



Was Makler zukünftig beachten müssen

Das Bestellerprinzip bei der Wohnungsvermittlung

Von RA AXEL LIPINSKI-MIESSNER, www.maklerrechtsexperte.berlin

I. Einleitung

Seit dem 1. Juni 2015 gilt das Bestellerprinzip. Dies führt dazu, dass bei der Wohnungsvermittlung die Zahlungspflicht der Maklerprovision in fast allen Fällen beim Vermieter liegt. Ziel dieser Regelung ist es, dass derjenige, der den Immobilienmakler mit der Vermittlung einer Wohnimmobilie bestellt und beauftragt, also in der Regel der Vermieter, diesen letztendlich bezahlt. Mit anderen Worten: Eine Abwälzung der Verpflichtung zur Zahlung der Provision auf den Mieter soll künftig verhindert werden. Schon im Vorfeld der politischen Diskussionen gab es zahlreiche Fragen und Unklarheiten zum Bestellerprinzip bzw. zu den Ausnahmetatbeständen. Selbst eine große Berliner Tageszeitung verkündete nach Bekanntgabe des Inkrafttretens des Mietrechtsnovellierungsgesetzes, das Bestellerprinzip gelte (*angeblich*) auch beim Kauf einer Immobilie¹⁾. Diese Falschmeldung führte zu großer Verunsicherung sowohl bei Maklern als auch potentiellen Mietinteressenten. Im Folgenden sollen daher die wichtigsten Fragen rund um die Einführung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung und den damit verbundenen tiefgreifenden Änderungen im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermRG) erläutert werden.

II. Gesetzeszweck und Legaldefinition des Wohnungsvermittlers

Zweck des Wohnungsvermittlungsgesetzes ist es allgemein, Wohnungssuchende vor ungerechtfertigten wirtschaftlichen Belastungen zu schützen, die sich für sie aus missbräuchlichen Vertragsgestaltungen oder unlauteren Geschäftsmethoden ergeben können²⁾. Außerdem soll die Markttransparenz verbessert werden³⁾. Das WoVermRG beinhaltet daher zahlreiche Abweichungen von den Regelungen zum Maklervertrag im BGB durch zwingende Rechtsnormen zugunsten des Wohnungssuchenden. Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 WoVermRG ist Wohnungsvermittler, wer

den Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume nachweist. Der Anwendungsbereich der Regelungen des Wohnungsvermittlungsgesetzes wurde also gegenständlich auf Mietverträge über Wohnräume beschränkt. Daraus folgt, dass die Provision beim Immobilienkauf und der Vermittlung von Gewerberäumen auch zukünftig frei vereinbart werden kann. Der Gesetzgeber begründet das damit, dass dem Mieter als Endverbraucher im Gegensatz zu einem Käufer oder dem gewerblichen Mieter eine besondere Schutzbedürftigkeit zugesprochen wird. Darüber hinaus sei an dieser Stelle erwähnt, dass sich die Legaldefinition des Wohnungsmaklers inhaltlich an die Tätigkeitsmerkmale des § 652 BGB anlehnt und damit sowohl den Vermittlungs- als auch den Nachweismakler abbildet.

III. Bestellerprinzip

Das Bestellerprinzip wurde in § 2 Abs. 1a WoVermRG eingeführt. Danach darf der Wohnungsvermittler vom Wohnungssuchenden nur dann ein Entgelt verlangen, wenn ein Vermittlungsvertrag zwischen beiden besteht und er ausschließlich zu dessen Erfüllung Wohnungsangebote eingeholt hat. Der Wohnungssuchende, der sich auf eine Anzeige hin an den Makler wendet, darf mithin nicht zur Zahlung verpflichtet werden. Eine Ausnahme vom Bestellerprinzip hat der Gesetzgeber nur für den Fall eingeräumt, in dem der Mietinteressent den Makler mit der Wohnungssuche beauftragt und dieser anschließend einen passenden Vermieter bzw. ein passendes Mietobjekt für den Mietinteressenten findet. Die Provision soll vom Wohnungssuchenden also nur noch dann getragen werden, wenn er die Suche nach einer Wohnung veranlasst, noch bevor der Vermieter oder ein anderer Berechtigter den Makler mit dem Angebot der Wohnung beauftragt hat. Sofern der Makler einen Suchauftrag vom Mietinteressenten erhält, muss beachtet

werden, dass für diesen zwingend die Textform vorgeschrieben wurde, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 WoVermRG i.V.m. § 126b BGB. Der Textform entspricht nach § 126b BGB jede lesbare, dauerhafte Erklärung, in der der Ersteller der entsprechenden Urkunde genannt wird, und aus der, „durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders“ der Abschluss der Erklärung hervorgeht und erkennbar ist, dass die Erklärung abgegeben wurde. Im Gegensatz zur Schriftform können daher neben klassischen Schriftstücken auch Telefax-Nachrichten (selbst ohne Unterschrift oder ohne verkörpertes Original direkt aus einem Computer durch Computerfax), maschinell erstellte Briefe, eMails, Telegramme oder SMS zur Einhaltung der Form ausreichen. Eine rein mündliche Vereinbarung wird hingegen nicht zulässig sein.

Darüber hinaus muss der Makler, wenn er im Hinblick auf eine konkrete Suchanfrage dem Wohnungssuchenden ein Objekt vorstellen will, gemäß § 6 Abs. 1 WoVermRG einen Auftrag zum Angebot vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten erhalten haben. Als Auftrag im Sinne dieser Bestimmung genügt jede ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder mündlich erklärte Zustimmung des Berechtigten zur Vermittlung der betreffenden Wohnung durch einen bestimmten Makler⁴⁾.

Eine entsprechende Vertragsklausel im Suchauftrag könnte wie folgt lauten:

„Der Wohnungsvermittler erhält vom Wohnungssuchenden für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume ein Entgelt in Höhe von zwei Nettokalmieten zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer, sofern der Wohnungssuchende ausschließlich aufgrund dieses Suchauftrages (Vermittlungsvertrag) vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag eingeholt hat, die entsprechende Wohnung anzubieten.“

Fraglich ist, welche Partei die Provision des Maklers zu zahlen hat, wenn der Vermieter den Makler vor Inkrafttreten des Bestellerprinzips mit der Vermittlung seiner Wohnung beauftragt hat, dieser aber erst nach Inkrafttreten der Novelle einen Mieter findet. Der Mieter wird in diesem Fall vom Bestellerprinzip geschützt. Maßgeblich ist

DIPL.-ING. - ARCHITEKT WOLFGANG ZIMMERMANN

Von der Architektenkammer Berlin öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken

Münchener Straße 30, 10825 Berlin
www.svb-zimmermann.de



Tel. 784 22 11
Fax 788 16 40

1) Berliner Morgenpost vom 6. März 2015, Seite 11, „Viele Ausnahmen bei der Mietpreisbremse“.

2) BGH, NJW 2003, 1393 (1394); NJW 2004, 286 (287); KG, NJW-RR 2004, 1239 = NZM 2004, 431.

3) NJW 2004, 286 (287).

4) Baader/Gehle, § 6 Rn. 6; Schulz, § 6 Rn. 7; Siegel, WuM 1999, 263 (264); D. Fischer, NZM 2005, 731 (732).

Recht und Praxis



der in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Rechtsgrundsatz, dass die Schuldverhältnisse in ihrem Inhalt und in ihrer Wirkung dem Recht unterstehen, das zur Zeit des Entstehungstatbestandes galt⁵⁾. Doch auch der Vermieter muss in diesem Fall nicht zwangsläufig die Provision zahlen. Ob eine Provisionspflicht besteht, hängt allein von dem geschlossenen Maklervertrag zwischen dem Vermieter und dem Makler ab. Sollte der Makler keine Provisionszahlung mit dem Vermieter vereinbart haben, besteht auch ihm gegenüber kein Provisionsanspruch. Entscheidend wird daher während der Übergangsphase sein, dass der Makler ausdrücklich eine Provisionspflicht mit dem Vermieter vereinbart hat. Hat der Mieter das Exposé mit dem Hinweis auf die Provisionspflicht noch im Mai 2015 erhalten, den Mietvertrag aber erst nach dem Stichtag unterschrieben, bleibt die Provisionspflicht weiter bestehen, obwohl das Bestellerprinzip bereits gilt. Entscheidend für die Provisionspflicht sind für beide Parteien der Inhalt und der Zeitpunkt des geschlossenen Maklervertrages. Besonders problematisch sind Fälle, in denen zwar vom Mieter ein Suchauftrag erteilt wurde und der Makler eine Wohnung findet, diese aber dem Interessenten letztendlich nicht zusagt. Wenn der Makler diese Wohnung nun anderen Interessenten anbietet, kann er kein Entgelt mehr verlangen, denn für weitere Wohnungssuchende gilt sie nicht mehr als „ausschließlich“ im Auftrag des Wohnungssuchenden ermittelte Wohnung⁶⁾. Wenn der Makler folglich einen

Auftrag mit dem Vermieter zur Vermittlung abgeschlossen hat, ohne eine Provisionszahlung zu vereinbaren, kann er auch nach erfolgreicher Vermittlung an einen neuen Interessenten von keiner Partei ein Entgelt fordern. Der Gesetzgeber begründet diese (für den Makler nachteilige) Regelung damit, dass so sichergestellt sei, dass der Vermittler bei Zahlungsaufforderung die Beweislast dafür trage, dass er die Wohnung ausschließlich wegen des Suchauftrags des Wohnungssuchenden eingeholt habe. Dass der Makler den Auftrag, die Wohnung anzubieten, ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden eingeholt hat, kann er z. B. durch Zeugnis des Vermieters, von Mitarbeitern des Vermittlers oder durch Würdigung einer persönlichen Anhörung beweisen. Sollte der Wohnungsvermittler daher im Einzelfall aufgrund eines Suchauftrages tätig werden, ohne die Vermietungsgelegenheit schon zu kennen, ist es ratsam, dies genauestens zu dokumentieren, da der Makler die Beweislast für die Durchsetzung seines Zahlungsanspruchs trägt.

Schuldhaft Verstöße des Maklers gegen das Bestellerprinzip werden nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 WoVermRG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 25.000 € geahndet.

IV. Verbot abweichender Vereinbarungen

Abweichende Vereinbarungen von den Regelungen zur Wohnungsvermittlung sind gemäß § 2 Abs. 5 WoVermRG unwirk-

sam. Dies gilt auch für Vereinbarungen, in denen der Wohnungssuchende verpflichtet wird, ein vom Vermieter oder Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen. Damit sind Umgehungsgeschäfte, mit denen das Bestellerprinzip unterlaufen werden könnte, wie z. B. der gleichzeitige Verkauf von wertlosem oder überbeurtem Inventar⁷⁾, untersagt.

V. Rückzahlungsanspruch von unzulässigen Provisionszahlungen

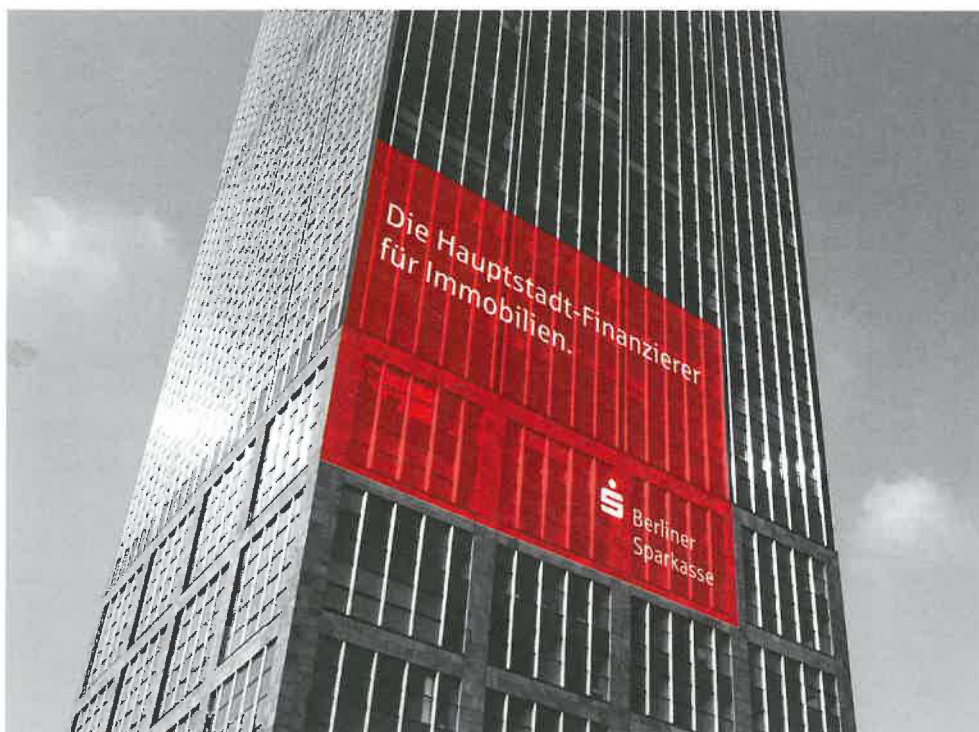
Grundsätzlich sollte der Mieter prüfen, ob dem Makler ein entsprechendes Entgelt zusteht oder nicht. Der Mieter wird aber auch dann geschützt, wenn sich erst zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass die geleistete Provisionszahlung nicht berechtigt war. In dem Fall kann er ein dem Makler nicht zustehendes Entgelt, eine unberechtigt geforderte Auslagenerstattung, einen Vorschuss oder eine andere unberechtigt erhobene Gebühr gemäß § 5 Abs. 1 WoVermRG zurückfordern. Gleiches gilt für die Übernahme fremder Provisionspflicht-

5) Vgl. BGHZ 10, 391 (394) = NJW 1954, 231; BGHZ 14, 205 (208) = NJW 1954, 1522; BGHZ 99, 363 (369) = NJW 1987, 2078; BGH, Beschluss vom 21. Februar 2013 - VII ZA 14/12, BeckRS 2013, 04616 Rn. 2 (dazu Emde, EWIR § 89b HGB 1/13, 485).

6) a. A. Fischer in NJW 2015, 1560, der im Rahmen einer teleologischen und zudem verfassungskonformen Auslegung das Merkmal der Ausschließlichkeit auf das Verbot der Doppeltätigkeit bezieht, so dass ein Provisionsanspruch des Maklers gegenüber dem Zweitinteressenten bei Abschluss eines Mietvertrages nicht ausgeschlossen sei.

7) Klenner, ZRP 2013, 98 (100); Derleder, NZM 2014, 263 (266).

Anzeige



Experten mit Vorstellungskraft.

Berlin ist attraktiver Investitionsgrund mit hervorragender Reputation.

Je mehr Menschen hier leben, desto mehr Flächen müssen bebaut und Gebäude finanziert werden. Die Berliner Sparkasse bietet maßgeschneiderte Lösungen – von der Projekt- bis zur Portfoliofinanzierung. Für die vielfältigen Kundenbedürfnisse steht ein Expertenteam mit zumeist „lebenslanger Berlin-Erfahrung“ im Immobilienmarkt zur Verfügung.

Berliner Sparkasse
Gewerbliche Immobilienfinanzierung
Tel.: 030/869 589 50
www.berliner-sparkasse.de/if



ten zu Lasten des Wohnungssuchenden. Gemäß § 5 Abs. 2 WoVermRG steht dem Wohnungssuchenden ein Rückforderungsanspruch nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechtes zu.

VI. Wettbewerbsrechtliche Konsequenzen

Mit der Einführung des Bestellerprinzips stellen Aussagen in Anzeigen wie „Provisionsfrei für den Mieter“ oder auch die Angabe „Keine Maklerprovision gem. Artikel 3 WoVermRG“ einen Abmahngrund dar. Dies folgt aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), welches „die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar“, verbietet, vgl. Nr. 10 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Wohnungsvermittler dürfen also mit ihren Hinweisen nicht den Eindruck erwecken, dass nur dann, wenn der Wohnungssuchende mit ihnen ins Geschäft kommt, dieses provisionsfrei bleibt. Das wird als ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern gewertet.

VII. Internetmakler

Schon kurz nach Ankündigung der Einführung eines Bestellerprinzips gab es Versuche, Geschäftsmodelle zur Umgehung der neuen Regelungen zu schaffen oder dem Vermieter eine kostengünstigere Alternative zum klassischen Makler anzubieten. Im Folgenden wird eine Auswahl dieser Geschäftsmodelle auf ihre Zulässigkeit im Rahmen des WoVermRG hin überprüft. Da sich die entstandenen Immobilienportale sowohl an den Wohnungssuchenden als auch an den Vermieter wenden, ist zunächst fraglich, ob beide Parteien vom Schutzbereich des WoVermRG erfasst sind. Das Gesetz wurde 1971 als Art. 9 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen erlassen⁸⁾. Anlass war eine nach Meinung der damaligen Bundesregierung zunehmende Wohnungsknappheit, wodurch die Marktsituation von einzelnen Vermittlern – sei es durch missbräuchliche Vertragsgestaltung oder unlautere Geschäftsmethoden – zum Nachteil der Wohnungssuchenden ausgenutzt wurde⁹⁾. Im Ergebnis wurden Fallkonstellationen in § 2 Abs. 2 WoVermRG a. F. eingeführt, in denen dem Vermittler kein Anspruch auf Provision mehr zustand, wenn lediglich die Fortsetzung, Verlängerung oder Erneuerung eines Mietvertrages durchgeführt wurde, sowie bei Abschluss von Mietverträgen, bei denen der Eigentümer oder Vermieter selbst

Vermittler war. In den folgenden Jahren wurde dieser Ausschlussbestand dann auf Konstellationen erweitert, in denen der Makler selbst Verwalter oder Mieter ist¹⁰⁾. Die Regelung bezweckte, dem Mieter für eigene Maklertätigkeit gegenüber einem Nachmieter ein Entgelt zu versagen. Er sollte, wie auch der damals ebenfalls neue § 4 a Abs. 1 WoVermRG zeigte, grundsätzlich

TOP-Immobilien
...mehr als 25 Jahre Erfahrung
Wir verkaufen erfolgreich.
Das beweisen wir laufend.
Testen Sie uns!
Sofortkontakt: 030 288 30 999
www.Top-Immobilien.de

keinen wirtschaftlichen Nutzen aus der Beendigung seines Mietverhältnisses ziehen können¹¹⁾. Die Bestimmung ist daher in die allgemeine Zielsetzung des WoVermRG eingebettet, den Mieter (Wohnungssuchenden) vor wirtschaftlich ungerechtfertigten Belastungen zu schützen, die sich aus der Folge eines unausgeglichene Wohnungsmarktes ergeben können¹²⁾. Da Wohnungsmietinteressenten die Provisionsbelastung wegen zu schwacher Marktposition vielfach nicht auf die Vermieter abwälzen konnten, begrenzte § 2 Abs. 2 WoVermRG die Möglichkeit entgeltlicher Maklertätigkeit¹³⁾. Mit der Einführung des Bestellerprinzips in § 2 Abs. 1 a WoVermRG wurde der Anspruch gegen den Wohnungssuchenden mit der Ausnahme des durch ihn initiierten Suchauftrages faktisch in der Gänze ausgeschlossen. Dass der Vermittler nun versuchen wird, seine Provision vom Vermieter zu verlangen, ist die logische Folge und war vom Gesetzgeber ausdrücklich gewünscht¹⁴⁾. Gleichwohl wird dadurch auch der Vermieter vor dem Makler durch das WoVermRG geschützt und kann sich auf die provisionseinschränkenden Normen des WoVermRG berufen. Ob gegenüber dem Vermieter jedoch dieselbe Schutzbedürftigkeit wie beim Wohnungssuchenden angenommen werden kann, erscheint zweifelhaft. Das Argument der Ausnutzung einer Wohnungsknappheit kann schwerlich auf eine Vermieter-Makler-Konstellation übertragen werden.

Wenn sich der Vermieter auf das WoVermRG berufen kann, werden Internetportale wie z. B. vendomo.de bzw. die Beauftragung von Vendomo-Service¹⁵⁾ (Festpreis 499 €), rentkit.de (Festpreis von 149 € und je nach Paket bis 499 €), immomio.de (Festpreis 99 € oder 148 €), die die Wohnungsvermittlung zu einem Festpreis durchführen, unzulässig sein. Gemäß § 3 Abs. 1 WoVermRG ist es nämlich erforderlich, dass ein Entgelt

in einem Bruchteil oder Vielfachen der Monatsmiete angegeben wird. Ein Festpreis hingegen bezieht sich nicht auf die jeweilige Monatsmiete. Ein derartiger Verstoß wäre eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1 a WoVermRG mit der Folge, dass gegen den Makler nach § 8 Abs. 2 WoVermRG eine Geldbuße in Höhe von bis zu 2.500 € verhängt werden kann. Vor dem Hintergrund des WoVermRG dürfte auch das Geschäftsmodell des Internetportals nachmieter.de unzulässig sein, bei dem der Altmietler für seine eigene Wohnung und mit Erlaubnis des Vermieters gegen Provision einen Nachmieter vermittelt. Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 WoVermRG steht dem Wohnungsvermittler kein Anspruch auf Entgelt zu, wenn er selbst Mieter der Wohnung ist, für die ein Mietvertrag abgeschlossen wird. Zwar ist fraglich, ob der Vermieter sich nun – *wie zuvor der Wohnungssuchende* – auf diese Norm berufen darf bzw. ob er überhaupt schutzbedürftig ist. Dies wird jedoch im Zweifel durch den BGH zu entscheiden sein. Durch das Bestellerprinzip ist jedenfalls der Wille des Gesetzgebers bei der Einführung des WoVermRG, den Wohnungssuchenden vor ungerechtfertigten Provisionsforderungen zu schützen, quasi obsolet geworden. Da nun der Provisionsanspruch in der Mehrheit gegen den Vermieter besteht, müsste sich auch dieser auf die einschränkenden Regelungen berufen dürfen. Zumal die Rechte des Wohnungssuchenden nicht tangiert werden. Somit dürfte der Mieter also nach dem Wortlaut keinesfalls einen Provisionsanspruch durchsetzen können.

VIII. Fazit

Das Bestellerprinzip hat den Markt entschieden durchgeschüttelt und zu einem stärkeren Wettbewerb bei der Höhe der zu zahlenden Maklerprovision geführt. Inwieweit sich jedoch neue Online-Geschäftsmodelle und sinkende Provisionshöhen am Markt durchsetzen werden, bleibt abzuwarten. Zudem werden die Geschäftsmodelle durch die Rechtsprechung vor dem Hintergrund des WoVermRG noch eine Korrektur erfahren müssen.

8) BGBl. 1971, S. 1745, 1747.

9) 90. Plenarsitzung vom 20.1.1971, Seite 28; BT-Drucks. VI/2421 – Bericht des Rechnungsausschusses zu Art. 5 Seite 7

10) Hinzufügung „Mieter“ in § 2 Abs. 2 Nr. 2 WoVermRG in BGBl. I S. 1257.

11) BGH-Urteil vom 9. März 2006 – III ZR 151/05 – GE 2006, 569.

12) aaO.

13) aaO.

14) BT-Drucks 18/3121, S. 17.

15) vgl. AGB, einzusehen unter www.vendomo.de/agb