

Dokument 4 von 8

wohnrechtliche blätter

 VERLAG
ÖSTERREICH

wobl 2016, 16

Heft 1 v. 01.01.2016

Aufsätze

IWD - Das Bestellerprinzip: Deutsche Wohnraummakler vor dem Aus?

Matthias Knoll

Marco Scharmer
B.A., Innsbruck

Am 14.12.2015 fand im Rahmen der Vortragsreihe "Innsbrucker Wohnrechtlicher Dialog" (IWD), welche von Univ.-Prof. Dr. *Martin Häublein* und Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch* als Plattform für einen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über aktuelle wohnrechtliche Rechtsfragen und Entwicklungen ins Leben gerufen wurde, an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck ein Vortrag von Dr. *Christian Osthus* zum Thema "Das Bestellerprinzip: Deutsche Wohnraummakler vor dem Aus?" statt.¹

Der Vortragende

Dr. *Christian Osthus* ist Leiter der Rechtsabteilung des Immobilienverbandes IVD Bundesverband des Immobilienberater, Makler, Verwalter und Sachverständigen e.V. in Berlin. Bevor er 2013 zum IVD kam, war er sechs Jahre als Referent im Bereich Steuern und Recht für den Zentralen Immobilien Ausschuss e.V. tätig.

Das Thema

Am 1. Juni 2015 ist in Deutschland das sogenannte "Bestellerprinzip" in der Wohnungsvermittlung in Kraft getreten. Mit der Regelung sollte der Zustand beseitigt werden, dass vor allem auf angespannten Märkten der Wohnungssuchende die Maklerprovision zahlt, obwohl der Makler vom Eigentümer eingeschaltet wurde. Die Umsetzung erfolgte mit einer Regelung, die aufgrund sehr enger Voraussetzungen einen Provisionsanspruch gegenüber dem Wohnungssuchenden grundsätzlich ausschließt. Dies hat zur Folge, dass Wohnungsvermittler nur noch vom Vermieter bezahlt werden können. Viele Eigentümer sind nicht bereit, eine Provision zu zahlen und übernehmen die Vermarktung selbst, was die Makler vor große Herausforderungen stellt. Der Vortrag soll neben einer rechtlichen Beurteilung der Neuregelung vor allem einen Überblick über die vielfältigen Auswirkungen geben. Gleichzeitig wird darauf eingegangen, wie die Vermittler auf die restriktive Neuregelung reagieren.

Der Vortrag

Der Vortragende, Dr. *Christian Osthus*, trug - im Wesentlichen - vor:

Die Ausgangslage

Eingeleitet wurde der Vortrag durch die Darstellung der Ausgangslage vor Einführung des "Bestellerprinzips" in Deutschland. Der Vortragende verwies dabei auf eine Zahl von etwa 24 Millionen Mietwohnungen in Deutschland, wobei 30 bis 40 % der Mietverträge von Maklern vermittelt werden bzw. wurden. Insbesondere in Ballungsgebieten haben vielfach Wohnungssuchende eine Provision an den Makler zahlen müssen. Die Höhe der zulässigen Provision war auf maximal zwei Monats-Mieten zuzüglich Umsatzsteuer beschränkt und lag im Durchschnitt bei EUR 1.068,-. Bei etwa 537.000 Vermittlungen pro Jahr ergab dies einen jährlichen Aufwand der Mieter in Höhe von EUR 573,52 Millionen. Deutschlandweit gibt es insgesamt etwa 35.000 Makler; 12.000 bis 14.000 davon sind hauptberuflich als Makler tätig.

Aus rechtlicher Sicht verwies der Vortragende auf § 652 dBGB, der die Entstehung des Lohnanspruchs des Maklers regelt. Der Provisionsanspruch entsteht demnach grundsätzlich dann, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Aufwendungen sind dem Makler gemäß § 652 Abs 2 dBGB nur zu ersetzen, wenn dies vereinbart wurde. Nach einem Urteil des BGH² konnten Maklerverträge auch durch schlüssiges Handeln zustande kommen, sofern ein eindeutiger Provisionshinweis zu erkennen war.

§ 3 Abs 2 dWoVermRG a.F. erlaubte es insbesondere, dem Wohnungssuchenden die Provisionsverpflichtung des Vermieters "überzuwälzen". Diese Möglichkeit wollte die Politik unterbinden. Der Wohnungssuchende - so der politische Wille - soll grundsätzlich keine Provision zahlen müssen, da die Mieten ohnehin auf hohem Niveau sind und Mieter zusätzlich noch mit der Kautionsverpflichtung belastet sind. Sohin gab es in der Vergangenheit mehrere Initiativen zur Einführung des sogenannten "Bestellerprinzips". Dieses Prinzip besagt, dass Vermieter und Mieter weiterhin als Auftraggeber auftreten können. Dabei soll jedoch das marktwirtschaftliche Prinzip gelten: "*Wer bestellt, der bezahlt.*" Das Gesetz zur Umsetzung dieses "Bestellerprinzips" ist am 1. Juni 2015 in Deutschland in Kraft getreten.

Die Neuregelung im Detail

In weiterer Folge erläuterte der Vortragende die Neuregelung im Detail. Anwendung findet dieses

Knoll/Scharmer, IWD - Das Bestellerprinzip: Deutsche Wohnraummakler vor dem Aus?, wobl 2016, Seite 16

neu in Kraft getretene "Bestellerprinzip" auf Mietverträge über Wohnraum. Vom "Bestellerprinzip" nicht betroffen sind insbesondere

- Mietverträge über Wohnraum im Fremdenverkehr,
- Kaufverträge sowie
- Gewerberaummietverträge.

Auf Seiten der Wohnungssuchenden unterscheidet das Gesetz nicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

Weiters bedarf der Vermittlungsvertrag nunmehr gemäß § 2 Abs 1a dWoVermRG - entgegen der bisherigen Rechtslage - der Textform. Darunter versteht man nach § 126b dBGB eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist und die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird.³ Beispiele dafür sind Papier, E-Mail, Computer-Fax etc.

Daraufhin stellte der Vortragende den Wortlaut des § 2 Abs 1a dWoVermRG n.F. vor, der wie folgt lautet: "*Der Wohnungsvermittler darf vom Wohnungssuchenden für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume kein Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, es sei denn, der Wohnungsvermittler holt ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag ein, die Wohnung anzubieten (§ 6 Absatz 1).*" § 6 Abs 1 dWoVermRG regelt, dass der Wohnungsvermittler Wohnräume nur anbieten darf, wenn er dazu einen Auftrag vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten hat.

Die Zulässigkeit einer Außenprovision - also einer vom Wohnungssuchenden zu zahlenden Provision - ist nach der Neuregelung des dWoVermRG nach Ansicht des Vortragenden an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Vermittlungsvertrag (in Textform) mit Wohnungssuchenden
2. Gestattung seitens Vermieter darf zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorliegen. Wohnung darf dem Vermieter aber "bekannt" sein.
3. Der Vermittler darf nur für einen Wohnungssuchenden die Gestattung des Vermieters einholen und somit grundsätzlich nur **einen** gleichartigen Suchauftrag entgegennehmen, da er sonst nicht nur ausschließlich für einen Suchenden tätig ist.
4. Der Vermittler kann vom Suchenden kein Entgelt verlangen, wenn nach Erteilung des Suchauftrages die Gestattung des Vermieters unabhängig vom Suchauftrag - also zufällig - erfolgt.
5. Der Vermittler kann von keinem weiteren Suchenden ein Entgelt verlangen, wenn der Mietsuchende die Wohnung nicht nimmt. Die Wohnung ist für den Vermittler "verbrannt".
6. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Makler ("es sei denn").

In der Literatur⁴ wird jedoch auch eine einschränkende Auslegung des "Bestellerprinzips" zugunsten des Maklers vertreten, da das Gesetz auf das Verbot der Doppeltätigkeit abziele und eine Provision für Zweitkunden dem nicht widersprechen würde, sodass hier eine Provision möglich sein soll. Dem hielt der Vortragende aber entgegen, dass die Vorschrift eng am Wortlaut auszulegen sei, da sie bußgeldbewehrt ist. Sinn und Zweck der Regelung lasse diese einschränkende Auslegung ebenfalls kaum zu.

Mittlerweile wurde jedoch Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz eingebracht, da das Gesetz einen Eingriff in die Berufsfreiheit (Berufsausübung und Berufswahl, Art 12 dGG) sowie die Vertragsfreiheit (Art 12 Abs 2 dGG) darstelle. Der Ausgang dieses Verfahrens ist aber noch offen.

Sanktionen und Rückforderung

Versuche, das "Bestellerprinzip" dadurch zu umgehen, dass der Vertrag zwischen Makler und Wohnungssuchenden zB als Dienstleistungsvertrag bezeichnet wird, die aber trotzdem auf eine Zahlungspflicht des Wohnungssuchenden abzielen, stellen grundsätzlich eine unzulässige Umgehung dar.⁵

Ganz grundsätzlich ist eine Vereinbarung gemäß § 2 Abs 5 dWoVermRG unwirksam, wenn sie vom "Bestellerprinzip" abweicht oder durch sie der Wohnungssuchende verpflichtet wird, ein vom Vermieter geschuldetes Entgelt zu zahlen; jedoch können Beraterverträge im Einzelfall zulässig sein (zB Darstellung des Marktes durch den Makler für den Wohnungssuchenden oder Erläuterung des Mietvertrages).

Der Verstoß gegen das "Bestellerprinzip" stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von bis zu EUR 25.000,- belangt werden kann. Gemäß § 5 dWoVermRG können unzulässig gezahlte Provisionen nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zurückgefordert werden.

Aufgrund dieser sehr restriktiven Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Außenprovision und den an einen Verstoß gegen das "Bestellerprinzip" geknüpften Sanktionen ist es aus Sicht des Vortragenden eher zu empfehlen, sich als Makler auf das Lukrieren von Innenprovisionen - also auf die vom Vermieter zu zahlenden Provisionen - zu konzentrieren.

Aktuelle wirtschaftliche Lage der (IVD-)Makler

Den letzten Teil des Vortrags widmete der Vortragende der Darstellung der Ergebnisse einer Umfrage des IVD⁶. Auf die Frage, ob seit Einführung des "Bestellerprinzips" der Makler über den

Suchauftrag eines Wohnungssuchenden eine Außenprovision einnehmen konnte, antworteten nur 8,20 % mit "Ja", wobei selbst bei dieser niedrigen Zahl der Vortragende Zweifel hatte, ob diese Zahl mittlerweile nicht noch geringer ausfällt.

27 % der Makler sehen sich in ihrer Existenz bedroht; weitere 27,2 % sind sich diesbezüglich noch nicht sicher.

Auf die Frage, ob es im dritten Quartal 2015 zu Umsatzeinbußen infolge der Einführung des "Bestellerprinzips" kam, antworteten 67 % der befragten Makler mit "Ja"; das arithmetische Mittel der angegebenen Umsatzeinbußen lag dabei bei fast 40 %.

Vorschau: Die nächste Veranstaltung im Rahmen des IWD

In der nächsten Veranstaltung des IWD am 18.1.2016 wird Mag. *Herbert Painsi*, Hofrat des Obersten Gerichtshofs und Mitglied des 5. Senats des Obersten Gerichtshofs, der als Fachsenat für das außerstreitige Wohnrecht zuständig ist, zum Thema "*Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten des Mieters: Gibt es Vereinbarungen, die die 'Klauselentscheidungen' des OGH überstanden haben?*" vortragen. Dabei wird unter anderem auf die Problematik der Endausmalverpflichtung des Mieters mit besonderem Blick auf kautelarjuristische Fragestellungen eingegangen.⁷

Korrespondenz: *Matthias Knoll*, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, E-Mail: Matthias.Knoll@uibk.ac.at

Marco Scharmer B.A., Institut für Zivilrecht und Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, E-Mail: Marco.Scharmer@uibk.ac.at

1 Zur Website des IWD <http://www.uibk.ac.at/arbeitsrecht/wohnrecht/innsbrucker-wohnrechtlicher-dialog/>

2 BGH 16.11.2006, III ZR 57/06.

3 Im österreichischen Recht findet man eine solche Art der Formvorschrift insbesondere im Aktienrecht (vgl etwa § 13 Abs 2 AktG).

4 *Fischer*, Das Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht, NJW 2015, 1560, 1563.

5 OLG Hamm, NJW-RR 1986, 640; AG Ulm, Urteil v. 10.8.1993 - 4 C 1047/93.

6 Quelle: IVD-Minutenumfrage September 2015.

7 Näheres unter: http://www.uibk.ac.at/arbeitsrecht/wohnrecht/innsbrucker-wohnrechtlicher-dialog/einladung_painsi.pdf