

Die notarielle Maklerklausel

Eigentor des Maklers oder Pass zum Matchgewinn?

Die so genannte „Zwei-Wochen-Frist“ bei Notarverträgen, etwa einem Bauträgervertrag, darf inzwischen als Allgemeinrecht gelten. Dass auch Verträge „von Privat an Privat“ davon betroffen sein können, erschreckt erst seit kurzem die Maklerwelt. Hintergrund ist das seit Oktober 2013 geltende „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren“ (BeurkGuaÄndG). Gilt die Zwei-Wochen-Frist schon dann, wenn der Kaufvertrag eine Maklerklausel enthält? An dieser Frage scheiden sich in der juristischen Literatur die Geister. Wenn man sie bejaht, würde allein die bloße Begünstigung des Maklers im Notarvertrag dafür sorgen, dass verbraucher-schützende Fristen in Gang gesetzt werden, die andernfalls gar nicht bestehen. Dabei kann es wohl kaum im Interesse des Maklers liegen, durch die Verwendung einer provisionssichernden Klausel zu einer Verzögerung des Geschäfts beizutragen, an dessen rascher Durchführung sein grundsätzliches Interesse liegt.

Ausgangspunkt verbesserter Verbraucherschutz

Skrupellose Immobilienverkäufer haben immer dann leichtes Spiel, überbewertete Objekte oder „Schrottimobilien“ an den Mann zu bringen, wenn sie mit blumigen Worten, schönen Prospekten und hohen Renditeversprechen auf Bauernfang gehen und in manchmal weniger als 24 Stunden (Stichwort „Mitternachtsnotare“) notarielle Abschlüsse organisieren. Einem solchen Treiben wollte der Gesetzgeber einen Riegel vorschieben, als er bereits vor Jahren die „Zwei-Wochen-Frist“ einführte. Seit 2002 sieht das Beurkundungsgesetz (§ 17 Ziff. 2a) vor, dass dem Verbraucher der Vertragsentwurf im Rahmen eines Grundstücks-

erwerbs zwei Wochen vor Beurkundung zur Verfügung gestellt werden soll. Das soll einen Immobilienkäufer vor unbedeutendem Handeln bewahren. Der Wissensvorsprung des Verkäufers soll dadurch minimiert werden, dass sich der Verbraucher bereits im Vorfeld mit dem Kauf der Wunschimmobilie auseinandersetzen und Berater hinzuziehen kann.

Im Zuge der 2013er Neuregelung soll nicht mehr der Verkäufer dem Käufer einen Vertragsentwurf übergeben, sondern der Notar oder dessen Sozius. Die Frist ist auch nach der Gesetzesänderung weiterhin als Regelfrist anzusehen. Der Bundesgerichtshof sieht nur in sehr eingeschränktem Maße Ausnahmen – die besonderen Gründe für eine kurzfristige Beurkundung hat der Notar zu überwachen und im Vertragstext zu dokumentieren. Die Frist unterliegt auch nicht der Disposition der Parteien, was der BGH ebenfalls jüngst bestätigt hat. Ein Verzicht ist damit im Interesse des Verbraucherschutzes nicht möglich.

Die Fälle, in denen die zweiwöchige Frist zum Schutz des Verbrauchers einzuhalten ist, sind grundsätzlich überschaubar. Zunächst muss ein grundstücksbezogener Vertrag vorliegen, der einen Beurkundungszwang auslöst. Des Weiteren muss es sich um einen Verbrauchervertrag handeln. Der Vertrag muss also zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden.

„Zwei-Wochen-Frist“ mit Maklerklausel?

So weit, so gut. Problematisch wird es in den Fällen, in denen stattdessen zwei Verbraucher handeln. Hier wird die zweiwöchige Frist grundsätzlich nicht ausgelöst, da insofern keine Schutzbedürftig-

keit besteht. Kommt es jedoch bei einem Grundstückskaufvertrag zwischen zwei Verbrauchern zur Beteiligung eines Maklers, in dem dieser sich das Provisionsversprechen notariell absichern lässt, stellt sich die entscheidende Frage: Ist allein die Unternehmereigenschaft des Maklers ausreichend, um die zweiwöchige Frist in Gang zu setzen?

Diese Frage ist bis heute höchst umstritten und ihre Beantwortung nicht geklärt. Tendenziell scheint es so genannte „herrschende Meinung“ zu werden, dass die „Zwei-Wochen-Frist“ immer dann gilt, wenn die Maklerklausel selbst beurkundungsbedürftig ist. Das ist der Fall, wenn die Klausel so sehr mit dem eigentlichen Kaufvertrag in Verbindung steht, dass sie einen Teil der vom Käufer zu erbringenden Gegenleistung darstellt. Zu denken ist hierbei an die Konstellation, in der die Provisionsverpflichtung des Verkäufers durch eine Maklerklausel auf den Käufer abgewälzt wird. Wird die Maklerklausel hingegen nur aus Gelegenheit Bestandteil des notariell beurkundeten Vertrages, soll die verbraucher-schützende Wartefrist nicht ausgelöst werden. Dies ist etwa der Fall bei Klauseln, die eine bereits bestehende Pflicht lediglich bestätigen oder erstmals begründen (deklaratorische beziehungsweise konstitutive Maklerklausel). Auch die Frage, wie weit die Beteiligung des Maklers an dem Kaufvertrag gehen muss, ist umstritten. Manche Kommentatoren lassen die Zwei-Wochen-Frist nur in den Fällen gelten, in denen der Makler selbst Vertragspartei ist. Andere Stimmen interpretieren den Anwendungsbereich weitaus großzügiger und sprechen schon dann von einer ausreichenden Beteiligung des Maklers, wenn dieser die Maklerklausel veranlasst.

Klare Aussagen gibt es bisher nicht. Vorsichtige Notare wenden die Zwei-Wochen-Frist einfach an und gehen damit auf Nummer sicher. Die ganze Diskussion ist für Makler jedoch von nicht unerheblicher Bedeutung. Immerhin kann es zur Verzögerung des Vertragsabschlusses um zwei Wochen kommen. Zwei Wochen, in denen die Parteien Gelegenheit haben, sich abermals Gedanken über den „deal“ zu machen. Das erhöht das Risiko, dass es sich Käufer oder Verkäufer nochmal anders überlegen. So dürfte manch einem Erwerber erst in dem Moment bewusst werden, welche Kostenlast auf ihn zukommt, wenn er den Vertragstext vom Notar erhält. Nimmt er dann Abstand vom Kaufvertrag, heißt es wieder mal: „Maklers Müh' oft umsonst“. Es empfiehlt sich daher für den Makler, in Zukunft genau abzuwägen, ob er überhaupt eine Maklerklausel braucht und wenn ja, welche Art von Maklerklausel wirklich sinnvoll für ihn ist. Es gilt abzuwägen, ob das Risiko des jeweiligen Geschäfts eher darin liegt, den Provisionsanspruch nicht einbringen oder den Kaufvertrag gar nicht erst herbeiführen zu können.

Vom Sinn und Zweck einer Maklerklausel

Als „Maklerklauseln“ werden Passagen in notariellen Kaufverträgen (seltener in Mietverträgen) bezeichnet, die sich – ganz allgemein – mit der Provision für den Vermittler befassen. Ihr jeweiliger Inhalt kann sehr unterschiedlich sein, ebenso ihre „rechtliche“ Wirkung. Eine Maklerklausel kann zwingend notwendig, eine andere überflüssig, eine dritte sogar schädlich für den Makler sein. Je nach Inhalt und Formulierung erhöhen sich die Notarkosten und die Grunderwerbsteuer.


Die bloße Bestätigung einer bereits bestehenden Provisionspflicht kann zu Beweis Zwecken sinnvoll sein oder um unklare Vereinbarungen und damit Streit zu vermeiden. Solche „deklaratorischen Schuldanerkenntnisse“ sind steuer- und kostenneutral, können aber ebenso durch eine privatschriftliche Vereinba-

rung zwischen Makler und Auftraggeber erreicht werden.

Gleichen Inhalt haben so genannte „konstitutive Schuldanerkenntnisse“. Sie begründen die Provisionspflicht erstmals durch Vereinbarung in der Notarurkunde, erhöhen jedoch auch die Notarkosten. Der Makler macht sich mit einer konstitutiven Klausel zudem abhängig vom Schicksal des Kaufvertrages, was er sonst nicht ist: Begründet sich die Courtagepflicht allein aus der Maklerklausel im Kaufvertrag, weil es keine vorherige Provisionsvereinbarung gibt, führt die einvernehmliche Vertragsaufhebung durch Käufer und Verkäufer zum Wegfall des Provisionsanspruchs.

Steht die Ausübung eines Vorkaufsrechts im Raum, ist eine Maklerklausel aus Sicht des Maklers notwendig. Sofern der Käufer provisionspflichtig ist, muss er nach Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht zahlen, weil er die Immobilie nicht bekommt. Der Vorkaufsberechtigte hingegen schuldet dem Makler keine Courtage, weil er mit ihm keinen Vertrag hat, er bekommt die Immobilie also preiswerter als der Erstkäufer. Dieses Ergebnis können die Beteiligten verhindern. Wenn sie eine richtig formulierte Maklerklausel in den Kaufvertrag aufnehmen, muss der Vorkaufsberechtigte die Provision aufgrund eines so genannten „Vertrages zugunsten Dritter“ übernehmen.

Hat der Verkäufer mit dem Makler eine „Innenprovision“ vereinbart, die ihm der Käufer jedoch erstatten soll, wird die Provision zur Nebenabrede der Kaufvertragsparteien. Solche Vereinbarungen unterliegen dem Formzwang des Immobilienkaufvertrages (§ 311 b Abs. 1 BGB), müssen also notariell mit beurkundet werden. Andernfalls ist der gesamte Kaufvertrag nichtig – es gibt dann keine gegenseitigen Pflichten und somit auch keinen Courtageanspruch.

Meine Empfehlung: Die überflüssige oder fehlerhaft verwendete Maklerklausel kann zum klassischen Eigentor werden. Der von Makler und Notar sorgfältig geplante und geprüfte Einsatz der Maklerklausel hingegen kann der Pass zum Matchgewinn sein. 

Uwe Bethge

Uwe Bethge ist Rechtsanwalt und Notar bei bethge | immobilienanwälte: „100 % Immobilienrecht“ – www.bethge-legal.com

