Eignung unterstellen würde, wäre die Regelung des Entwurfs nicht erforderlich, weil es erkennbar mildere Mittel zur Behebung der mit dem Entwurf bekämpften Missstände gibt. So ist die Begrenzung der Provision auf zwei Monatsmieten als milderes Mittel bereits in § 3 Abs. 2 WohnVermG geltendes Recht. Auch das „echte Bestellerprinzip“ ist aus der Sicht der Verhältnismäßigkeit ein weit milderes und im Übrigen geeigneteres Mittel, um die Probleme zu lösen. Andere Mittel wie etwa die Pflicht zur Dokumentation der für den Wohnungssuchenden erbrachten Leistungen, Verbesserung der Qualifikation zum Beruf des Maklers und die Bekämpfung „schwarzer Schafe“ und von Missbräuchen bisheriger Regelungen wurden offenbar im Gesetzgebungsverfahren nicht einmal erwogen.

e. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - Zumutbarkeit

(16). Die Verwirklichung des Entwurfs würde, selbst wenn man Eignung und Erforderlichkeit unterstellen würde, in jedem Fall die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und das Gebot der Zumutbarkeit verletzen. Offenbar nicht bedacht wurden zahlreiche Nachteile und Nebenfolgen für den Wohnungsmarkt. Der Entwurf erfasst mit den Wohnungsvermittlern einseitig eine Gruppe, die weder für die Missstände des Wohnungsmarktes in Ballungsgebieten und die Kosten auf Seiten der Wohnungssuchenden verantwortlich ist, noch eine besondere Nähe zu einer öffentlichen Aufgabe oder eine Garantstellung für den Schutz bestimmter Verbraucher aufweist. Im Kern werden die Makler für ein soziales Ziel des Gesetzgebers in Anspruch genommen, und ihnen wird ohne jeden Ausgleich ein Sonderopfer zugemutet, während die Gruppe der Vermieter allenfalls durch das geplante „Abwälzungsverbot“ der Provision für real von ihnen in Anspruch genommene Leistungen „belastet“ werden. Abgesehen von der lapidaren Feststellung, die Neuregelung werde zu „deutlichen Umsatzrückgängen führen“, enthält die Begründung zudem keinerlei Anzeichen dafür, dass sich die Verfasser des Entwurfs über die Schwere des Eingriffs Gedanken gemacht haben.

e. Folgerichtigkeit

(17) Im Vergleich zum „echten Bestellerprinzip“ verletzt der Entwurf auch das Gebot der Folgerichtigkeit, denn er verortet die Kosten gerade nicht beim Besteller und auch nur scheinbar beim Vermieter, sondern letztlich beim Makler und drängt eine Gruppe von Beteiligten einseitig aus dem Markt heraus. Auch im Übrigen ist die Begrenzung auf ein

durch den Vermieter angebotenes konkretes Objekt in keiner Weise nachvollziehbar und auch nirgends begründet. Das Gebot der Folgerichtigkeit und mit ihm das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind also durch den Entwurf verletzt.

f. Vertrauensschutz

(18). Mit dem Ausschluss der Provision für dem Makler bereits bekannte Objekte greift der Entwurf auch in bereits bestehende Rechtspositionen ein. Vermittler haben in oft jahrelanger Arbeit eine Vertrauensposition bei Wohnungseigentümern, Wohnbaugesellschaften und auch Wohnungssuchenden geschaffen, die in ihrem „wertvollstem Gut“, dem Bestand an vermittelbaren Wohnungen zum Ausdruck kommt. Diesen haben sie im Vertrauen auf die derzeit geltende Regelung aufgebaut; würde der Entwurf Gesetz, so entstünde zumindest ein Fall „unechter Rückwirkung“ durch die nachträgliche Entwertung vorhandener Kenntnisse und angebotener Grundstücke. Auch dies trägt zur Unverhältnismäßigkeit der Regelung bei.

Der Entwurf ist also im Kern unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

II. Prüfungsmaßstab Eigentum (Art. 14 GG)

(19). Allgemein schützt die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nur das erworbene Vermögen, während das „Erwerben“ des Vermögens nur durch Art. 12 GG geschützt ist. Dagegen kann die Substanz eines Unternehmens sehr wohl zum Schutzbereich des Art. 14 GG gerechnet werden. Das gilt auch, wenn nach wie vor offen ist, ob das *BVerfG* den „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ zum Schutzbereich des Eigentums (Art. 14 GG) rechnet. Zu dem materiellen Kernbestand eines Unternehmens gehören jedenfalls dessen Einrichtung, eigene Immobilien und Anwartschaften. Aber auch der „good will“, der Kundenstamm und der Bestand der dem Makler zur Verwaltung und Betreuung anvertrauten Mietobjekte und Immobilien bestimmen den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens und stellen damit echtes Vermögen im Sinne des Art. 14 GG dar. Die substantielle Entwertung dieses Bestands und das Hinausdrängen aus einem wichtigen Bereich der unternehmerischen Tätigkeit laufen demgegenüber zumindest auf Eingriffe und erhebliche Belastungen des Eigentums hinaus, deren Verhältnismäßigkeit – wie oben gezeigt – fragwürdig ist.

III. Prüfungsmaßstab Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

(20). Da der Abschluss von Maklerverträgen für deutsche Grundrechtsinhaber bereits zum Kerngehalt der Berufsfreiheit gehört, kommt daneben Art. 2 Abs. 1 GG nur noch für ausländische Makler in Betracht, für die nach dem zuvor Gesagten die Verwirklichung des Entwurfs ein unverhältnismäßiger Eingriff in die allgemeine Handlungs- bzw. Vertragsfreiheit wäre. Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass der Entwurf einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsfreiheit der vermeintlich geschützten Wohnungssuchenden enthält, denen der Entwurf verwehrt, einen Vermittlungsvertrag des Inhalts zu schließen, dass ihnen der Makler zeitgleich mehrere vorhandene Wohnungen aus seinem „Bestand“ anbietet.

IV. Prüfungsmaßstab Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 GG)

(21). Der allgemeine Gleichheitssatz der Verfassung verbietet die Ungleichbehandlung wesensmäßig gleicher Tatbestände, aber auch die Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände. In der einseitigen Konzentration der Sporbemühungen gerade auf die Gruppe der Vermittler liegt im Vergleich zur Gruppe der Wohnungsanbieter, aber auch allen anderen „Kostenverursachern“ bei Wohnungssuche und Wohnungswechsel eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, die auch nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Außerdem verbietet der Entwurf ein Entgelt unterschiedslos auch bei durchaus wohlhabenden Wohnungssuchenden, bei denen kein Grund für einen besonderen Schutz besteht. Der Entwurf verletzt in dieser Form also neben Art. 12 und Art. 14 auch Art. 3 GG.

C. Gesamtergebnis

(22). In der Gesamtwürdigung unterliegt der Entwurf des Justizministeriums gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Da er ein ohne weiteren Vollzugsakt geltendes Verbot ausspricht, wäre eine Verfassungsbeschwerde ohne Erschöpfung des Rechtswegs zulässig. Den beteiligten Bundesorganen, insbesondere dem Bundestag und seinem Rechtsausschuss, wird dringend empfohlen, solche Risiken zu vermeiden, diesen Bedenken nachzugehen und zu einer verfassungskonformen Lösung des Problems zu gelangen.

Mainz, 30.05.2014

Prof. Dr. Friedhelm Hufen