

Stellungnahme des IVD Bundesverband zu der aktuellen Diskussion um ein sog. Bestellerprinzip

Der IVD ist grundsätzlich gegen ein sog. Bestellerprinzip beim Immobilienverkauf. Insbesondere ist der IVD gegen eine Neuregelung, nach der die Maklerprovision nur noch vom Verkäufer verlangt werden kann. Dies widerspricht dem Leitbild des Immobilienmaklers, der Intermediär zwischen Verkäufer und Käufer ist. Ein solcher Systemwechsel hätte denklösig zur Folge, dass der Immobilienmakler nur noch dem Verkäufer als Berater zur Verfügung steht. Der Käufer wäre bei einer seiner größten Investitionsentscheidungen weitgehend auf sich alleine gestellt, obwohl es aus seiner Sicht Sinn macht, einen fachkundigen Interessenvertreter an seiner Seite zu haben. Auch eine Haftung des Immobilienmaklers kann mangels Vertragsverhältnis nicht mehr durch den Käufer begründet werden. Die gesamte Rechtsprechung, die immer strengere Anforderungen an die Leistung des Immobilienmaklers gestellt hat und somit den Käufer gestützt hat, wäre obsolet. Zudem ist zu erwarten, dass die Verkäufer die Provision auf den Kaufpreis aufschlagen, was zu einer höheren Belastung mit Grunderwerbsteuer führt. Die ohnehin schon hohen Immobilienpreise würden weiter steigen.

Führt der Verkäufer den Verkauf in Eigenregie durch, werden im Verkaufsprozess zahlreiche Fragen nicht angesprochen, so dass Kauf und Verkauf von Fehlvorstellungen begleitet werden. Vorhandene Mängel bleiben unaufgedeckt. Im schlimmsten Fall kommt es zum Fehlkauf. Die Einschaltung eines Immobilienmaklers dient somit dem Verbraucherschutz. Wer ein Bestellerprinzip fordert, setzt den Schutz der Verbraucher aufs Spiel.

1. Keine Adaption der Regelung in der Wohnungsvermittlung (§ 2 Abs. 1a WoVermRG)

Wenn es zu einer Neuregelung kommen sollte, fordert der IVD, dass sich diese nicht an der Regelung in der Wohnungsvermittlung orientiert oder diese sogar vollständig adaptiert.

Das 2015 in der Wohnungsvermittlung eingeführte Bestellerprinzip wurde zwar unter der Maßgabe eingeführt, dass Vermieter und Mieter gleichermaßen Besteller des Maklers (Wohnungsvermittlers) sein können. Der politische Wille war jedoch, dass grundsätzlich der Vermieter den Immobilienmakler bezahlen soll, wenn ein Makler in die Vermittlung eingebunden ist. Aufgrund von Befürchtungen, dass es den Vermietern und Maklern gelingen könnte, die Provisionslast doch auf den Mieter abzuwälzen oder diesen durch die Hintertür zum Besteller zu machen, hat man eine Regelung geschaffen, die eine Bestellung des Maklers durch den Interessenten faktisch unmöglich macht.¹

Dies beruht auf dem Umstand, dass eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur begründet werden kann, wenn der Makler ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag einholt, die Wohnung anzubieten (§ 2 Abs. 1a WoVermRG). Kommt ein Mietvertrag – aus welchen Gründen auch immer – nicht zustande, ist die Wohnung für den Makler „verbrannt“², da er diese keinem weiteren Interessenten anbieten darf. Er kann nicht mehr ausschließlich für diesen tätig werden, da ihm die

¹ BT-Drs. 18/3121, S. 17.

² Kritik des Bundesrates an der Folge des Bestellerprinzips, BR-Drs. 447/14 (Beschluss).

Vermarktung mit dem ersten Interessenten bereits gestattet wurde. Das dem Bestellerprinzip innewohnende Verbot der Doppeltätigkeit wird durch das Merkmal der Ausschließlichkeit unnötig überdehnt. In der Rechtsliteratur wird diese Regelung aus diesem Grund sehr kritisch gesehen.³ Auch der Bundesrat hatte diesen Umstand in seiner damaligen Stellungnahme zum Regierungsentwurf kritisch gesehen, indem er das „Verbrennen“ der Wohnung als „absurdes Ergebnis“ der Regelung erachtet hat.⁴ Der sehr enge Tatbestand führt jedenfalls dazu, dass kaum ein Vermittler aufgrund eines Suchauftrages tätig wird, was nicht zum Vorteil der Wohnungssuchenden ist, da er so bei der Suche nach einer Wohnung auf sich alleine gestellt ist, selbst wenn er hierfür zahlen will. Zudem hat die Regelung dazu geführt, dass sich das öffentlich zugängliche Wohnungsangebot reduziert hat, da viele Vermieter andere Wege nutzen, ihre Wohnung zu vermieten. Eine Insertion im Internet meiden viele, da sie die hohe Nachfrage kaum bewältigen können. Viele Immobilienmakler haben sich daher aus dem Vermietungsgeschäft zurückgezogen. Sie sind auf den Verkauf ausgewichen.

2. Verfassungsmäßigkeit eines Bestellerprinzips nach dem Vorbild des § 2 Abs. 1a WoVermRG

Überträgt man den Regelungskern der Wohnungsvermittlung auf den Verkauf, führt dies dazu, dass Immobilienmakler nicht mehr für Kaufinteressenten tätig werden. Sie könnten sich ihren Vertragspartner nicht mehr frei aussuchen, was die Berufsfreiheit in nicht unerheblichem Maße beeinträchtigen würde.⁵ Die letzte Ausweichmöglichkeit bestünde darin, dass Immobilienmakler nur noch für den Verkäufer tätig werden könnten. Dies stellt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit oder sogar in die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 GG dar. Der Eingriff in den Schutzbereich müsste verfassungsrechtlich mit gewichtigen Gründen gerechtfertigt sein. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Regelung in der Wohnungsvermittlung durchaus kritisch gesehen, aufgrund des weiten Handlungsspielraumes des Gesetzgebers aber gebilligt.⁶ Ob dies im Fall einer Regelung im Bereich des Immobilienkaufs genauso ist, ist mit erheblichen Zweifeln verbunden. Die Regelung müsste verfassungsrechtlich verhältnismäßig sein, mithin einen legitimen Regelungszweck verfolgen, geeignet sein, diesen zu erreichen sowie erforderlich und angemessen sein. Da die Ausgangssituation völlig anders ist, können dieselben Argumente nicht zur Begründung herangezogen werden.

a) Legitimer Regelungszweck

Beim Bestellerprinzip in der Wohnungsvermittlung sah das Bundesverfassungsgericht diesen Regelungszweck in einem Schutz vor der Ausnutzung faktischer Zwangslagen. Wohnungssuchende müssten regelmäßig aufgrund der angespannten Marktsituationen für Leistungen aufkommen, die primär im Interesse des Vermieters lägen.⁷ Die Leistung des Maklers beim Verkauf, die er gegenüber dem Käufer erbringt, liegt auch in seinem Interesse. Er wird vom Immobilienmakler beraten und kann diesen auch haftbar machen, wenn seine Beratung fehlerhaft ist. Ein Kaufvertrag kann zudem nicht

³ Vgl. nur *Fischer*, IMR 2016, 3356; *Fischer*, WuM 2016, 391, 396; *Bethge*, ZMR 2014, 931; *Wiek*, WuM 2016, 551; NK-BGB/*Wichert*, 3. Aufl. 2016, § 652 Rn 130a.

⁴ BR-Drs. 447/14 (Beschluss), S. 8.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15 –, juris, Rn. 50.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15 –, juris.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15 –, juris, Rn. 67 f.

einfach mit einem Mietvertrag verglichen werden. Er ist deutlich komplexer und weitreichender für den Käufer. Auf die Frage der Zwangslage, die im vorliegenden Fall weder ersichtlich noch empirisch belegt ist, kommt es beim Kauf nicht an, da es kein Recht auf „günstiges“ Eigentum gibt und es somit nicht Aufgabe des Staates ist, dieses zur Verfügung zu stellen. Am Rand sei angemerkt, dass Wohneigentum aufgrund der guten Arbeitsmarktsituation und der niedrigen Zinsen trotz höherer Preise derzeit sehr erschwinglich ist.⁸ Aus dem Sozialstaatsprinzip lässt sich eine solche Regelung einer Provisionsbeschränkung jedenfalls nicht ableiten. Anders mag es im Bereich der Mietwohnungen sein, bei dem der Staat eine gewisse Verpflichtung hat, zumindest die Rahmenbedingungen zu schaffen, dass ausreichend bezahlbarer Wohnraum zur Verfügung steht. Freilich können dies aber nur Mietwohnungen sein.

b) Geeignetheit

Ein derartiger Eingriff ist auch nicht geeignet, den Käufer vor einer Belastung mit Kaufnebenkosten zu bewahren. Denn der Verkäufer könnte die bei ihm anfallenden Maklerkosten auf den Kaufpreis aufschlagen.⁹ Zwar wird vertreten, dass sich ein Einpreisen der Provision nicht negativ auf die Finanzierung auswirkt, da diese über den höheren Kaufpreis einfach mitfinanziert werden könne.¹⁰ Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden, da Banken bei der Finanzierung den Beleihungswert zugrunde legen und auch nur diesen finanzieren. Dieser Wert liegt aber in der Regel unterhalb des Kaufpreises und erst recht unterhalb der Summe aus Kaufpreis und Nebenkosten.

c) Erforderlichkeit – gleichgeeignete Mittel

Ob eine solche Regelung erforderlich ist, also es kein milderes gleichgeeignetes Mittel zur Verfügung steht, ist zu verneinen. Denn der Gesetzgeber könnte dasselbe Ziel ohne die Belastung einer gesamten Berufsgruppe erreichen, indem er die Grunderwerbsteuer reduziert oder erlässt, zumal der Staat hierdurch alle Erwerber erreichen würde und nicht nur die, die über einen Makler kaufen. Auch die Notar- und Grundbuchkosten sind Teil der Grunderwerbsnebenkosten. Zudem könnte er weitere Förderprogramme auflegen oder diese zumindest erst einmal evaluieren, ob das Ziel der Eigentumsförderung hierdurch nicht bereits ausreichend erreicht ist.¹¹

Zudem gibt es weitere Möglichkeiten, ein von der Politik intendiertes Bestellerprinzip umzusetzen.¹² Da die Politik offenbar nur bestimmte Regionen im Blick hat, also die, in denen der Käufer in der Regel den Immobilienmakler zahlt und die Preise nebst Kaufnebenkosten besonders hoch sind, wäre insofern auch an ein nicht bundeseinheitliches Gesetz zu denken.

⁸ Vgl. IVD Erschwinglichkeitsindex 2018 (<https://ivd.net/2018/01/ivd-erschwinglichkeitsindex-wohneigentum-in-deutschland-bleibt-trotz-steigender-preise-erschwinglich/?cn-reloaded=1>, abgerufen am 24.10.2018)

⁹ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 093/17, S. 5.

¹⁰ Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Das Bestellerprinzip für Immobilienkäufe, IW-Kurzberichte 6.2017, abrufbar: <https://www.iwkoeln.de/studien/iw-kurzberichte/beitrag/alexandra-toschka-michael-voigtlaender-das-bestellerprinzip-fuer-immobilienkaeufe-321820> (Stand: 28.04.2017).

¹¹ Weder der Koalitionsvertrag, noch das Ergebnispapier zum Wohngipfel am 21.9.2018 sehen ein Bestellerprinzip vor. Letzteres enthält nur eine Reduzierung der Maklerkosten, vgl. auch Ausarbeitung Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD7 220/18, S. 2.

¹² Vgl. Hufen, NZM 2014, 663 ff., Das geplante „Bestellerprinzip“ im Recht der Wohnungsvermittlung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts.

d) Angemessenheit

Letztlich scheitert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an der Angemessenheit. Es ist nicht angemessen, dass auf Kosten eines gesamten Berufsstandes, der Arbeitgeber von mindestens 100.000 Beschäftigten ist, eine einseitige Begünstigung eingeführt wird. Ein derartiges Vertragsabschlussverbot würde ein wirtschaftliches Überleben zahlreicher Immobilienmakler mehr als gefährden. Für viele Immobilienmakler würde dies bedeuten, dass sich die Verdienstmöglichkeit erheblich reduziert, wenn sie nicht mehr vom Käufer beauftragt werden können.¹³ Für viele würde sich das Bestellerprinzip als Berufsverbot darstellen. Ein solches Verbot der Berufsauswahlfreiheit erfordert entsprechend der Drei-Stufen-Theorie einer besonders gewichtigen Rechtfertigung, die nicht ersichtlich ist.¹⁴

3. Ergebnis

Ein Bestellerprinzip bei Verkaufsfällen nach dem Vorbild der Regelung in der Wohnungsvermittlung wäre nicht mit der Verfassung vereinbar.

Immobilienverband Deutschland IVD

Bundesverband der Immobilienberater,
Makler, Verwalter und Sachverständigen e.V.

Präsident: Jürgen Michael Schick

Bundesgeschäftsführerin: Sun Jensch

Littenstraße 10 • 10179 Berlin

Tel. 030 - 27 57 26-0

www.ivd.net

¹³ Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung noch relativierend auf weiterhin bestehende Erwerbsmöglichkeiten im Bereich der Kaufverträge für Immobilien verwiesen. Dies würde mit dem Bestellerprinzip Kauf wegfallen, BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016 – 1 BvR 1015/15 –, juris, Rn. 86.

¹⁴ Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 13. Aufl. 2014, Art. 12 GG Rn.52.