

## STELLUNGNAHME

Stand: 23.01.2020

# **Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser**

**(BT Drs. 19/15827)**

# Inhalt

A. Allgemeine Anmerkungen.....	2
B. Im Einzelnen.....	2
I. Textformerfordernis (§ 656a BGB-E) .....	2
II. Provision bei beidseitiger Beauftragung (§ 656c BGB-E) .....	2
III. Provision bei einseitiger Beauftragung (§ 656d BGB-E) .....	2
1. Verteilung Maklerprovision .....	2
2. Ablehnung der verlagerten Fälligkeit .....	3
3. Alternative deklaratorische Maklerklausel.....	3
IV. Keine Vorgaben für die konkrete Höhe der Provision .....	5
C. Fazit.....	5

## A. Allgemeine Anmerkungen

Der ZIA Zentraler Immobilien Ausschuss (ZIA) e.V. ist die Interessenvertretung der gesamten Immobilienwirtschaft. Eine Vielzahl unserer Mitgliedsunternehmen, insbesondere einige der Mitgliedsverbände sowie die Immobilienmakler, wären von den Regelungen zur Verteilung der Maklerkosten betroffen.

Wir befürworten grundsätzlich die mit dem Gesetzentwurf vorgesehene Teilung der Maklerprovision bei beidseitiger Beauftragung. Auch die Teilung der Maklerprovision bei einseitiger Beauftragung sehen wir positiv, jedoch birgt die vorgeschlagene Regelung aus unserer Sicht auch die Gefahr von Unsicherheiten. Ganz abzulehnen ist nach unserer Meinung die für die einseitige Beauftragung vorgeschlagene Regelung, wonach die Maklerprovision gegenüber dem Nicht-Beauftragenden erst dann fällig wird, wenn eine Zahlung durch den Beauftragenden nachgewiesen ist. Eine entsprechende Unsicherheit bezüglich des Zeitpunkts und des Eintretens der Fälligkeit, die der Makler hinnehmen soll, ist nicht angemessen. Eine höhere Rechtssicherheit könnte unseres Erachtens auch durch andere Mittel wie insbesondere die Verpflichtung zur Aufnahme einer deklatorischen Maklerklausel in den Notarvertrag geschaffen werden. Positiv ist schließlich anzumerken, dass der vorgelegte Gesetzentwurf keine Vorgaben zur Höhe der Maklerprovision vorsieht und somit den Parteien ihre Vertragsfreiheit beläßt.

## B. Im Einzelnen

### I. Textformerfordernis (§ 656a BGB-E)

Mit der Einführung eines Textformerfordernisses für Maklerverträge über Wohnungen und Einfamilienhäuser sollen Unsicherheiten über Abschluss und Inhalt des Maklervertrages vermieden werden. Wir begrüßen grundsätzlich eine Erhöhung der Rechtssicherheit und -klarheit bei Maklerverträgen durch die Festlegung der Textform als Mindesterfordernis.

### II. Provision bei beidseitiger Beauftragung (§ 656c BGB-E)

Wir befürworten eine gleiche Teilung der Maklerprovision bei beidseitiger Beauftragung. Hierdurch kommt nach unserer Meinung zutreffend zum Ausdruck, dass der Makler für beide Parteien gleichermaßen tätig ist, und ihm auch nach seinem beruflichen Leitbild eine Vermittlerrolle zukommt.

### III. Provision bei einseitiger Beauftragung (§ 656d BGB-E)

Der ZIA steht grundsätzlich auch der mit dem Referentenentwurf vorgelegten Regelung zur Verteilung der Maklerprovision für die einseitige Beauftragung zustimmend gegenüber. Abzulehnen ist aus unserer Sicht der Nachweis der Zahlung und die verlagerte Fälligkeit bezüglich des Anspruchs des Maklers gegenüber dem Nicht-Beauftragenden. Alternativ schlagen wir die Aufnahme einer deklatorischen Maklerklausel in den Kaufvertrag vor.

#### 1. Verteilung Maklerprovision

Es ist positiv anzumerken, dass – auch wenn der Entwurf auf eine hälfte Teilung hinzuwirken scheint – die Parteien nicht vollends in ihrer Vertragsfreiheit beschränkt werden und weiterhin

die Möglichkeit haben, die Verteilung der Provision zu verhandeln beziehungsweise den Marktgegebenheiten anzupassen. Hierdurch kann insbesondere dem Gefälle der Nachfrage zwischen Metropolen und dem ländlichen Raum genüge getan werden. Dennoch können sich in der praktischen Ausgestaltung gegebenenfalls Unsicherheiten ergeben, insbesondere wenn aufgrund der Marktsituation die ursprünglich vereinbarte Provisionshöhe oder -teilung verändert werden soll.

## **2. Ablehnung der verlagerten Fälligkeit**

Aus Sicht des ZIA ist die mit dem Referentenentwurf vorgelegte Regelung abzulehnen, wonach der Teilanspruch des Maklers gegenüber dem Nicht-Beauftragenden erst mit Nachweis der Zahlung durch den Beauftragenden fällig wird.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass Makler bereits im Rahmen der aktuell bestehenden Regelungen mit ihrer Tätigkeit in Vorleistung gehen – ein Zahlungsanspruch des Maklers entsteht üblicherweise erst mit Abschluss des Kaufvertrages. Zu diesem Zeitpunkt hat der Makler bereits seine Leistung erbracht. Ganz zu schweigen von den vielen Fällen, in denen der Makler tätig ist und Aufwand hat, ohne dass es zu einem Abschluss kommt.

Mit der vorgelegten Regelung wird der Anspruch des Maklers gegenüber dem Nicht-Beauftragenden auf einen gegebenenfalls deutlich hinter dem Kaufvertragsabschluss liegenden Zeitpunkt verschoben: zahlt beispielsweise der Besteller zunächst nicht und eventuell sogar erst nach Abschluss eines Klageverfahrens, kann der Anspruch des Maklers gegenüber dem Nicht-Beauftragenden erst deutlich Kaufvertragsabschluss fällig sein. Fällt die Zahlung durch den Beauftragenden wegen Insolvenz vollständig aus, wird der Anspruch des Maklers gegenüber dem Nicht-Beauftragenden überhaupt nicht fällig. Die geforderte Leistung hat der Makler jedoch erbracht. Wie die vorgenannten Fälle zeigen, wird mit der vorgelegten Regelung ein Teilanspruch des Maklers einer Unwälbarkeit unterworfen, auf die der Makler keinen Einfluss hat – und das Insolvenzrisiko eines Schuldners zieht einen Anspruchsausfall gegenüber dem weiteren Schuldner nach sich.

Diese Unsicherheit für den Makler kann nicht damit begründet werden, dass damit weniger Missbrauch erfolge. Diese Begründung fußt auf einem nicht belegten Generalverdacht, der eine materiell nachteilige Regelung nicht begründen kann. Auch wenn es wie in jeder Branche unter den Maklern schwarze Schafe geben mag, so kann und muss doch grundsätzlich von einem rechtstreuen Verhalten ausgegangen werden. Die Maklerprovision sollte daher weiterhin in vollem Umfang mit Abschluss des Kaufvertrages fällig sein und vielmehr die Einführung eines Sachkundenachweises für Makler weiterverfolgt werden.

## **3. Alternative deklaratorische Maklerklausel**

Auch wenn wir aus den vorgenannten Gründen den vorgelegten Regelungsentwurf in § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E ablehnen, so befürwortet auch der ZIA grundsätzlich Rechtssicherheit und -klarheit. Hierzu schlagen wir anstelle der in § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E vorgelegten Regelung vor, in den Notarvertrag eine deklaratorische Maklerklausel, aus der die vom Beauftragenden und vom Nicht-Beauftragenden zu zahlende Provision hervorgeht, aufzunehmen zu lassen.

Mit einer solchen deklaratorischen Maklerklausel entstünde eine deutlich größere Rechtssicherheit hinsichtlich der vereinbarten Maklerprovision und der entsprechenden Zahlungsverpflichtung. Auch schafft eine solche deklaratorische Maklerklausel eine höhere Verbindlichkeit: etwaige Umgehungen sind leichter nachweisbar und werden hierdurch unwahrscheinlicher. Daneben hat die Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel den positiven Effekt, dass der Nicht-Beauftragende einfach und sicher nachvollziehen kann, was zwischen Makler und Beauftragendem vereinbart wurde. Hierdurch wird der Nicht-Beauftragende unproblematisch in die Lage versetzt zu prüfen, ob die Voraussetzungen der vorgelegten Regelungen eingehalten wurden oder ob gegebenenfalls die von ihm verlangte Provision gar nicht zulässig ist.

Eventuelle Bedenken der Notare gegen die Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel bestehen nicht. Wie aus dem als Anlage 1 beigefügten Rundschreiben der Bundesnotarkammer aus 2015 ersichtlich ist, stehen die Notare einer deklaratorischen Maklerklausel offen gegenüber. Dies – und dass es sich dabei auch noch um den aktuellen Stand handelt – wurde uns in Gesprächen mit der Bundesnotarkammer Ende 2019 bestätigt. Problematisch wäre aus Sicht der Bundesnotarkammer dahingegen die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel. Eine solche ist jedoch aus unserer Sicht nicht notwendig, um die mit der vorgelegten Regelung beabsichtigten Ziele zu erreichen. Bereits die Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel in den Notarvertrag führt zu einer relevanten Erhöhung der Rechtssicherheit. Sind die Provisionskonditionen in einem notariellen Vertrag wiedergegeben, so lassen sich diese leichter darlegen und beweisen. Allein hierdurch wird eine subjektiv stärkere Verpflichtung zur Zahlung der Provision bestehen. Daneben ist – wie schon beschrieben – hierdurch für den jeweils anderen Provisionspflichtigen klar offengelegt, was der andere zahlen muss. Diese Transparenz führt ebenfalls zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit und des Vertrauens in die Leistung.

Auch vor dem Hintergrund einer höheren Transparenz befürworten wir, die Regelung zur Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel sowohl für die einseitige als auch für die beidseitige Beauftragung aufzunehmen. Zudem entfällt bei einer allgemeinen Anwendung der Aufwand für die Parteien beziehungsweise den Notar festzustellen, ob es sich um eine einseitige oder beidseitige Beauftragung handelt – und hiernach erst zu wissen, ob eine deklaratorische Maklerklausel aufgenommen werden sollte.

Darüber hinaus hätte die verbindliche Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel in die Notarverträge den Vorteil, dass hierdurch zukünftig durch die Gutachterausschüsse verlässlicher ausgewertet werden könnte, wie viele Verträge in Deutschland über einen Makler vermittelt werden. Diese Information kann bislang nur unzureichend erfasst werden. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinwirken, dass der Gesetzgeber stärker darauf Einfluss nehmen sollte, dass die Notare die Übermittlung der Kaufverträge binnen 14 Tagen nach notariellem Abschluss des Kaufvertrages an die Gutachterausschüsse verbindlich vornehmen. Bislang entscheiden die Notare selbst, wann sie die Daten liefern. Die Transparenz der Berichte der Gutachterausschüsse hängt aber im Wesentlichen davon ab.

## IV. Keine Vorgaben für die konkrete Höhe der Provision

Abschließend möchten wir anmerken, dass es nach unserer Sicht richtig ist, die Höhe der Maklerprovision nicht – wie im Vorfeld des Referentenentwurfs diskutiert wurde - gesetzlich zu beschränken. Eine solche Beschränkung der Vertragsfreiheit bedürfte gewichtiger Gründe, die ersichtlich und belegbar sind.

### C. Fazit

Aus Sicht des ZIA stellt die vorgelegte Regelung über die Verteilung der Maklerkosten eine grundsätzlich zu befürwortende Regelung dar, die geeignet ist, Üblichkeiten in verschiedenen Bundesländern zu harmonisieren und dennoch einen gewissen Spielraum für verschiedene Marktsituationen lässt. Als Beispiel sei hier das Gefälle zwischen Metropolen und ländlichen Räumen genannt.

In der konkreten Ausgestaltung ist jedoch das Herausschieben der Fälligkeit eines Teilanspruchs des Maklers abzulehnen: der tatsächliche Fälligkeitszeitpunkt ist vom Maker nicht beeinflussbar ist, und liegt – je nach Einzelfall – deutlich hinter dem grundsätzlich gesetzlich vorgesehenen Fälligkeitszeitpunkt. Um auch im Sinne des Nicht-Beauftragenden sicher zu stellen, dass der Beauftragende seiner Maklerprovisionszahlungspflicht nachkommt, sollte daher unseres Erachtens über Alternativen nachgedacht werden, die den Fälligkeitszeitpunkt nicht nach hinten verschieben. Insbesondere kommt dabei die grundsätzliche Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel in den Kaufvertrag in Betracht.

Abschließend möchten wir anregen, in Ergänzung zu den vorgelegten Regelungen eine Senkung der Grunderwerbssteuer und die Einführung eines Sachkundenachweises für Makler zu verfolgen. Im Übrigen fordern wir eine verbindliche Übermittlung der Kaufvertragsdaten seitens der Notare an die Gutachterausschüsse.

Rundschreiben Nr. 5/2015 vom 02.06.2015:  
Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln



## Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln

**Der Bundesgerichtshof hat sich in einer Entscheidung vom 24. November 2014 (Az.: NotSt(Brfg) 1/14, DNotZ 2015, Heft 6) unter anderem mit den Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln befasst.**

Das Bundesverfassungsgericht hat die gegen das Urteil erhobene Verfassungsbeschwerde mit Beschluss vom 9. April 2015 (Az.: 1 BvR 574/15) nicht zur Entscheidung angenommen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs mahnt über den zugrundeliegenden Einzelfall hinaus zu einem sorgsamen Umgang mit Maklerklauseln. Aus diesem Anlass möchten wir Ihnen im Folgenden einen Überblick über die wesentlichen berufs- und beurkundungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Beurkundung von Maklerklauseln geben, die sich im Lichte der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs stellen.

### A. Allgemeine Grundsätze

Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Notar bei der Beurkundung von Maklerklauseln – wie sonst auch – in jedem Einzelfall den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG). Er ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten und hat jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit (§ 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BNotO).

Dabei ist es im Ausgangspunkt Sache des Notars, im konkreten Einzelfall eigenverantwortlich und sorgfältig – insbesondere im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – zu beurteilen, ob die Aufnahme einer Maklerklausel materiell-rechtlich (§ 311b Abs. 1 BGB) oder nach Maßgabe des Willens der Kaufvertragsparteien erforderlich und geboten ist, und diese gegebenenfalls inhaltlich entsprechend auszugestalten.

Zur näheren Orientierung kann hierbei zwischen deklaratorischen und konstitutiven Maklerklauseln sowie Abwälzungsvereinbarungen (als Sonderfall der konstitutiven Maklerklauseln) unterschieden werden.

### B. Deklaratorische Maklerklauseln

Deklaratorische Maklerklauseln dienen ausschließlich der Dokumentation tatsächs-bezogener Angaben der Kaufvertragsparteien. Insbesondere begründen sie keinen Zahlungsanspruch zugunsten des Maklers.

Inhaltlich können deklaratorische Maklerklauseln eng gefasst sein und sich auf die Dokumentation der Tatsache der Vermittlung des Vertragsschlusses durch den Makler beschränken oder aber darüber hinaus auch Angaben der Kaufvertragsparteien zu einzelnen *essentialia* des – von der Maklerklausel streng zu trennenden – Maklervertrags wiedergeben, also beispielsweise, welche der Parteien des Kaufvertrags eine Maklercourtage versprochen hat. Dabei nehmen die beurkundeten Angaben der Kaufvertragsparteien an der besonderen Beweiswirkung öffentlicher Urkunden nach §§ 415 ff. ZPO teil.

Nach Auffassung der Bundesnotarkammer begegnet die Beurkundung deklaratorischer Maklerklauseln keinen grundlegenden berufs- und beurkundungsrechtlichen Bedenken. Deklaratorische Maklerklauseln sind Ausfluss und Mittel der Sachverhaltsermittlung und -darstellung. Sie können einen Beitrag zur Streitvermeidung leisten und sind damit – als Element der vorbeugenden Rechtspflege – geeignet, sowohl der Entlastung der Justiz als auch dem Interesse der Parteien des Grundstückskaufvertrags an „klaren Verhältnissen“ zu dienen. Beispielsweise dürfte die Dokumentation, dass nach Angabe der Parteien des Grundstückskaufvertrags die Kaufvertragspartei A (und nicht B) den Makler beauftragt und diesem die Zahlung einer Courtage versprochen hat, regelmäßig geeignet sein, eine (fälschliche) Inanspruchnahme des B durch den Makler zu vermeiden bzw. eine andernfalls erforderliche Zeugenaussage des B in einem auf Provisionszahlung gerichteten Klageverfahren des Maklers gegen A entbehrlich zu machen. Eine etwaige Beweiswirkung der Maklerklausel nach §§ 415 ff. ZPO zugunsten des Maklers ist aus diesem Blickwinkel bloßer Reflex.

Auch der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. November 2014 lässt sich für eine Unzulässigkeit deklaratorischer Maklerklauseln nichts entnehmen.

## C. Konstitutive Maklerklauseln

Im Unterschied zu bloß deklaratorischen Maklerklauseln begründen konstitutive Maklerklauseln zugunsten einer Partei des Grundstückskaufvertrags und/oder zugunsten des Maklers einen materiell-rechtlichen Anspruch. Dabei ist eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen denkbar. Eine abschließende Darstellung sämtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ist daher nicht möglich. Gleichwohl lassen sich einige Grundtypen unterscheiden.

Ein Anspruch des Maklers kann insbesondere im Wege der Schuld- oder Vertrags-übernahme nach §§ 414 f. BGB bzw. § 311 Abs. 1 BGB, eines abstrakten Schuldnerkenntnisses oder Schuldversprechens nach §§ 780 f. BGB und/oder eines (echten) Vertrages zugunsten Dritter nach § 328 BGB begründet werden. Insofern kann danach unterschieden werden, ob die Vereinbarung lediglich zu einer vollständigen oder teilweisen Abwälzung einer bestehenden Provisionszahlungspflicht von einer Kaufvertragspartei auf die andere führt (vgl. auch unten D.) oder ob sie einen eigenständigen neuen Schuldgrund losgelöst von einer bestehenden Provisionszahlungspflicht begründet. Im letztgenannten Fall kann der eigenständige Schuldgrund entweder gegen die ursprüngliche Maklervertragspartei gerichtet sein oder gegen die andere Partei des Grundstückskaufvertrags.

Die Vielgestaltigkeit konstitutiver Maklerklauseln macht eine pauschale Beurteilung unmöglich. Auch eine schematische Handhabung verbietet sich. Vorrangiger Maßstab kann und muss vielmehr stets der Wille der Kaufvertragsparteien sein. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Frage, ob die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel überhaupt erforderlich und geboten ist, als auch hinsichtlich der Frage, wie diese rechtlich zu gestalten ist. Beide Fragen hat der Notar im konkreten Einzelfall eigenverantwortlich und sorgfältig zu beantworten. Dabei wird der Notar im Rahmen des Beurkundungsverfahrens den Willen der Kaufvertragsparteien umso sorgfältiger erforschen und diese umso intensiver belehren, je größer die rechtliche Tragweite der erwogenen Maklerklausel ist (z. B.: möglicher Verlust von Einwendungen; gebührenrechtliche Auswirkungen). Die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel kann im Einzelfall beispielsweise bei konkret drohender Vorkaufsrechtsausübung interessengerecht sein. Die formularmäßige Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel auf alleinigen Wunsch des am eigentlichen Rechtsgeschäft nicht beteiligten Maklers ist mit den genannten Maßstäben demgegenüber nicht vereinbar.

## D. Abwälzungsvereinbarungen

Berufs- und beurkundungsrechtlich nicht bedenklich, sondern materiell-rechtlich erforderlich, ist die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel, wenn und weil die betreffende Abrede gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn nach dem Willen der Kaufvertragsparteien eine bestehende Provisionszahlungspflicht als Teil der Leistung oder der Gegenleistung von einer Kaufvertragspartei auf die andere abgewälzt werden soll (vgl. hierzu etwa Staudinger/Schumacher, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Rn. 170; Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 358 f.). Hiernach steht nicht das Ob der Aufnahme einer Maklerklausel in Frage, sondern deren rechtliche Ausgestaltung.

Häufig wird die Vereinbarung einer auf das Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien beschränkten Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB zur Verwirklichung des Willens der Kaufvertragsparteien genügen. Hierdurch verpflichtet sich die eine Kaufvertragspartei der anderen Kaufvertragspartei gegenüber, eine etwa bestehende Provisionszahlungspflicht dieser anderen Kaufvertragspartei zu erfüllen, ohne dass hierdurch ein Anspruch des Maklers begründet würde.

Im Einzelfall kann aber auch eine außenwirksame Gestaltung angezeigt sein (etwa: Schuld- oder Vertrags-übernahme), insbesondere wenn die aus dem Maklervertrag verpflichtete Kaufvertragspartei in besonderer Weise sichergestellt wissen möchte, dass sich der Makler ohne Weiteres unmittelbar an die andere Kaufvertragspartei (den die Provisionszahlungspflicht übernehmenden Beteiligten) wenden kann und wird; dann ist die Begünstigung des Maklers bloßer Reflex.

### Bundesnotarkammer

Körperschaft des öffentlichen Rechts

### Postanschrift

Mohrenstraße 34

10117 Berlin

 **BUNDESNOTARKAMMER**  
KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

**E-Mail:** bnotk@bnotk.de

**Telefon:** 030-3838660

**Telefax:** 030-38386666

Quelle: [https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/2015/2015\\_05.php?print](https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/2015/2015_05.php?print)