

Infobrief für Notariatsmitarbeiter

5. Jahrgang - Ausgabe 3/2015

Editorial

Herausgeber
André Elsing,
Bürovorsteher in Hamburg



Liebe Alle,

im Blickpunkt steht heute ein Urteil des Bundesgerichtshofs, der die Amtsenthebung eines Notars bestätigte und sich in diesem Zusammenhang auch zu den Pflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklercourtageklauseln äußerte. Die Entscheidung wirkt sich auf die notarielle Praxis aus, die künftig – wenn die Aufnahme einer Klausel denn nicht vermieden werden kann – transparenter die Maklercourtageklausel formulieren sollte. In diesem Urteil äußert der BGH sich auch zu den Pflichten des

Notars, neutral zu sein und seine Gebühren innerhalb eines angemessenen Zeitraums beizutreiben.

Nach der Ausgabe ist vor der Ausgabe; bis bald, wenn Sie mögen

Ihr
André Elsing

Inhaltsübersicht

Immobilienrecht – Notaranderkonto wegen Grunderwerbsteuer	13
Immobilienrecht / Notargebühren – Notarpflichten bei Beurkundung von Maklerklausen	14
Impressum	21



DeutscherNotarVerlag

Immobilienrecht – Notaranderkonto wegen Grunderwerbsteuer

Obergerichtlich wurde entschieden,¹ dass kein berechtigtes Sicherungsinteresse (§ 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG) vorliege, wenn im Rahmen eines Kaufvertrages ein Notaranderkonto verwendet wird, um den Verkäufer vor der Inanspruchnahme wegen der Grunderwerbsteuer zu bewahren. Das OLG Schleswig begründet dies damit, dass der Verkäufer hinreichend davor geschützt sei, in Anspruch genommen zu werden, denn er habe die Möglichkeit vom Kaufvertrag zurückzutreten, wodurch auf Antrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEstG die Grunderwerbsteuer entfällt.

Das Urteil überzeugt nicht uneingeschränkt, zumal der Verkäufer oft den Rücktritt mit seinen gefährlichen Folgen nicht beurteilen kann, insbesondere wenn zum Zeitpunkt der Ausübung des Rücktrittsrechts andere Pflichten der Kaufvertragsvereinbarung bereits erfüllt sein sollten. Dann ist die kostenpflichtige Hilfe eines Rechtsanwalts geboten, schon um zu beurteilen, ob der Rücktritt dem Verkäufer mehr Nutzen oder Schaden bringt. Die Vermeidung einer derartigen Problematik kann ein berechtigtes Sicherungsinteresse für ein Notaranderkonto sein.

Möglicherweise wird der BGH sich mit der Entscheidung künftig noch befassen, was mit Spannung abzuwarten ist.

Die Notaranderkontoverwendung darf nicht systematisch vorgegeben werden. Der Verkäufer muss im Ausnahmefall, z.B. wegen seiner schlechten Vorerfahrung, darauf bestehen und sich andernfalls der Beurkundung verweigern. Es ist nicht die Aufgabe des Notars, eine Beurkundung zu verhindern.² Durchaus treten gelegentlich vorsichtige Verkäufer in Erscheinung, die nicht nur eine Grunderwerbsteuer, sondern sogar den gesamten Kaufpreis auf einem Notaranderkonto **vor Beurkundung** verwahrt wissen wollen; andernfalls erscheint er gar nicht zur Beurkundung und der Kaufvertrag kommt nicht zustande.

Ein Anderkonto für die Grunderwerbsteuer, deren Höhe kein „Pappenstiel“ ist, verringert im Einzelfall das Risiko des Verkäufers, in Anspruch genommen zu werden und eine rechtliche Beratung in Auftrag geben zu müssen. Hier bringt das Notaranderkonto also einen Mehrwert.

Beharrt ein Verkäufer trotz Belehrung des Notars über andere Sicherungsmethoden (z.B. Bankbürgschaft oder Vorleistung des Verkäufers an das Finanzamt) darauf, dass die Grunderwerbsteuer über Anderkonto abgewickelt wird und nimmt der Käufer dies, um beurkunden zu können, bei vollem Gebührenbewusstsein in

Kauf, sollte eine Anderkontoverwendung ausnahmsweise möglich sein. Der Gesetzgeber wollte mit dem Erfordernis eines **objektiven Sicherungsinteresses**³ nur die früher weit verbreitete Praxis, Grundstückskaufverträge systematisch über Notaranderkonten abzuwickeln, unterbinden.⁴ Dies ist auch gelungen, weil inzwischen überwiegend Direktzahlungsmodelle abgewickelt werden und Notaranderkontomodelle nur, wenn ein berechtigtes Sicherungsinteresse vorgebracht wird.

Aufgrund der Rechtsprechung sollte der Notar die Einschaltung eines Notaranderkontos nur wegen der Grunderwerbsteuer möglichst vermeiden.

1 OLG Schleswig, *Beschl. v. 29.10.2014 - 9 W 196/13*, *jurionRS 2014*, 27372.

2 *Elsing*, in: *Kilian/Sandkühler/vom Stein*, § 15 Rn 17; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, *BNotO*, § 23 Rn 44.

3 OLG Celle *BeckRS 2011*, 04505; OLG Schleswig *BeckRS 2010*, 07213 = *MittBayNot 2005*, 428; LG Jena *BeckRS 2010*, 10970 (*bes. Prüfungspflicht, wenn kein Zusammenhang mit Beurkundung*); vgl. *Grziwotz*, in: *Grziwotz/Heinemann*, § 54 *BeurkG* Rn 5.

4 *Zimmermann*, *DNotZ 2000*, 164 ff.; *Grziwotz*, in: *Grziwotz/Heinemann*, § 54a Rn 5; *Renner*, in *Armbrüster/Preuß/Renner* § 54a *BeurkG* Rn 8.

Immobilienrecht / Notargebühren – Notarpflichten bei Beurkundung von Maklerklausen

Der Senat für Notarsachen des BGH hat in einem Disziplinarverfahren die Berufung eines Notars gegen seine Amtsenthebung zurückgewiesen und sich mit seinem Urteil zu den **Amtspflichten** des Notars **bei der Beurkundung von Maklerklauseln** sowie zur **Gebührenerhebungspflicht** aus § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 BNotO geäußert.¹

Der aus dem Amt entfernte Notar war vorbelastet durch einen Verweis des

Präsidenten des Landgerichts, der vorsätzliche Verstöße gegen die Verbraucherschutzbestimmung des § 17 Abs. 2a *BeurkG* rügte (es ging um beurkundete Kaufverträge mit vollmachlosen Vertretern und um Bauträgerkaufverträge, die sachwidrig in Angebot und Annahme aufgespalten wurden).

Bei einer Prüfung der Amtsgeschäfte 2005 wurden **Maklercourtageklauseln**, die der Notar jedenfalls in 442 Fällen be-

urkundete, gerügt. Die beanstandete Klausel hatte folgenden Wortlaut:

*„Dieser Vertrag ist durch die Vermittlung des/der *** zustande gekommen. Daher verpflichtet sich der Erwerber zur Zahlung einer Maklercourtage in Höhe von *** einschließlich Umsatzsteuer des in dieser Urkunde vereinbarten Kaufpreises an den vorgenannten Vermittler. Die Courtage ist sofort fällig. Der Notar soll dem vorgenannten Vermittler eine Abschrift dieser Urkunde zuleiten.“*

Im Anschluss an die gerügten Klauseln änderte der Notar zwar seine Formulierung und verwendete eine geänderte für seine Kaufverträge und dies in wenigstens 455 Fällen, wobei der Notar es unterließ, abzuklären, ob die **Aufnahme der Klausel auch dem Willen Kaufvertragsparteien entsprach**. Die neue Klausel, die fortan verwendet wurde hatte folgenden Wortlaut:

*„Dieser Vertrag ist durch die Vermittlung des/der *** zustande gekommen. Daher verpflichtet sich der Erwerber zur Zahlung einer Maklercourtage in Höhe von 3,57% inklusive Umsatzsteuer des in dieser Urkunde vereinbarten Kaufpreises an den vorgenannten Vermittler. Die Courtage ist sofort mit der Rechtswirksamkeit dieses Vertrages zur Zahlung fällig. Der Notar soll dem vorgenannten Vermittler eine Abschrift dieser Urkunde zuleiten. Auf die Bedeutung dieser Klausel hat der Notar hingewiesen, insbesondere auch darauf, dass hierdurch kein Vertrag zu Gunsten Dritter begründet wird.“*

Diese Formulierung war jedoch **widersprüchlich**, weil sie auf der einen Seite dem Käufer eine Verpflichtung zur Zahlung einer Maklercourtage suggerierte und auf der anderen Seite ausdrückte, dass kein Vertrag zu Gunsten Dritter begründet werde. Der BGH² äußerte sich so, dass der Beklagte gegen seine aus § 17 Abs. 1 BeurkG resultierenden Amtspflichten verstoßen hat. Die in

dieser Vorschrift geregelten Pflichten sollen gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über das von den Beteiligten beabsichtigte Rechtsgeschäft errichtet. Zu diesem Zweck muss der **Wille der Beteiligten erforscht**, der Sachverhalt aufgeklärt werden. Die Beteiligten sind über die Tragweite des Geschäfts zu belehren. Ihre Erklärungen müssen klar und eindeutig in der Niederschrift wiedergegeben werden. Bei der Erforschung des Willens der Beteiligten muss der Notar bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise **entscheidende Gründe übersehen**, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann.³ Die widersprüchliche Klausel stand somit nicht im Einklang mit der Vorschrift des § 17 Abs. 1 BeurkG.⁴ Letztlich wollten die Vertragsparteien jeweils kein Schuldanerkenntnis zugunsten des Maklers beurkunden. Der erste Teil der Courtagevereinbarung mit der Fälligkeitsregelung enthält jedoch ein solches.

Für **Maklervereinbarungen** gilt grundsätzlich:

1. **Deklaratorische Maklerklausel**

Wird mit dem Kaufvertragsprotokoll auch die Maklerklausel beurkundet, ist diese **nicht gebührenrechtlich zu berücksichtigen**, wenn sie nur eine **deklaratorische** vertragliche Bestimmung ist.⁵ Bestätigen die Parteien also nur die bestehende Provisionsschuld, ohne die Vereinbarung mit dem Makler zu verändern oder ein Schuldanerkenntnis abzugeben, **wird die Passage nicht berechnet**. Die Aufnahme der deklaratorischen Maklercourtagevereinbarung ist unproblematisch; dies auch, wenn zwei Verbraucher den Vertrag schließen, weil die Aufnahme nicht dazu führt, dass die Zweiwochenwartefrist nach § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG ausgelöst wird.⁶ Dies liegt daran, dass der Makler (als Unternehmer) nicht am Vertrag beteiligt wird und es werden auch keine Rechte zu Gunsten des in der Regel anwesenden Maklers geschaffen. Anders verhält es

sich, wenn der Käufer und der Verkäufer (jeweils als Verbraucher) eine Provisionsregelung zugunsten des Maklers (Unternehmer) als Vertrag zugunsten eines Dritten vereinbaren; dies kann die Zweiwochenwartefrist auslösen.⁷

2. Vereinbarung als Vertrag zugunsten des Maklers

Wird mit dem Kaufvertragsprotokoll die Maklerprovision als **Vertrag zugunsten des Dritten** (Maklers) beurkundet, erhöht sich der Geschäftswert des Beurkundungsverfahrens um den Wert der Provision samt Umsatzsteuer. Beide Werte sind nach § 35 Abs. 1 GNotKG zu addieren. Die Gebühren der Beurkundung – KV Nr. 21100 GNotKG – und für die Betreuung – KV 22200 GNotKG – richten sich nach dem gesamten Wert des Beurkundungsverfahrens. Dasselbe gilt für die Gebühr des Vollzuges – KV Nr. 22110 –. Muss eine derartige Maklerprovisionsklausel mitbeurkundet werden, sollte auf die anfallenden Mehrgebühren hingewiesen werden (Transparenz). Zudem sollte der Notar im Kaufvertrag festhalten, dass die Beteiligten ausdrücklich die Aufnahme einer derartigen Vereinbarung zugunsten des Maklers wünschen, etwa wegen eines drohenden Vorkaufsrechts. Dies dient auch der Absicherung des Notars. Auf die Nachteile, die die Vertragsparteien durch die Begünstigung des Maklers erleiden können, ist hinzuweisen, wobei der Notar bedenken sollte, dass die Aufnahme eines Vertrages zugunsten des Maklers, Rechtspositionen des Courtageschuldners (Verbraucher) negativ beeinträchtigen kann. Dies ist beispielsweise denkbar, falls der Courtageschuldner vom Makler nicht oder nicht ordnungsgemäß über sein **Widerrufsrecht** belehrt worden ist

Maklervereinbarungen unterfallen den AGB-Regeln, wenn die Bedingungen von dem Makler, der stets Unternehmer nach § 14 Abs. 1 BGB ist, dem auf der anderen Vertragsseite stehenden Provisions-

schuldner (Verbraucher § 13 BGB) **gestellt** sind – § 305 BGB.

Regelmäßig schützt das AGB-Recht den Verbraucher als Provisionsschuldner des Maklers.

Eine Vertragsbedingung ist von jener Partei im Sinne der gesetzlichen Vorschrift gestellt, die sie in die Verhandlungen eingeführt hat⁸ bzw. der die Einführung zuzurechnen ist, wobei dies für jeden Vertrag und jede Klausel gesondert festgestellt werden muss.⁹

Der Makler, der als Verwender die Bedingungen gestellt hat, kann sich niemals erfolgreich auf die Unwirksamkeit einer Klausel berufen.¹⁰

Es kommt nicht darauf an, von wem und in wessen Auftrag die Bestimmungen vorformuliert worden waren¹¹ und ob sie der andere Teil wegen der Schwäche der Verhandlungsposition oder deshalb akzeptiert hat, weil er sie als ausgewogen und branchenüblich wertete.

Auch außerhalb von Verbraucherverträgen können Klauseln unter den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB fallen, die von Dritten, zum Beispiel Notaren, aufgestellt wurden. Voraussetzung ist dann jedoch, dass eine Partei sich die Klausel als Verwender zurechnen lassen muss.¹² Dies ist regelmäßig der Fall, wenn jemand Empfehlungen aufgreift, die von dritter Seite aufgestellt wurden und sie seinem Vertragspartner stellt.

Verwendet der Notar also ein vom Makler erhaltenes Formular, dann ist der Makler der Verwender.¹³

Dem Verbraucher (Provisionsschuldner) und gelegentlich sogar dem Immobilienmakler selbst mangelt es am Bewusstsein, dass ein Maklervertrag, der über das Internet geschlossen wird, ein Fernabsatzvertrag im Sinne von § 312b Abs. 1 S.1 BGB mit erheblichen Auswirkungen sein kann.

Ein Beispiel, wie einfach das Zustandekommen einer Maklervereinbarung als Fernabsatzvertrag geschehen kann:

Der Makler veröffentlicht sein Immobilien-Exposé mit Provisionshinweis im Internet. Ein Kaufinteressent liest das Exposé, tritt durch eine E-Mail-Nachricht mit dem Makler in Kontakt und erbittet einen Termin zur Besichtigung der Immobilie.

Der Makler kommt der Bitte nach, teilt dem Kaufinteressenten durch eine E-Mail-Nachricht die Adresse der inserierten Immobilie mit. Seiner Mitteilung fügt der Makler einen Grundriss und einige weitere Details an.

Der Makler will durch seine Vermittlung eine Dienstleistung erbringen. Deshalb ist der Maklervertrag eine Vereinbarung über die Erbringung von Dienstleistungen – § 312b Abs. 1 BGB. Der Dienstleistungsvertrag ist nun über das Internet zustande gekommen, **ohne körperliche Anwesenheit** von Makler und Kaufinteressent. Der Maklervertrag ist als ein Fernabsatzvertrag nach § 312b Abs. 1 S. 1 BGB einzustufen.¹⁴

Gewichtige Folge beim Abschluss des Maklervertrages als Fernabsatzvertrag ist die **Auslösung eines Widerrufsrechts**. Bei einem Fernabsatzvertrag steht dem Kaufinteressenten (Verbraucher § 13 BGB) ein **Widerrufsrecht von 14 Tagen** zu. Der Makler (Unternehmer § 14 Abs. 1 BGB) hat die Pflicht, die **Widerrufsbelehrung** in Textform **vor oder spätestens bei Abschluss des Maklervertrages** dem Verbraucher zu erteilen, ansonsten in Textform unverzüglich danach.

Wenn der Makler den Verbraucher **nicht über das Widerrufsrecht belehrt**, läuft die Frist für den Ablauf des Widerrufsrechts nicht an, so dass ohne Belehrung das **Widerrufsrecht** bestehen bleibt – § 355 Abs. 4 S. 2 BGB. Der Kaufinteres-

sent kann später dann **sein Recht nutzen** und den Maklervertrag mangels Widerrufsbelehrung noch widerrufen, trotz der vom Makler erbrachten Dienstleistung.

Grundsätzlich muss zwar der widerrufende Verbraucher dem Makler die empfangenen Leistungen zurückgewähren (§§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 BGB), aber eine bereits erbrachte Maklerleistung kann nicht mehr zurückgeleistet werden.

Möglicherweise kommt der nicht über das Widerrufsrecht belehrte Courtageschuldner (Käufer) um eine Provisionszahlung herum, wenn er Kenntnis davon erlangt, dass er über sein Widerrufsrecht hätte belehrt werden müssen. Der Käufer muss dem Makler dann allenfalls einen Wertersatz zahlen, der sich nach der in der ordnungsgemäß widerrufenen Maklervereinbarung enthaltenen Gegenleistung bestimmen kann. Gewiss steht dem Makler aber nicht eine Entschädigung über den von ihm gewollten Gewinn zu, sondern lediglich ein Wertersatz für seinen Aufwand (Erstellung des Exposés, Kosten im Zusammenhang mit der Übermittlung der Objektdaten). Wahrscheinlicher ist sogar, dass dem Makler nicht einmal diese kleinen Erstattungsbeträge zustehen, weil der Makler es schuldhaft unterließ, über das vom Gesetzgeber verordnete Widerrufsrecht (rechtzeitig) zu belehren.¹⁵

Am 13.6.2014 trat das Gesetz zur Umsetzung der EU-Richtlinie über die Rechte der Verbraucher in Kraft,¹⁶ mit Auswirkung auch auf Maklervereinbarungen, soweit diese über Telefon, Telefax, E-Mail, Internet oder durch Briefwechsel vereinbart werden. Der Makler ist zur **Widerrufsbelehrung** bei allen **außerhalb seiner Geschäftsräume** getätigten Vereinbarungen verpflichtet. Jeder Kaufinteressent, der Verbraucher ist, hat damit insbesondere die Möglichkeit, den Maklervertrag, der anlässlich einer Besichtigung der Immobilie vor Ort abgeschlossen wurde, nachträglich zu widerrufen.¹⁷

Formuliert nun der Notar die Aufnahme eines Vertrages zugunsten des Maklers als echten Vertrag zugunsten Dritter, zerstört dies dem Verbraucher sein Widerrufsrecht gegenüber dem Makler. Über diese Tragweite muss der Notar aufklären und diese Aufklärung in der Urkunde festhalten.

Schon deshalb löst die Aufnahme einer derartigen Klausel auch dann die Zweiwochenwartefrist nach § 17 Abs. 2a BeurkG aus, wenn also beide Vertragsparteien des Kaufvertrages Verbraucher sind und eigene Rechtspositionen verschlechtern zugunsten des Maklers, der schließlich ein Unternehmer ist.

3. **Beurkundungsbedürftige Maklervereinbarung**

Schuldet der Verkäufer seinem Makler die Provision und wälzt sie auf den Käufer innerhalb der Kaufvertragsurkunde ab, befreit der Käufer den Verkäufer von einer bestehenden Schuld. Diese schuldbefreiende Vereinbarung ist nach § 311 b BGB beurkundungsbedürftig.

Die Maklerprovision ist dann ein Teil der Gegenleistung des Kaufvertrages und unterliegt der Grunderwerbsteuer, die entsprechend höher ausfällt. Der Geschäftswert des Beurkundungsverfahrens erhöht sich folgerichtig auch um die Provisionssumme samt der Umsatzsteuer.

4. **Schuldanerkenntnis gegenüber dem Makler**

Ein **Schuldanerkenntnis** als einseitige Erklärung liegt vor, wenn sich der Verkäufer und/oder der Käufer gegenüber dem Makler verpflichten, die von ihnen geschuldete Maklerprovision dem Makler zu zahlen.

Das Schuldanerkenntnis ist zum Kaufvertrag gegenstandsverschieden, so dass die Vereinbarung des Kaufvertrages und das Schuldanerkenntnis gesondert zu berechnen sind – § 86 Abs. 2.

Ist eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung zugunsten des Maklers mit beurkundet worden, ist sie ein gegenstandsgleiches Sicherungsgeschäft im Sinne von § 109 Abs. 1 GNotKG und nicht gesondert zu bewerten.

Das Schuldanerkenntnis löst die 1,0-Gebühr nach GNotKG KV Nr. 21200 aus und der Kaufvertrag die 2,0-Gebühr nach GNotKG KV Nr. 21100. Die Vergleichsberechnung nach § 94 Abs. 1 GNotKG ist vorzunehmen. Die für den Mandanten günstigere Lösung ist auszuwählen.¹⁸

Aus dem Urteil des BGH geht hervor, dass der beklagte Notar trotz seiner widersprüchlichen Maklercourtageklausel auch für seine „nachgebesserte“ Formulierung Gebühren erhob, trotz der unrichtigen Sachbehandlung; er vereinbarte weiter Notargebühren, berechnet für ein Schuldanerkenntnis, und vereinbarte insgesamt 20.463,99 EUR. Von diesem Betrag entfielen 18.472,15 EUR auf Beurkundungen, die der beklagte Notar persönlich vorgenommen hatte.

Letztlich bestätigte der BGH die Amtsenthebung wegen der schuldhaften **systematischen** Amtspflichtverletzungen und betont, dass der Notar bei **jeder Beurkundung** den Willen der Beteiligten erforschen muss und diesen unzweideutig in der Urkunde wiederzugeben hat. Weil der Notar dies jedoch unterlassen hatte, verstieß er gegen seine Neutralitätspflicht aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO und gegen § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO, wonach er bereits einen derartigen Anschein vermeiden muss.

Der BGH befasste sich auch mit Gebührenforderungen des Notars aus der Zeit seit dem 1.1.2002 bis zum 19.10.2011. Der Notar hatte Gebühren in Höhe von insgesamt zumindest 435.000 EUR nicht oder nur verzögert beigetrieben und zudem unzulässige Stundungs- und/oder Verjährungsverzichtsvereinbarungen mit Kostenschuldnern getroffen, die im weitesten Sinne aus dem Immobiliensektor stammten.

Nach dem Recht der Kostenordnung (§ 140 KostO a.F.) durften keine Gebühren zugunsten der Beteiligten erlassen oder gestundet werden. Mit dem GNotKG hat sich nichts Wesentliches geändert (§ 125 GNotKG regelt das Gebührenvereinbarungsverbot). Die korrekten Gebührenerhebungen dienen auch der Vermeidung eines Wettbewerbs unter Notaren und sind unmissverständlich in § 17 Abs. 1 S. 1 BNotO statuiert.

Nach der nächsten Prüfung der Amtsgeschäfte des Notars im Jahre 2009 wurde 2010 ein Disziplinarverfahren gegen den Notar eingeleitet, weil der Notar **einige Gebühren nicht betrieb**. Das Disziplinarverfahren wurde erweitert um den Vorwurf, dass der Notar **trotz unrichtiger Sachbehandlung Gebühren erhoben hatte**. Hierzu nahm der Notar Stellung und wies nach, dass er die zu viel erhobenen Gebühren erstattet hatte. Das Disziplinarverfahren wurde erneut erweitert (2011) um den Vorwurf der vor genannten fehlerhaften Beurkundung der Maklerklauseln. Im Anschluss ergab eine Sondergeschäftsprüfung im Jahre 2012 eine Erweiterung der Vorwürfe dahingehend, dass der **Notar nur verzögert und/oder gar nicht Notargebühren beigetrieben hatte** in einer Größenordnung von 435.000 EUR. Der Notar äußerte sich auch hierzu, woraufhin ein Teil der Gebühren von rund 64.000 EUR aus den Vorwürfen entfernt wurden.

2013 wurde der Notar vorläufig seines Amtes enthoben. Der gerichtliche Antrag gegen diese Maßnahme wurde zurückgewiesen. Das klagende Land erhob – ebenfalls 2013 – Disziplinarklage gegen den Notar. **Der BGH bestätigte die Amtsenthebung bzw. wies die Berufung hiergegen zurück.**

Vorschläge für die Behandlung der Maklercourtageklauseln und zur Vermeidung von Problemen:

a) Grundsätzlich muss eine Maklercourtageklausel nicht in den Kaufvertrag mit aufgenommen werden. Die

Aufnahme kann in vielen Fällen unterbleiben, es sei denn, ausnahmsweise liegt eine beurkundungsbedürftige Maklercourtageklausel vor, bei der der Verkäufer bereits dem Makler einen Geldbetrag schuldet und diese Schuld im Zuge des Kaufvertrages auf den Käufer abwälzen will. Diese Übertragung der Schuld ist dann als Gegenleistung des Kaufvertrages mit zu beurkunden (§ 311b BGB).

b) Unschädlich ist (**Königsweg**), die Maklercourtageklausel nur deklaratorisch zu formulieren und in den Vertrag aufzunehmen. Dabei darf die Maklervereinbarung – nicht verändert werden und auch kein Schuldanerkenntnis protokolliert werden. Eine derartige Klausel löst weder zusätzliche Notargebühren, noch die Zweiwochenwartezeit nach § 17 Abs. 2a BeurkG aus.

Formulierungsvorschlag deklaratorische Maklerklausel:

*Käufer und Verkäufer bestätigen, dass die Vermittlung durch die Maklerfirma *** zum Zustandekommen des heutigen Kaufvertrages führte und dass der Käufer mit dem Makler eine Courtage in Höhe von EUR *** inkl. 19% Umsatzsteuer vereinbart hat.*

Der Notar wies darauf hin, dass durch die Aufnahme dieser deklaratorischen Maklerklausel keine Rechte zugunsten des Maklers geschaffen werden. Er wies weiter darauf hin, dass er den Inhalt des Maklervertrages nicht beurteilen kann, ebenso nicht, ob der Makler ordnungsgemäß über das gesetzliche Widerrufsrecht des Verbrauchers belehrte.

Ggf.: Wir bitten, dem Notar eine Abschrift des Kaufvertrages zu seiner Information zuzuleiten.

c) Bedarf es ausnahmsweise einmal der Aufnahme einer Maklercourtagevereinbarung als Vertrag zugunsten des

Maklers, z.B. weil die Ausübung eines Vorkaufsrechts droht, ist es bedeutsam, dass der Notar abklärt, ob die Vertragsparteien die Aufnahme der Klausel in den Vertrag wünschen. Wenn ja, ist die Wahrung der Transparenz wichtig. Die **Zweiwochenwartefrist ist auch einzuhalten**, wenn sowohl der Verkäufer wie auch der Käufer Verbraucher sind.¹⁹
Formulierungsvorschlag:

Die Vertragsparteien wünschen vom Notar die Aufnahme der nachfolgenden Maklercourtagevereinbarung als echten Vertrag zugunsten des Maklers (§ 328 BGB). Ggf.: Der Notar wies darauf hin, dass obwohl die Vertragsparteien nur Verbraucher sind, durch den Vertrag zugunsten des Maklers die Zweiwochenwartefrist nach § 17 Abs. 2a BeurkG ausgelöst wird. Hierzu erklärten die Vertragsparteien, den Entwurf des Vertrages vor mehr als zwei Wochen vom Notar erhalten zu haben.

*Der Notar wies weiter darauf hin, dass die Aufnahme als Vertrag zugunsten des Maklers Mehrkosten auslöst, die sich auf EUR *** inkl. 19% USt belaufen. Der Notar hat über die Bedeutung der Klauselaufnahme belehrt, insbesondere darüber, dass dem Makler auch bei Scheitern des Vertrages die Provision zustehen kann und dies möglicherweise sogar dann, falls der Makler nicht über das gesetzliche Widerrufsrecht zugunsten des Courtageschuldners belehrt haben sollte. Die Vertragsparteien bestanden dennoch auf der Aufnahme folgender Klausel:*

Dieser Vertrag kam durch Vermittlung des ... zustande. Der Käufer erkennt an, dem Makler eine Provision in Höhe von EUR ... inkl. 19% Umsatzsteuer zu schulden, und zwar in der Weise, dass diese Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer ein eigenes Forderungsrecht des Maklers be-

gründet (§ 328 BGB). Hierdurch übernimmt der Verkäufer keine Verpflichtungen.

- 1 BGH, Urt. v. 24.11.2014, NotSt (Brfg) 1/14; abrufbar beim DNotI.
- 2 BGH, Urt. v. 24.11.2014 – Rn 28, NotSt (Brfg) 1/14.
- 3 BGH, Urt. v. 9.12.2010, III ZR 272/09; ZNotP 2011, 75 Rn Rn 16 mwN.
- 4 So der BGH in seiner Entscheidung v. 24.11.2014 – NotSt (Brfg) 1/14 mit Hinweis auf Frenz, in Eylmann/Vaasen BNotO/BeurkG § 17 Rn 1.
- 5 Tiedtke/Sikora, Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 12 Rn 41.
- 6 Elsing, Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis, § 2 Rn 19; Kersten, Würzburger Notarhandbuch, Teil 1 Kap. 4 Rn 164.
- 7 Suppliet, DNotZ 2012, 270, 285; Heinemann, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 5 Rn 691; Grziwotz, ZfIR 2006, 189 ff.; Grziwotz, notar 2013, 344; Elsing, Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis, § 2 Rn 103; Kersten, Würzburger Notarhandbuch Teil 1 Kap. 4 Rn 164; s. insbesondere auch Althammer, MittBayNot 2014, 297, 303.
- 8 BGH NJW 1985, 2477.
- 9 Schlosser, in: Staudinger, Sonderedition AGB-Recht m.w.N.
- 10 Vgl. BGH NJW 1998, 2280.
- 11 BGH NJW 1984, 360.
- 12 BGH NJW 1994, 2825, 2826.
- 13 BGH NJW 2002, 490; NJW 1990, 576; 1986, 1171, 1172.
- 14 Müko-BGB/Roth, § 652 Rn 44; Palandt/Grüneberg, BGB, § 312b Rn 106; Lechner, NZM 2013, 751, 752; Grams, ZfIR 319, 320; LG Bochum, Urt. v. 9.3.2012 – 2 O 498/11, IMR 2013, 300, anders derzeit noch das LG Hamburg, Urt. v. 3.5.2012 – 2 O 498/11, IMR 2013, 301.
- 15 So z.B. Grams, ZfIR 9/2014, 319, 320.
- 16 Verkündet im Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 58, S. 3642.
- 17 Durch das am 13.6.2014 wirksam gewordene Gesetz zur Umsetzung der EU-Richtlinie über die Rechte der Verbraucher werden die Bestimmungen der §§ 312 ff. BGB weitreichend ver-

ändert; zum Widerrufsrecht siehe auch DNotI-Report 2014, 129 ff.

18 Tiedtke/Sikora, Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 12 Rn 41.

19 Suppliet, DNotZ 2012, 270, 285; Heinemann, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 5

Rn 691; Grziwotz, ZfIR 2006, 189 ff.;

Grziwotz, notar 2013, 344; Elsing, Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis, § 2 Rn 103; Kersten, Würzburger Notarhandbuch, Teil 1 Kap. 4 Rn 164; s. auch Alt-hammer, MittBayNot 2014, 297, 303.

Haftungsausschluss:

Verlag und Autor übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der Leser.

Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infodienstes wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infodienst darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutscher Notarverlag GmbH & Co. KG erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Notarverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infodienst zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die

Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infodienstes zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherungskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infodienst im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.

Impressum

Herausgeber:

André Elsing, Knochenholt 13,
22391 Hamburg, T: 040 / 32 32 42 11,
F: 040 / 32 32 42 42
Elsing@notariatspitalerstrasse.de

Erscheinungsweise: Monatlich, jeweils zum 15. des Monats nur als PDF, nicht im Print.

Bezugspreis: Jährlich 84,- EUR zzgl. MwSt.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.



DeutscherNotarVerlag

Deutscher Notarverlag, Rochusstr. 2-4, 53123 Bonn,
T: 0800 / 6 68 27 83-0,
F: 0800 / 6 68 27 83-9,
info@notarverlag.de

Ansprechpartnerin im Verlag: Uta Greferath-Russ
ISSN 2192-5399