

## **Die ab 13.06.2014 geltenden Verbraucherrechts-Regelungen:**

### **Konsequenzen und betriebswirtschaftliche Überlegungen aus Sicht des Immobilienmaklers**

von

Frank Noll

Rechtsanwalt, Immobilienfachwirt IHK

Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht

1. Bis 13.06.2014 gab es schon Verbraucherschützende Regelungen, die insb. „Fernabsatzgeschäfte“ betrafen. Lag ein solches vor, konnten nicht-gewerbliche Maklerkunden (Verbraucher) einen Vertrag ohne Angabe von Gründen unbefristet und rückwirkend widerrufen, sofern sie nicht (hinreichend) über ihr Widerrufsrecht belehrt wurden.

Trotzdem (obwohl Maklerverträge in zunehmendem Maße ausschließlich über Telekommunikationsmittel wie z.B. Internet, Telefon oder Mail zustande kommen) erfolgte keine Belehrung der Verbraucher. Darüber hinaus war umstritten, ob Maklerverträge überhaupt als Fernabsatzgeschäft anzusehen waren. Inhaltlich haben sich mit dieser Frage nur zwei Gerichte beschäftigt: das Landgericht Bochum (Urt. v. 09.03.2012 – Az. I-2 O 498/11) und die Mehrheit in der Literatur unterwarf Maklerverträge den für Fernabsatzgeschäfte geltenden Regelungen. Das Landgericht Hamburg (Urt. v. 03.05.2012 – Az. 307 O 42/12) vertrat eine gegenteilige Auffassung.

2. Seit 13.06.2014 gelten insoweit neues Recht. Hintergrund ist eine EU-Verbraucherrichtlinie, die in deutsches Recht umgesetzt wurde. Zunächst wurde klargestellt, dass (auch) Maklerverträge als Fernabsatzgeschäfte anzusehen sind. Zudem wurden weitere Regelungen zum Schutz von Verbrauchern geschaffen. Diese werden nachfolgend dargestellt (Ziff. 3). Dann wird der Frage nachgegangen, ob die neuen Regelungen für Makler vor- oder nachteilig sind (Ziff. 4).

### 3. Inhalt und Konsequenzen der neuen Regelungen

a. Der „Verbraucher-Kunde“ muss mit Abschluss des Maklervertrages eine Widerrufsbelehrung erhalten – und zwar „auf einem dauerhaften Datenträger“ (z.B. durch Brief oder Mail). Nicht ausreichend dürfte z.B. ein Hinweis auf der Homepage des Maklers oder im Zusammenhang mit einem Objekt-Angebot im Internet sein.

b. Die Belehrung hat bei jedem Vertragsschluss außerhalb der Geschäftsräume des Maklers zu erfolgen. Die frühere Differenzierung nach „Haustürgeschäften“ o.Ä. ist weggefallen.

Hieraus folgt, dass eine Belehrung nur unterbleiben darf, wenn der Vertragsschluss innerhalb der Geschäftsräume des Maklers zustande kommt. Demnach sollte unbedingt angestrebt werden, einen Vertragsschluss im Büro des Maklers herbeizuführen. Zudem sollte auch dann („Optimierung“) eine Belehrung erfolgen.

c. Der (konkludente) Auftrag im Zuge einer Besichtigung (z.B. nach Kontaktaufnahme des Kaufinteressenten aufgrund einer Anzeige in einem Internet-Portal) dürfte künftig ebenfalls eine Belehrung (auf einem „dauerhaften Datenträger“) nötig werden lassen. Dasselbe wird für Maklerverträge gelten, die (erst) im Zuge der notariellen Beurkundung von Grundstückskaufverträgen abgeschlossen bzw. bestätigt werden. Denn auch der Abschluss eines Maklervertrages in einem Notariat ist ein Vertragsabschluss „außerhalb der Geschäftsräume des Maklers“ !

Wichtige Ausnahme: wenn im Notartermin kein „Maklervertrag“ zustande kommt, sondern vom Käufer ein (von einem Maklervertrag losgelöstes) selbständiges Provisionsversprechen abgegeben wird (insb. in Form eines sog. „Vertrages zu Gunsten Dritter“ – d.h. zu Gunsten des Maklers; siehe hierzu auch die weiteren Ausführungen am Ende dieses Artikels, S. 6 Ziff. 4.f. !).

d. Aus Vorstehendem ergeben sich folgende Regeln:

- **Abschluss des Maklervertrags außerhalb des Büros nur mit Belehrung.**
- **Abschluss des Maklervertrags ohne Belehrung nur noch im eigenen Büro (idealerweise erfolgt trotzdem eine Belehrung).**
- **Ausnahme: selbständiges Provisionsversprechen bei notarieller Beurkundung.**

e. Erfolgt keine Belehrung, obwohl eine solche hätte erfolgen müssen, kann der Kunde den Maklervertrag rückwirkend widerrufen. Dies wirkt so, als hätte es den Maklervertrag „nie gegeben“. Daher ist eine Courtage bei unterbliebener Belehrung selbst dann nicht zu zahlen, wenn der Makler geleistet und einen „Erfolg“ herbeigeführt hatte. Denn der Courtageanspruch verliert „im Nachhinein“ seine Berechtigung.

f. Wird der Kunde ordnungsgemäß belehrt, kann er den Maklervertrag binnen 14 Tagen widerrufen. Will der Makler nicht riskieren, in diesem Zeitraum trotz (erfolgreicher) Tätigkeit einen Widerruf zu erhalten, müsste er diese Frist abwarten. Ein solches Vorgehen ist jedoch (insb. bei der Tätigkeit für Kaufinteressenten) wenig praxisnah. Die Lösung dürfte so aussehen, dass der Makler von der neuen Ausnahmenvorschrift des § 356 Abs. 4 BGB n.F. Gebrauch macht: demnach erlischt das Widerrufsrecht, wenn

- **der Makler den „Verbraucher-Kunden“ ordnungsgemäß belehrt und**
- **dieser in Kenntnis der Tatsache, dass er bei vollständiger Vertragserfüllung des Maklers sein Widerrufsrecht verliert und einen Wertersatz zahlen muss,**
- **ausdrücklich seine Zustimmung zu einem Tätigwerden des Maklers vor Ablauf der 14-Tages- Frist erteilt hat (sog. „Doppelbelehrung“).**

Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann der Makler „gefahrlos“ seine Tätigkeit aufnehmen bzw. ist es dem Kunden verwehrt, den Maklervertrag im Nachhinein zu widerrufen (vgl. § 358 Abs. 8 BGB n.F.).

g. Im Ergebnis wird daher jeder Makler gezwungen sein, auf den Abschluss von schriftlichen Maklerverträgen hinzuwirken, die die o.g. Vorgaben erfüllen.

#### 4. Betrieblicher Umgang und betriebswirtschaftliche Bewertung

a. Aus Sicht eines Maklers liegt es nahe, die neuen Regelungen als nachteilig abzutun („da haben die sich in Brüssel wieder etwas ausgedacht“), um den Maklern „das Leben schwer zu machen“. Allerdings führt ein Nachgehen dieser Frage nicht weiter.

Denn grundsätzlich ist es von Vorteil, wenn vertragliche Vereinbarungen in schriftlicher Form festgehalten werden. Dies gilt auch für andere Dienstleister und beratende Berufe wie z.B. Bauunternehmen, Steuerberater und Rechtsanwälte. Gerade Makler sollten jedoch von den neuen Regelungen in besonderem Maße profitieren.

b. Denn Maklerverträge werden regelmäßig auf zwei Arten abgeschlossen: schriftlich (insb. Verkäufer-Auftrag / Quali) oder mündlich bzw. konkludent (insb. Käufer-Auftrag über Exposé bzw. Internet-Foren). Zudem kann ein Courtage-Anspruch aus einem sog. „selbständigen Provisionsversprechen“ entstehen (s.o. S. 2 Ziff. 3.c. – d.h. insb. als „Vertrag zu Gunsten Dritter“ im notariellen Kaufvertrag. Es handelt sich dann nicht um einen „Vertrag“ zwischen dem Makler und dem Käufer – sondern um die einseitige Bestätigung des Käufers, dass der Makler ihm das Objekt nachgewiesen und dessen Erwerb vermittelt hat – in Verbindung mit der Zusage, dem Makler hierfür eine Courtage zu zahlen. Diese Bestätigung kann bzw. sollte zusätzlich zu einem Maklervertrag erfolgen, siehe abermals unten, S. 6 Ziff. 4.f.).

c. Vergleicht man diese drei Varianten von Courtageforderungen, ergibt sich Folgendes:

Art des Vertrags	Häufigkeit / Anteil am Umsatz	Risiko, Anfälligkeit, Probleme bei Durchsetzung Courtage	Aufwand Durchsetzung Courtage
Mündlich/ konkludent	hoch (insb. Kauf)	hoch - sehr hoch (insb. Kauf)	hoch - sehr hoch
Schriftlich	niedrig (primär Verkauf)	niedrig	niedrig
Selbständiges Provisionsversprechen	niedrig	sehr niedrig	sehr niedrig

d. Demnach

- ist der in der Praxis (insb. bei Kauf-Kunden) häufigste und mit dem höchsten Umsatz einhergehende Vertragstyp (der mündlich bzw. konkludent abgeschlossene) der mit Abstand anfälligste, unsicherste und aufwändigste. (Normalfall: der Kaufinteressent meldet sich auf ein Internet-Exposé beim Makler und vereinbart eine Besichtigung / der Kunde sieht eine Anzeige, bittet um Übersendung eines Exposés und vereinbart eine Besichtigung).

In entsprechenden Verfahren ist regelmäßig schon streitig, ob „überhaupt“ ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Genau das ist aber die Grundvoraussetzung für jedweden Courtageanspruch (Ausnahme: selbständiges Provisionsversprechen). Denn der Makler wird **nicht** (wie oft vermutet) für eine „Leistung“ bezahlt. Das ist falsch. Dem Makler steht eine Courtage nur zu, **wenn er geleistet hat und für diese Leistung ein Entgelt vereinbart wurde.**

- beim schriftlichen Maklervertrag ist die Beauftragung des Maklers und die Entgeltlichkeit der Maklerleistung klar. Streitigkeiten drehen sich daher oft nur um praktische Fragen („Verkäufer kann bzw. will noch nicht zahlen, weil er auf den Eingang des Kaufpreises wartet“). Sofern juristisch argumentiert wird, geht es meist um Spezialprobleme (z.B. Ursächlichkeit bzw. Kongruenz zwischen Maklerleistung und Hauptvertrag / Beweisbarkeit der Makler-Leistungen). Dokumentiert der Makler jedoch seine Tätigkeit, bestehen meist gute Chancen, Courtageforderungen (mit einem relativ geringeren Aufwand) erfolgreich durchzusetzen.

- beim selbständigen Provisionsversprechen (in notariellen Kaufverträgen) ist der Aufwand am geringsten. Es erfolgt meist keine „Gegenwehr“. Daher ist die Erfolgsquote am höchsten.

e. Vor diesem Hintergrund können bzw. sollten Makler versuchen, aus der „Not“ der neuen Regelungen eine Tugend machen:

- zunächst sollte auf den Abschluss von „schriftlichen“ Verträgen (möglichst innerhalb der Geschäftsräume des Maklers einschließlich der Belehrungen) gedrängt werden. Dies nicht, weil „man das wegen der neuen Regelungen sowieso tun muss“ - sondern weil es bzgl. der Durchsetzbarkeit von Courtageforderungen im Eigeninteresse des Maklers liegt, aktiv auf schriftliche Verträge hinzuwirken. Schon deshalb ist Maklerbüros anzuraten, ein „Vertragsmanagement“ zu implantieren und standardisiert zu versuchen, die Kunden zum Abschluss von schriftlichen Verträgen in den eigenen Geschäftsräumen zu bewegen (die die erwähnten „Bausteine“ enthalten). Zudem sollte Kaufinteressenten auf deren Mail-Anfrage nach dem Exposé eines im Internet angebotenen Objektes routinemäßig ein Maklervertrag bzw. ein Belehrungsformular übersendet werden - bevor ein solches übermittelt oder eine andere Tätigkeit entfaltet wird.

- ein solches Vorgehen dürfte auf zunehmend weniger Unverständnis stoßen. Denn die Maklerkunden werden durch die Medien für die neuen Regelungen sensibilisiert. Und auch wenn ein Kunde das beschriebene Vorgehen des Maklers (als Reaktion auf die neue Rechtslage) nicht gut heißt: in jedem Fall wird dieser vor die Entscheidung gestellt, entweder von einer Beauftragung

des Maklers abzusehen oder sich schriftlich zu binden. Von dieser „Weichenstellung“ kann der Makler nur profitieren:

- entweder, er wird auf Basis eines schriftlichen Vertrages inkl. der neuen Regelungen beauftragt: das ist positiv, weil die Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung entsprechender Courtageforderungen relativ hoch ist.

- oder der Kunde sieht von einer Beauftragung des Maklers ab. Dann verliert der Makler noch nicht zwingend „das“ Geschäft. *Er verliert nur die Option auf ein Geschäft mit einem Kunden, der sich geweigert hat, selbst für den Erfolgsfall eine Vergütung des Maklers schriftlich zu fixieren.* Von daher stellt sich die Frage, was ein solcher Auftrag wirklich wert ist.

- zwar kann bzw. wird ein Befolgen der neuen Regelungen dazu führen, dass ein Makler weniger Aufträge erhält. Bezogen auf die, die er erhält, wird er jedoch auf einer klaren vertraglichen Basis tätig. Das sollte insgesamt dazu führen, dass der Makler mehr Umsatz macht – und nicht weniger. Es dürfte sich schlichtweg „rechnen“, etwas weniger Kunden auf Basis eines schriftlichen Vertrages zu betreuen mit einer hohen Chance, die vereinbarte Courtage zu generieren - als mehr Kunden, bei denen man Gefahr läuft, sich mit einem erheblichen Teil schon über die Frage zu streiten, ob dem Tätigwerden des Maklers überhaupt ein Auftrag zu Grunde lag. Diese Regel wird künftig noch gewichtiger. Denn fortan können sich Kunden zudem noch auf eine evtl. unterbliebene oder unzureichende Widerrufsbelehrung berufen.

f. Maklerbüros sollten daher nicht nur (wie schon erwähnt) in Ihren Unternehmen ein „Vertragsmanagement“ implantieren und ihr Tätigwerden zumindest davon abhängig machen, dass der Kunde vorab auf sein Widerrufsrecht verzichtet (und in Kenntnis des dann geschuldeten Wertersatzes zustimmt, dass der Makler sogleich tätig wird, vgl. S. 3 oben).

Zudem sollte darauf hingewirkt werden, dass notarielle Kaufverträge ein von einem Maklervertrag unabhängiges, selbständiges Provisionsversprechen (des Käufers) enthalten. Von diesem Instrument, dass

- einen eigenen, von einem Maklervertrag unabhängigen Anspruch begründet oder

- eine zusätzliche (nachträgliche) Sicherung der Courtage (neben einem Maklervertrag) darstellt,

wird überraschend wenig Gebrauch gemacht. Denn unverständlicherweise akzeptieren Makler oft, wenn die Kaufvertragsparteien auf eine solche Regelung im Kaufvertrag „verzichten“ wollen. Grund hierfür ist meist die Befürchtung, dass „höhere Notarkosten“ oder „höhere Grunderwerbsteuern“ anfallen.

- was die Notarkosten angeht, mögen diese bei Beurkundung zusätzlicher Regelungen tatsächlich höher ausfallen. Die damit einhergehenden Mehrkosten sind aber äußerst gering und stehen in keinem Verhältnis zu den sich daraus für den Makler ergebenden Vorteilen. Daher sollte der Makler ggfs. anbieten, die entsprechenden Mehrkosten selbst zu tragen. Dann hat der Makler zudem den Vorteil, dass er auf die Formulierung der Klausel im Kaufvertrag Einfluss nehmen kann (dergestalt, das ihm ein eigener Anspruch in Form eines „Vertrages zugunsten Dritter“ erwächst, wobei nicht auf einen „Maklervertrag“ Bezug genommen wird – s.o. S. 2 Ziff. 3.c; S. 4 Ziff. b). Denn die Kaufvertragsparteien sind sich bzgl. des Inhalts des Kaufvertrags (und meist auch über die Verpflichtung, Courtage zu zahlen !) einig. Daher dürfte niemand Einwände erheben, wenn der Makler den Inhalt der Courtageklausel vorgibt – für die er ja bezahlt.

- es bleibt die Befürchtung, dass Grunderwerbsteuer nicht nur auf den Kaufpreis, sondern auch auf die mit beurkundete Courtage anfällt. Dieses Argument wiegt schwer, weil es um namhafte Beträge gehen kann. Allerdings dürfte diese Befürchtung unbegründet bzw. falsch sein.

Denn die Grunderwerbsteuer richtet sich nach der „Gegenleistung“, die der Verkäufer für sein Grundstück erhält - letztlich also nach „dem Kaufpreis“ bzw. dem Gesamtwert der Leistungen, die der Verkäufer für die Hingabe seines Grundstücks erhält. Hieraus folgt, dass eine Courtage sich nur dann Grunderwerbssteuerrechtlich auswirkt, wenn diese als Teil der (dem Verkäufer) zu Gute kommenden Gegenleistung anzusehen ist.

Dies wiederum ist nur ausnahmsweise der Fall; nämlich nur dann, wenn im Kaufvertrag eine Formulierung gewählt wird, wonach der Käufer eine Courtage „für den Verkäufer“ zahlt; also als Teil des Kaufpreises eine fremde Schuld übernimmt. Nur dann läge in dieser „Kostenübernahme“ eine Gegenleistung bzw. ein Kaufpreisanteil – mit der Folge, dass die Steuer anfällt. Allerdings finden sich derartige Formulierungen praktisch nie.

Stattdessen wird regelmäßig formuliert, dass der Käufer „anerkennt, dem Makler Courtage zu zahlen“. Dann erkennt der Käufer eine „eigene“ Schuld an, die mit dem Kaufpreis nichts zu tun

hat und vor allem keine Gegenleistung für den Erwerb darstellt. Infolge führt eine solche Regelung, wie sie sich üblicherweise in notariellen Kaufverträgen findet, regelmäßig nicht zu einer höheren Grunderwerbsteuer. Dies sollten Makler (insb. wenn diese laufend mit Notaren zusammenarbeiten) ggfs. einmal grundsätzlich klären. Hierzu verweise ich auf

- Urteil des Bundesfinanzhofs vom 14.10.1981 – Az. II R 23/80
- OFD Hannover, Verfügung vom 10.09.2008 – S-4521 – 98 - StO 262
- LSF Sachsen, Kurzinformation betr. Grunderwerbsteuer; Berücksichtigung der Maklergebühr als Teil der Gegenleistung – vom 05.11.2012 – S-4521 – 105/1-213
- Urteil des Finanzgerichts Brandenburg vom 19.04.2005 – Az. 3 K 1105/02
- Urteil des Finanzgerichts München vom 14.02.2001 – Az. 4 K 598/98

--

Stand: 04.07.2014 – Veröffentlichung unter [www.dahlmann-partner.de](http://www.dahlmann-partner.de) („aktuelles“).

Vorstehende Ausführungen erfolgten nach bestem Wissen und Gewissen. Allerdings handelt es sich um neue Regelungen, deren Umsetzung in der Praxis abgewartet werden muss. **Daher wird für den Inhalt dieses Textes keinerlei Haftung übernommen.** Dies gilt insb. für steuerrechtliche Aussagen.