

Änderung des Maklerrechts – Eine Übersicht für die Praxis

Dr. Thomas Winkemann
Thomas Bauer

Mit Wirkung zum 23. Dezember 2020 wird die Regelung des Maklervertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) um neue Vorschriften ergänzt. Der Gesetzgeber verfolgt hiermit in erster Linie das Ziel, die von Käufern beim Erwerb von Wohnimmobilien zu zahlende Maklerprovision und damit die Erwerbsnebenkosten zu senken.

I. Anwendungsbereich – Kaufverträge über Wohnimmobilien

Die neuen Vorschriften sind nur auf die Vermittlung von Kaufverträgen über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus anwendbar; Mehrfamilienhäuser sowie Gewerbeimmobilien sind von den Regelungen nicht erfasst.¹

Die Neuregelung gilt grundsätzlich nur (Ausnahme bezüglich der Formvorschrift siehe unten), wenn der Käufer Verbraucher ist. Nicht umfasst sind daher zum Beispiel natürliche Personen, die im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit eine Immobilie kaufen. Der Anwendungsbereich auf Maklerseite ist relativ weit gefasst. Die Neuregelung gilt für sämtliche Personen, die sich als Makler betätigen.² Demnach fallen in den Anwendungsbereich der gesetzlichen Neuregelungen auch sogenannte Gelegenheitsmakler, d.h. Personen die sich in einem so geringen Ausmaß als Makler betätigen, dass sie keine Unternehmer im Sinne des BGB sind.

II. Neue Formvorschrift

Ab dem 23. Dezember 2020 müssen erfasste Maklerverträge über Wohnungen oder Einfamilienhäuser zumindest in der sogenannten Textform (§ 126b BGB) geschlossen werden. Dies gilt – als Ausnahme im Rahmen der neuen Vorschriften – unabhängig davon, ob der Käufer Verbraucher ist. Ausreichend ist beispielsweise eine Vereinba-

rung durch (einfache) E-Mail oder SMS.³ Eine mündliche Vereinbarung oder das Stellen einer Maklerklausel auf der Website des Maklers genügen hingegen nicht.⁴ Der Textform wird im Übrigen auch durch eine strengere Form, beispielsweise die Schriftform, genügt. Fehlt es an der geforderten Form, so ist der Maklervertrag nichtig.⁵

III. Einführung des „Halbteilungsgrundsatzes“

Die Neuregelung sieht weiter vor, dass ein für beide Parteien tätiger Makler, der sich von beiden Parteien des Kaufvertrages einen Maklerlohn versprechen lässt, mit jeder dieselbe Provisionshöhe vereinbaren muss.

Vereinbart der Makler mit einer Partei des Kaufvertrages, dass er für diese unentgeltlich tätig wird, kann er sich auch von der anderen Partei keinen Lohn versprechen lassen. Hiervon erfasst sind Fälle in denen der Verkäufer dem Makler die Immobilie lediglich „an die Hand“ gibt und eine Vermittlung nur gestattet, ohne einen Maklervertrag abzuschließen. Da der Makler mit dem Verkäufer, für den er tätig wird, keine Maklerprovision vereinbart hat, kann er nun auch mit dem Käufer keine Maklerprovision vereinbaren.⁶

Erlässt der Makler einer Partei den Lohn, so wirkt dies auch zugunsten der anderen Partei.

Liegt hingegen nur ein Maklervertrag mit einer Partei des Kaufvertrags vor, so kann der Makler nicht für diese unentgeltlich tätig werden und sich von der anderen etwas versprechen lassen. Eine Kostenabwälzung auf die andere Vertragspartei ist maximal in Höhe von 50% der gesamten Maklerprovision möglich. Ein (nachträglicher) Erlass der Provision wirkt auch in diesem Fall zugunsten der jeweils anderen Vertragspartei. Klarzustellen ist an

³ Einsele in MüKoBGB, 8. Aufl., 2018, § 126b BGB, Rn. 4-6.

⁴ Meller-Hannich, MDR 2020, R5, R6.

⁵ Goebel, FMP 2020, S. 125-126.

⁶ Vgl. Beck, Grundeigentum 2020, S. 245, 246.

¹ Vgl. Beck, Grundeigentum 2020, S. 245.

² BT-Drucksache 19/15827, S. 25 f., 31; BT-Drucksache 19/19203, S. 5.

dieser Stelle, dass weiterhin die Möglichkeit besteht den Makler allein zu beauftragen und vollständig zu bezahlen.

Weiterhin ist, wenn nur eine Partei den Maklervertrag abgeschlossen hat, ein Zahlungsnachweis erforderlich. Danach wird der Anspruch gegen die andere Vertragspartei erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, oder der Makler selbst einen Nachweis erbringt, dass der von der Partei des Maklervertrages geschuldete Maklerlohn gezahlt worden ist. Als Nachweis genügt beispielsweise ein Kontoauszug.

IV. Zwingendes Recht

Von der Neuregelung darf vertraglich nicht abgewichen werden. Ein Verstoß führt zur Unwirksamkeit des Maklervertrages und damit zum Fehlen eines Provisionsanspruchs.⁷

V. Aus dem Mäkler wird der Makler

Daneben hat der Gesetzgeber die bestehenden Vorschriften über den Maklervertrag sprachlich angepasst und die in der Alltagssprache nicht mehr gebräuchliche Bezeichnung „Mäkler“ durch „Makler“ ersetzt.

VI. Offene Fragen

Bei der Umsetzung der neuen Regelung in der Praxis dürfte bereits die Abgrenzung ihres Anwendungsbereichs Fragen aufwerfen. Denn eine Definition der maßgeblichen Begriffe „Wohnung“ und „Einfamilienhaus“ enthält das Gesetz nicht.

Nach dem in der Gesetzesbegründung geäußerten Willen des Gesetzgebers ist eine „Wohnung“ jede Zusammenfassung von Räumen, die zu Wohnzwecken dient. Auf die rechtliche Ausgestaltung sollte es hingegen nicht ankommen. Der Begriff soll daher neben Wohnungseigentum im Sinne des § 1 Abs. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) etwa auch Wohnungserbbaurechte (§ 30 WEG), Dauerwohnrechte (§ 31 Abs. 1 Satz 1 WEG) und Miteigentumsrechte an einem Grundstück in Verbindung mit einer Regelung zur Nutzung von Wohnräumen (§ 1010 BGB) umfassen.⁸

Ein „Einfamilienhaus“ soll laut Gesetzesbegründung jedes Gebäude, das in erster Linie den Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient, sein. Dabei sollen auch Häuser, in denen sich eine weitere Wohnung von untergeordneter Bedeutung befindet (zum Beispiel Einliegerwohnung), erfasst sein. Nach dem Willen des Gesetzgebers fallen neben dem klassischen Grundstückseigentum etwa auch Erbbaurechte nach dem Gesetz über das Erbbaurecht unter diesen Begriff.⁹ Hingegen wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bewusst Abstand davon genommen, den Anwendungsbereich auf unbebaute Grundstücke zu erweitern. Danach wären Kaufverträge über Bauplätze für Einfamilienhäuser von den neuen Regeln nicht erfasst. Die in Abgrenzung des Begriffs im Einzelfall hat der Gesetzgeber ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen, deren erste Entscheidungen mit Spannung erwartet werden dürfen.¹⁰

Weiterhin ist nicht abschließend geklärt, ob die Neuregelung auch sogenannte qualifizierte Maklerklauseln (auch als konstitutive oder echte bezeichnet) in notariellen Kaufverträgen betrifft. Diese Klauseln begründen als echter Vertrag zugunsten Dritter einen eigenständigen Anspruch des Maklers. Es spricht viel dafür, dass die neuen Vorschriften nach ihrem Wortlaut auf derartige Klauseln nicht zwingend Anwendung finden. Denn da der Makler nicht Partei dieser Vereinbarung ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass er sich dort einen Maklerlohn „versprechen lässt“. Hieran knüpfen die neuen Vorschriften jedoch an. Sofern im Übrigen keine Partei des Kaufvertrages einen Maklervertrag geschlossen hat, sind die neuen Vorschriften nach ihrem Wortlaut auf eine konstitutive Maklerklausel nicht anwendbar. Wirksam dürften auch in Zukunft jedenfalls Klauseln sein, durch die Verkäufer und Käufer in gleicher Höhe mit einer Provisionspflicht belastet werden.

In notariellen Kaufverträgen gleichfalls zu findende sogenannte einfache Maklerklauseln, die typischerweise eine Wissenserklärung des Käufers über den Abschluss eines Maklervertrages mit einer bestimmten Provision und die Vermittlung der Immobilie durch den Makler beinhalten, sollten angesichts der neuen Gesetzeslage vorsorglich nur in einer angepassten Form verwendet werden. Denkbar ist etwa eine ergänzende Erklärung des Verkäufers, dass er einen Maklervertrag abgeschlossen hat und eine Provision in bestimmter Höhe schuldet.

⁷ Vgl. Beck, Grundeigentum 2020, S. 245, 246.

⁸ Vgl. Beck, Grundeigentum 2020, S. 245.

⁹ BT-Drucksache 19/15827, S. 18.

¹⁰ BT-Drucksache 19/15827, S. 25, 31.

Ferner kann die Beibringung des Zahlungsnachweises gegenüber der Partei, für die der Makler nicht tätig geworden ist, Schwierigkeiten mit sich bringen. Unabhängig von einem bürokratischen Mehraufwand, besteht nun die Möglichkeit, dass bei Zahlungsschwierigkeiten seitens der den Makler beauftragenden Partei nun auch die andere Vertragspartei deren Hälfte des Provisionsanspruchs nicht zahlen muss.

Von den Neuregelungen unberührt bleibt eine mögliche Verwirkung des Provisionsanspruchs. Jene tritt nur ein, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für andere Partei des Kaufvertrages tätig wird. Von einem solchen Verhalten kann jedoch nicht die Rede sein, wenn der Makler einvernehmlich für beide Vertragsparteien tätig wird.

VII. Fazit

Die Praxis wird zeigen, ob die neuen Vorschriften gegen eine einseitige Verlagerung der Kosten auf den Käufer schützen. Es ist nicht auszuschließen, dass die Verkäufer den auf sie anfallenden Teil der Maklerkosten schlicht auf den Kaufpreis aufschlagen. Ein Käufer würde in diesem Fall auf diesen Kaufpreisanteil, der eigentlich die Maklerkosten betrifft, auch noch die Grunderwerbsteuer zahlen und wäre dadurch im Ergebnis schlechter gestellt. Unabhängig von der Frage, welche Rechtsfolgen eine solche Gestaltung nach sich zieht, dürfte diese wegen der freien Preisgestaltung in der Praxis kaum nachzuweisen sein.

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autoren Dr. Thomas Winkemann unter +49 30 884503-131 oder twinkemann@goerg.de und Thomas Bauer unter +49 30 884503-131 oder tbauer@goerg.de an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90