

Das Bestellerprinzip in der Wohnungsvermittlung

Dieser Artikel wurde verfasst von Herrn Helge Norbert Ziegler, Dipl. Wirtschaftsjurist (FH) und Vorstand des BVFI - Bundesverband für die Immobilienwirtschaft, Hanauer Landstr. 204, 60314 Frankfurt, Telefon: (069) 24 74 84 80, Telefax: (069) 24 74 84 899, eMail: ziegler@bvfi.de, Internet: www.bvfi.de

Vorbemerkungen

Ab 01.06.2015 tritt das Bestellerprinzip in Kraft. Angelehnt an den Aufsatz des Richters am BGH Dr. Detlev Fischer, der in der NJW Nr. 22/2015 auf Seite 1.560 ff veröffentlicht wurde, wurde dieser Artikel erstellt.

1. Die entgeltliche Wohnungsvermittlung

Nach § 2 des Wohnungsvermittlungsgesetzes steht a) einem Wohnungsvermittler ein Anspruch auf Entgelt für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von b) Mietverträgen über c) Wohnräume nur dann (und sonst nicht) zu, wenn infolge seiner Vermittlung oder infolge seines Nachweises ein Mietvertrag zustande kommt.

Definitionen:

- a) Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 des WoVermittG ist Wohnungsvermittler, wer den Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume nachweist.
- b) Ein Mietvertrag ist das vertraglich Schuldverhältnis zwischen einem Vermieter und einem Mieter auf Gebrauchsgewährung gegen Entgelt. Quelle: Palandt zu § 535 BGB
- c) Wohnraum ist jeder zum Wohnen (insbesondere Schlafen, Essen, Kochen, dauernde private Benutzung) bestimmte Raum, der Innenteil eines Gebäudes, nicht notwendig ein wesentlicher Bestandteil eines Grundstückes ist. Zum Wohnraum gehören auch die Nebenräume (Bad, Flur, Abstellraum, Keller). Unter dem Begriff Wohnung versteht man die Gesamtheit der Räume, welche die Führung eines Haushaltes ermöglicht (daher nicht ein einzelnes Zimmer). Quelle: Palandt zu § 535 BGB

Ergo: Möblierte Wohnungen fallen ebenso unter die Bestimmungen des WoVermittG.

2. Die Form des Wohnungsmaklervertrages

- a) Nach bisherigem Recht konnte der Wohnungsmaklervertrag durch mündliche oder konkludente Erklärung der Vertragsbeteiligten wirksam zu Stande kommen. Mit Wirkung zum 01.06.2015 müssen Maklerverträge über den Nachweis oder die Vermittlung von Wohnraum die Textform aufweisen (§ 2 Abs. 1 S. 2 WoVermittG).

- b) Mit diesem Formzwang soll sowohl dem Wohnungssuchenden als auch dem Vermieter deutlich gemacht werden, dass ein Vertrag zu Stande kommt und im Erfolgsfalle eine Vergütung zu entrichten ist. Hierdurch sollen Unklarheiten über die Frage, mit welchem Inhalt der Maklervertrag abgeschlossen wurde, vermieden werden.

3. Anforderungen an die Textform

- a) Um der Textform zu genügen, muss die Erklärung in einer Urkunde oder in einer anderen zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden. Verkörperungen auf Papier, USB-Stick, Diskette, CD-ROM oder Computer-Fax reichen aus.
- b) Anders als bei der Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB), bei welcher die Unterschrift den räumlichen Abschluss der Urkunde bildet, kennt die Textform keine starre Regelung über die Kenntlichmachung des Dokumentenendes. Es bedarf jedenfalls eines eindeutig wahrnehmbaren Hinweises, der sich räumlich am Ende befindet und inhaltlich das Ende der Erklärung verlaublich macht. Zur Erfüllung dieses Zwecks kommt neben der Namensunterschrift ein Zusatz wie „diese Erklärung ist nicht unterschrieben“, ein Faksimile, eine eingescannte Unterschrift, eine Datierung oder eine Grußformel in Betracht. Durch den räumlichen Abschluss der Erklärungspflicht muss die Ernstlichkeit des Textes in Abgrenzung eines keine rechtliche Bindung auslösenden Entwurfs deutlich gemacht werden. Der Textform ist nicht genügt, wenn es infolge nachträglicher, handschriftlicher Ergänzungen an einem räumlichen Abschluss der Vereinbarung fehlt.

4. Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung des Formzwangs

- a) Verträge, welche nicht den Anforderungen der Textform genügen, sind gemäß § 125 S.1 BGB unwirksam.
- b) Weigert sich der Wohnungssuchende, einen Maklervertrag in Textform abzuschließen, und erbringt der Makler gleichwohl eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung, ist er im Erfolgsfalle nicht befugt, Provision zu verlangen. Insoweit gilt der allgemeine Grundsatz, dass es zum Risikobereich des Maklers gehört, wenn er vor Abschluss eines wirksamen Vertrages bereits seine Maklerdienste erbringt.
- c) Gesetzliche Ansprüche, wie etwa aus Bereicherungsrecht oder aus § 354 HGB, scheiden im Hinblick auf den gebotenen Gleichlauf der rechtlichen Bewertung aus.

5. Provisionspflicht des Wohnungssuchenden (Bestellerprinzip)

- a) Die Einführung des Bestellerprinzips mit Wirkung zum 01.06.2015 gestattet eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur noch dann, wenn er dem Makler einen eigenständigen Suchauftrag erteilt und dieser für den Kunden nach außen suchend tätig wird.
- b) In seinem Anwendungsbereich bedeutet das Bestellerprinzip ein faktisches Verbot der Doppeltätigkeit des Maklers.

6. Wirksamkeit von Maklerverträgen vor dem 01.06.2015

- a) Auf einen bereits vor dem 01.06.2015 abgeschlossenen Maklervertrag des Wohnungssuchenden findet das Bestellerprinzip mangels einer Rückwirkungsregelung keine Anwendung. Maßgeblich ist der in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Rechtsgrund-

satz, dass die Schuldverhältnisse in ihrem Inhalt und ihrer Wirkung dem Recht unterstehen, das zur Zeit des Entstehungstatbestandes galt.

- b) Daraus folgt: Wurde dem Wohnungsmakler vor dem 01.06.2015 seitens des Vermieters ein Vermietungsauftrag mit einer Vereinbarung zu Lasten Dritter (dem neuen Mieter) erteilt und der Maklervertrag mit dem Mieter kommt vor dem 01.06.2015 zustande, der Mietvertrag wird aber erst nach dem 01.06.2015 geschlossen, so besteht seitens des Maklers ein Provisionsanspruch gegenüber dem neuen Mieter. Wird jedoch trotz Vermietungsauftrag der Maklervertrag mit dem neuen Mieter nach dem 01.06.2015 geschlossen, so hat der Makler, auch im Falle des Erfolges, keinen Provisionsanspruch!

7. Regelungsinhalt

- a) § 2 Abs. 1a WoVermittG bestimmt, dass der Wohnungsmakler vom Wohnungssuchenden, sofern ein Mietvertrag zu Stande kommt, nur dann die Zahlung eines Entgeltes verlangen darf, wenn ein Wohnungsvermittlungsvertrag (in Textform) zwischen ihm und dem Wohnungssuchenden besteht und der Vermittler **nur zu dessen Erfüllung** Wohnungsangebote eingeholt hat. Der Wohnungssuchende, der sich auf eine Wohnungsvermittlungsanzeige hin an den Makler wendet, darf mithin nicht mehr zur Zahlung verpflichtet werden.
- b) Auch dann, wenn der Makler im Hinblick auf einen konkreten Suchauftrag dem Wohnungssuchenden ein Objekt vorstellen will, muss er hierfür nach den allgemeinen Regelungen des § 6 WoVermittG einen „Auftrag“ zum Angebot vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten erhalten haben. Unter Auftrag im Sinne dieser Bestimmung ist allerdings weder ein Auftrag nach § 662 BGB noch ein Maklervertrag zu verstehen, sondern es genügt jede ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder mündlich erklärte Zustimmung des Berechtigten zur Vermittlung der betreffenden Wohnung durch einen bestimmten Makler.
- c) Ausdrücklich erforderlich ist darüber hinaus, dass der Wohnungsmakler den Auftrag vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten **ausschließlich** zu dem Zweck einholt, dem Wohnungssuchenden die Wohnung anzubieten. Eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden ist danach nur noch zulässig, wenn der Makler **ausschließlich** im Interesse des Mieters tätig wird.
- d) Das für das Bestellerprinzip kennzeichnende Merkmal der **Ausschließlichkeit** hat einen den Normzweck überschießenden Inhalt. Dann nämlich, wenn mehrere Wohnungssuchende den Makler mit der Suche nach vergleichbaren Räumlichkeiten beauftragen, der Makler anschließend einen geeigneten Vermieter ausfindig macht und der Mietvertrag nicht vom ersten Wohnungsinteressenten, sondern von einem zweiten oder einem anderen Interessenten des Wohnungsmaklers, welcher wiederum einen gleichartigen Vermittlungsauftrag erteilt hat, abgeschlossen wird, darf der Makler nach dem Wortlaut der Bestimmung „ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags“ **von seinem Zweitkunden keine Provision verlangen!**
- e) In welcher Weise der Wohnungsvermittler die Wohnung auf Veranlassung des Wohnungssuchenden sucht, steht ihm frei. Provisionspflichtig ist der Wohnungssuchende etwa dann, wenn der Makler eine Anzeige schaltet und sich ein Vermieter daraufhin mit einer entsprechenden Mietwohnung meldet. In diesem Fall wird der Makler „auf Bestellung“ des Wohnungssuchenden tätig.
- f) In der Praxis allerdings geht gerade auf angespannten Wohnungsmärkten die Initiative regelmäßig vom Vermieter aus. Gibt er dem Vermittler eine Wohnung an die Hand, um einen Mieter zu finden, kommt die wirksame Verpflichtung eines Wohnungssuchenden zur Zahlung der Provision nicht in Betracht: Nur der Vermieter ist dann der Besteller. Das gilt ausnahms-

los dann, wenn der künftige Mieter sich nach diesem Kontakt zwischen Vermieter und Wohnungsmakler meldet.

- g) Es verhält sich jedoch ebenso, wenn der Wohnungssuchende einen Maklervertrag abgeschlossen hat und sich danach ein Vermieter zwecks Mietersuche an den Wohnungsmakler wendet. Auch in diesem Falle ist nach der Neuregelung der Mieter nicht provisionspflichtig, weil der Wohnungsmakler nicht *ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrages* mit dem künftigen Mieter tätig geworden ist, sondern auch im Interesse des Vermieters.

8. Darlegungs- und Beweispflicht

- a) Mit der Formulierung „*es sei denn*“ wird sichergestellt, dass der Makler die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen einer Zahlungsforderung gegenüber den Wohnungssuchenden trägt. Dies gilt nicht nur für die allgemeinen Voraussetzungen eines Vertragsabschlusses, sondern insbesondere für das Merkmal der Ausschließlichkeit.
- b) Dass der Makler den Auftrag, die Wohnung anzubieten, ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrages mit dem Wohnungssuchenden eingeholt hat, kann beispielsweise durch Zeugnis des Vermieters, von Mitarbeitern des Maklers oder durch Würdigung einer persönlichen Anhörung des Maklers selbst nachgewiesen werden. Im Eigeninteresse des Wohnungsmaklers ist auch in diesem Zusammenhang eine sorgfältige Dokumentation des Geschäftsablaufes zu empfehlen.

9. Verbot abweichender Vereinbarung

- a) § 2 Abs. 5 WoVermittG enthält einen Verbotskatalog unzulässiger Provisionsabreden, wonach entgegenstehende vertragliche Abreden unwirksam sind. Dieses Verbot abweichender Vereinbarungen erstreckt sich nicht nur auf die Neuregelung des § 2 Abs. 1a WoVermittG, sondern enthält in § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG eine weitere Verbotsregelung. Danach darf der Wohnungssuchende nicht verpflichtet werden, ein vom Vermieter oder Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen. Eine derartige Zahlungspflicht kann gegenüber den Wohnungsmakler weder unmittelbar noch durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter, hier zu Gunsten des Maklers, begründet werden. Während in § 2 Abs. 5 Nr. 1 WoVermittG das Verbot der Doppeltätigkeit bezogen auf den Wohnungssuchenden ausgesprochen ist, erfasst Nr. 2 dieser Regelung das Verbot der Übernahme fremder Provisionen zu Lasten des Wohnungssuchenden. Damit sind Umgehungsgeschäfte, mit denen das Bestellerprinzip unterlaufen wird, untersagt.
- b) Als unzulässige Umgehungsgeschäfte kommen zum Beispiel die Vermietung einer Wohnung zu einer weitaus höheren als der ortsüblichen Miete oder der gleichzeitige Verkauf von an sich wertlosem oder überbeuertem Inventar in Betracht.
- c) Hinsichtlich einer unzulässigen Mobiliarerwerbsabrede kommt im Rahmen des Bestellerprinzips der bisherigen Bestimmung des § 4a Abs. 2 S. 2 WoVermittG eine ergänzende Funktion zu.

10. Unwirksame Abreden im Zusammenhang mit der Wohnungsübernahme

- a) Nach § 4a Abs. 1 WoVermittG sind Abreden, wonach der Wohnungssuchende Räumungsentgelte für den Auszug des bisherigen Mieters zu zahlen hat, unwirksam.

- b) Entsprechendes gilt nach § 4a Abs. 2 WoVermittG für Vereinbarungen, nach denen der Mieter Einrichtungsgegenstände vom Vermieter oder Vormieter gegen ein Entgelt zu übernehmen hat, welches in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert der Gegenstände steht.
- c) Nach Ansicht des BGH führt ein Verstoß hiergegen nicht zur völligen Unwirksamkeit der Abrede, sondern nur insoweit, als für das Entgelt ein auffälliges Missverhältnis zum Wert der Einrichtung oder des Inventars festzustellen ist.
- d) Diese Bestimmung wird an Bedeutung gewinnen, falls Vermieter im Zusammenhang mit dem Bestellerprinzip versuchen sollten, im Wege einer Mobiliarerwerbssabrede vom Vormieter gegen ein geringes Entgelt übernommene Gegenstände an den Wohnungssuchenden übersteuert weiter zu veräußern, um auf diese Weise die Maklerprovision auf den Mieter abzuwälzen.

11. Herausforderung unzulässiger Maklerprovisionen

- a) Hat der Maklerkunde entgegen den Verbotstatbeständen des Wohnungsvermittlungsgesetzes oder aufgrund unwirksamer Vereinbarungen eine Maklerprovision, einen Aufwendungsersatz oder eine den Höchstsatz von § 4 WoVermittG übersteigende Vertragsstrafe entrichtet, können diese Beträge gemäß § 5 Abs. 1 WoVermittG nach den Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung vom Makler zurückgefordert werden.
- b) Diese Regelung gilt auch für Provisionen, die der Wohnungssuchende entgegen § 2 Abs. 1a WoVermittG an den Makler bezahlt. § 5 Abs. 2 WoVermittG nimmt Bezug auf das in § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG verankerte Verbot der Übernahme fremder Provisionspflichten zu Lasten des Wohnungssuchenden und begründet auch insoweit einen Rückforderungsanspruch nach Bereicherungsrecht.
- c) Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

12. Kenntnis der Nichtschuld seitens des Wohnungssuchenden und entsprechende Gestaltungsmacht des Maklers

- a) Macht der Wohnungssuchende einen Rückforderungsanspruch geltend, wird mitunter geprüft, ob dem Rückzahlungsbegehren die Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 Fall 1 BGB) entgegensteht. Nach herrschender Ansicht genügt es aber nicht, dass dem Maklerkunden die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich das Fehlverhalten einer rechtlichen Verpflichtung ergibt. Der Rückforderungsanspruch ist vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn der Kunde als Leistender aus diesen Tatsachen auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen hat.
- b) Verwendet der Makler eine Provisions- und Kenntnisklausel, mit der die erforderlichen Rechtskenntnisse vermittelt werden, könnte bei isolierter Betrachtung die Konditionssperre des § 814 BGB greifen. Das ist aber nicht der Fall. Auch § 814 BGB schließt eine Rückforderung unzulässiger Provisionen oder sonstiger Beträge nicht aus.

13. Unzulässige Werbung mit „Provisionsfrei für Mieter“

Wohnungssuchende haben, wie oben ausführlich beschrieben, nur dann eine Provisionspflicht gegen über dem Wohnungsmakler, wenn ein Suchauftrag in Textform erteilt wurde. Ein Provisionsanspruch seitens des Wohnungsmaklers außerhalb des Suchauftrags besteht nicht. Wer künf-

tig mit „**Provisionsfrei für den Mieter**“ wirbt, riskiert eine Abmahnung weil es sich um eine irreführende Werbung mit Selbstverständlichkeiten handelt, was gesetzlich verboten ist.

14. Empfehlung

Das Bestellerprinzip wurde verabschiedet und das Gesetz vom Bundespräsidenten unterschrieben. Es führt kein Weg daran vorbei, dass es die Vermietung durch Wohnungsmakler mit Provisionspflicht für den Mieter in der bisherigen Form nicht mehr geben wird.

Der Gesetzgeber prognostiziert eine Einsparung der Mieter, was einem Einkommensverlust auf Seiten des Maklers bedeutet, von ca. 580 Mio. €. Andererseits prognostiziert er aber auch Provisionseinnahmen bei Maklern in Höhe von ca. 140 Mio. € durch die Vermieter, die auch künftig Wohnungsmakler einschalten werden. Der Markt bricht also nicht vollständig ein.

Wohnungsmakler, die kein Konzept haben, um dem Vermieter ihre Leistungsfähigkeit mit anschließender Provisionszahlung durch sie im Falle des Erfolges zu vermitteln, sollten sich aus diesem Geschäftszweig verabschieden. Andererseits werden mehr und mehr Modelle bekannt, die Maklerleistung dem Vermieter transparent darzulegen und ihn davon zu überzeugen, dass ihm ein guter Makler beim Vermeiden von Schmerzen helfen kann. Es lohnt sich also, ein Konzept zu entwerfen.

An dieser Stelle sei auch auf den Ratgeber „Richtig vermieten – beruhigt schlafen“, der im Verlag C.H. Beck erschienen ist, verwiesen. Der Autor gibt dafür Eigentümern, die künftig selbst vermieten wollen, in vier Kapitel wertvolle Hilfen. Im fünften Kapitel werden sie dann gefragt, ob sie sich all das auch fachlich wie zeitlich überhaupt zutrauen dürfen um dann im sechsten Kapitel auf die Frage einzugehen, wie man einen guten Makler findet. Somit handelt es sich nicht nur um einen Ratgeber für Vermieter sondern mindestens ebenso auch für Wohnungsmakler. Der Ratgeber kann in jeder Buchhandlung und auch bei Amazon zum Preis von 9,90 € erworben werden (ISBN-10: 3406683746)

15. Hinweis:

Das Bestellerprinzip gilt nur für die Vermittlung von Wohnraum, nicht für Gewerberäume.

Quelle: Aufsatz des Richters am BGH Dr. Detlev Fischer in der NJW Nr. 22/2015 auf Seite 1.560 ff

Wirtschaftsjurist Helge Norbert Ziegler, 01.10.2015

Rechtlicher Hinweis

Dieser Artikel wurde nach bestem Wissen erstellt. Er ersetzt aber keine Beratung im Einzelfall. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden.