



Jens Jeep

## Das neue Maklerrecht – Warum einfach, wenn es auch kompliziert geht?

Notarielle Umsetzung – und ein Vorschlag de lege ferenda<sup>1</sup>

Der Gesetzgeber hat noch vor der Sommerpause eine im Wesentlichen auf bestimmte Käufer (Verbraucher) und immer auf bestimmte Immobilien („Einfamilienhäuser“, „Wohnungen“)<sup>2</sup> beschränkte Teilkodifikation des Rechts der Immobilienmakler beschlossen, welche am 23.12.2020 in Kraft treten wird.

Dieser Beitrag befasst sich mit der gesetzlichen Zielrichtung, erläutert die verabschiedete Regelung, gibt Formulierungsvorschläge für die notarielle Praxis, weist auf leider noch offene bzw. erst geschaffene Fragen hin und schlägt schließlich de lege ferenda eine Regelung vor, mit der sich viele Probleme vermeiden ließen.

In der folgenden Darstellung wird – der regelmäßigen Praxis entsprechend und der Verständlichkeit halber – immer der Verkäufer den Makler zuerst beauftragt haben und der Käufer kommt erst danach ins Spiel. Natürlich kann es auch umgekehrt sein.

### A. Die gesetzliche Zielrichtung und ihre grundsätzliche Umsetzung

Ausgangspunkt ist die bundesweit äußerst uneinheitliche Antwort auf die Frage, wer von beiden Parteien eines Immobilienkaufvertrags die Maklercourtage zu tragen hat. Während bisher in Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg und Hessen praktisch immer der Käufer diese Kosten alleine trägt, ist in den anderen Bundesländern eine Halbteilung üblich.

#### I. Gesetzliche Zielbestimmung

Bei der gesetzlichen Neuregelung geht es aber gar nicht primär um eine bundesweite Vereinheitlichung in Form einer einfachen, verständlichen und praxisnahen Kodifikation. Im Mittelpunkt steht ausweislich der Gesetzesbegründung vielmehr der Schutz des sich scheinbar in einer besonderen Zwangslage wiederfindenden Käufers einer von ihm selbst zu nutzenden Immobilie. Und dieser sei – trotz der eigentlich als üblich erkannten Halbteilung der Courtage in den meisten Ländern – dennoch oft derjenige, der wegen dieser besonderen Zwangs-

lage einen größeren Anteil oder gar die ganze Courtage zu tragen habe. Das macht ihn zum Schutzobjekt der Neuregelung.<sup>3</sup>

Das neue Recht wurde nun anders als die 2015 neu eingeführte Regelung bei der Wohnraummiete (§ 2 Abs. 1a WoVermRG) zum einen ins BGB integriert und folgt zum anderen gerade nicht dem auch für diese Konstellation etwa von den Grünen geforderten Bestellerprinzip. Vielmehr wird eine weitgehend verpflichtende Halbteilung der Courtage bestimmt.

Ebenfalls nicht durchgesetzt haben sich Forderungen nach einer Höchstgrenze der Courtage, einer Gebührenordnung oder einer Anpassung des Grunderwerbsteuerrechts zur Verringerung der Kaufnebenkosten.

Mit der beschlossenen Neuregelung verbindet der Gesetzgeber die Erwartung, dass marktwirtschaftliche Mechanismen auch bei der Bestimmung der Höhe der Courtage für Immobilienkäufe greifen. Denn nun ist es bereits der erste Auftraggeber, meist also der Verkäufer, der sich bei Abschluss des Maklervertrags Gedanken über die angemessene Höhe der Courtage für seinen konkreten Verkaufsfall machen muss, da er von dieser zwingend wenigstens die Hälfte zu zahlen hat. Der Gesetzgeber erwartet als weitere Folge seiner Neuregelung, dass einzelne Verkäufer nun auf die Beauftragung eines Maklers verzichten.

Für die hälftige Tragung der Courtage auch durch die später hinzutretende – meist – Käuferpartei spricht durchaus, dass ein guter Makler tatsächlich für beide Parteien tätig wird und diese im Rahmen der Vorbereitungen eines notariellen Kaufvertrags idealerweise über den bloßen Nachweis der Kaufmöglichkeit hinaus bei der Beschaffung von Unterlagen, der Beantwortung von Fragen, der Verhandlung offener Punkte sowie der Erläuterung der Abläufe unterstützt.

Nur rein semantisch sind darüber hinaus die Änderungen an sonstigen Normen des Maklerrechts, welches jetzt eben kein Maklerrecht mehr ist. Das ist erfreulich, denn so kann hier am

<sup>1</sup> Hören Sie zu diesem Beitrag auch den Podcast „Das neue Recht der Immobilienmakler“ aus der Reihe „Recht schreiben“, zu finden auf allen üblichen Plattformen.

<sup>2</sup> Auf die Wortwahl ist noch einzugehen.

<sup>3</sup> Siehe zu allem die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks 19/15827.

Gesetzestext gemäkelt werden, ohne in den Verdacht der Vermakelung zu geraten.

## II. Ort der Neuregelung

Etwas überraschend schließt sich die Neuregelung nicht etwa als neuer Untertitel 2 den Regelungen über die Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen und entgeltlichen Finanzierungshilfen (§ 655a bis 655e BGB) an. Vielmehr lässt sie ausgerechnet dem Ausschluss (!) des Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe den Vortritt (§ 656 BGB), um dann mit Kleinbuchstaben dessen Paragrafennummer fortzuschreiben. Der Immobilienmakler wird so scheinbar zum Unterfall des Heiratsvermittlers. Honi soit qui mal y pense.

## III. Gesetzeswortlaut der neuen Normen

### Untertitel 4

*Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser*

#### § 656a Textform

*Ein Maklervertrag, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus oder die Vermittlung eines solchen Vertrags zum Gegenstand hat, bedarf der Textform.*

#### § 656b Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d

*Die §§ 656c und 656d gelten nur, wenn der Käufer ein Verbraucher ist.*

#### § 656c Lohnanspruch bei Tätigkeit für beide Parteien

*(1) Lässt sich der Makler von beiden Parteien des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklerlohn versprechen, so kann dies nur in der Weise erfolgen, dass sich die Parteien in gleicher Höhe verpflichten. Vereinbart der Makler mit einer Partei des Kaufvertrags, dass er für diese unentgeltlich tätig wird, kann er sich auch von der anderen Partei keinen Maklerlohn versprechen lassen. Ein Erlass wirkt auch zugunsten des jeweils anderen Vertragspartners des Maklers. Von Satz 3 kann durch Vertrag nicht abgewichen werden.*

*(2) Ein Maklervertrag, der von Absatz 1 Satz 1 und 2 abweicht, ist unwirksam. § 654 bleibt unberührt.*

#### § 656d Vereinbarungen über die Maklerkosten

*(1) Hat nur eine Partei des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklervertrag abgeschlossen, ist eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, nur wirksam, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Der Anspruch gegen die andere Partei wird erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist und sie oder der Makler einen Nachweis hierüber erbringt.*

*(2) § 656c Absatz 1 Satz 3 und 4 gilt entsprechend.*

## B. Erläuterung

### I. Betroffene Immobilien

Das deutsche Recht kennt – anders als das Laienverständnis, welches auch nicht zwischen Eigentum und Besitz unterscheiden mag – bekanntlich nicht den Kauf eines „Hauses“, sondern nur den Kauf eines Grundstücks, dessen wesentlicher Bestandteil

ein darauf errichtetes Gebäude ist. Einzige Ausnahme: das Erbbaurecht. Verkauft werden auch nicht „Wohnungen“, sondern etwa Wohnungseigentum. Zusammenfassend spricht das Gesetz in Bezug auf Immobilien von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten.

So war es jedenfalls bisher. Nun hat der Gesetzgeber den „Kauf eines Einfamilienhauses“ oder einer „Wohnung“ als Regelungsbereich des neuen Maklerrechts kodifiziert, ohne ihn jedoch zugleich legal zu definieren. Das klingt bürgernah, hätte aber bisher in einer mündlichen Staatsexamensprüfung mehr als nur Stirnrünzeln hervorgerufen.

Allein die Gesetzesbegründung hilft nun, wenigstens einige Zweifelsfragen halbwegs zu beantworten: Unter einer „Wohnung“ sei nicht nur das Wohnungseigentum i. S. d. § 1 Abs. 1 WEG zu verstehen, sondern auch das Wohnungserbbaurecht, das Dauerwohnrecht sowie die vor allem in touristisch geprägten Gebieten mit Aufteilungsverboten gepflegte (Umgehungs-)Praxis des Miteigentumsanteils an einem Grundstück, welcher über eine zum Grundbuchinhalt gemachte Verwaltungs- und Benutzungsordnung gemäß §§ 745, 1010 BGB mit dem dauerhaften Recht zur Alleinnutzung einer Wohnung verbunden ist.

Das „Einfamilienhaus“ erfasst nach der Begründung neben dem klassischen Grundstückseigentum auch das Erbbaurecht und soll durch eine weitere „Wohnung von untergeordneter Bedeutung“ nicht berührt werden, also etwa eine Einliegerwohnung.

Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht erfasst sind hingegen unbebaute (auch zum Bau von Einfamilienhäusern durch den Erwerber bestimmte) Grundstücke und solche, die mit Mehrfamilienhäusern bebaut sind.

Die neu aufgenommene Textform für den Makler wird ebenfalls beschränkt auf die genannten Immobilien, dies aber entgegen der übrigen Regelungen nicht nur für den Fall, dass ein Verbraucher der Käufer ist.

### II. Betroffene Fallgestaltungen

Das Gesetz erfasst die beiden denkbaren Fälle im Dreiecksverhältnis von Verkäufer, Käufer und Makler: 1. Der Makler schließt nacheinander einen Vertrag mit beiden Parteien. 2. Der Makler schließt nur den Vertrag mit einer Partei, welche dann ihrerseits im Kaufvertrag versucht, die allein geschuldete Courtage auf die andere Partei abzuwälzen.

Notarinnen und Notare wissen es: In der Praxis gibt es davon nur eine Konstellation, nämlich die erstgenannte. Und es gibt wenig Anlass zu der Vermutung, dass sich dies ändern wird.

#### 1. Sukzessiver Doppelauftrag (§ 656c BGB)

§ 656c BGB regelt den absoluten Normalfall: Der Makler schließt sukzessive Verträge mit beiden Parteien. Zuerst beauftragt meist der Verkäufer den Makler mit der Suche nach einem Käufer. Sodann beauftragt ein suchender Käufer den Makler aufgrund von dessen Annoncen mit der Übermittlung weiterer Daten und der Herstellung des Kontakts zum Verkäufer. Es gibt also zwei Maklerverträge.

Diese Konstellation hat – wie oben geschildert – bisher zu einer regional unterschiedlichen Kostentragung geführt. Für diese wurde im Kaufvertrag häufig eine klarstellende Regelung von den Parteien gewünscht. Genauer: vom die Courtage nicht zahlenden Verkäufer. Noch genauer: von dem formal gar nicht

beteiligten, die Courtage vom Käufer verlangenden Makler, da dieser nicht immer einen auch gut dokumentierten Maklervertrag mit dem Käufer vorzuweisen hatte.

Richtig formuliert handelte es sich im Kaufvertrag in diesen Fällen um eine deklaratorische Maklerklausel, welche nur bestätigte, was bereits aufgrund des Maklervertrags galt. Dies erhöhte weder die geschuldete Gegenleistung (anders als die konstitutive Maklerklausel) noch die Grunderwerbsteuer (anders als die Schuldübernahme durch den Käufer in Bezug auf die eigentlich vom Verkäufer geschuldete Courtage).

In einigen Ländern ändert sich nun durch die Neuregelung wenig, in anderen müssen sich Makler und Verkäufer auf neue Modalitäten einstellen. Die Halbteilung wird nun zur Pflicht. Vertragliche Abweichungen davon sind nicht zulässig, nicht einmal zugunsten des Käufers.

Als Umgehungsschutz führt der Erlass der Courtage für den einen Auftraggeber nun zwingend zum Erlass für den anderen. Gleiches gilt für die – von nun an nur noch theoretische – initiale Unentgeltlichkeit des Tätigwerdens für die eine Partei. Ob dies auch ein effektiver Schutz ist, muss sich noch erweisen.

## 2. Alleinauftrag mit Abwälzung auf den Vertragspartner (§ 656 BGB)

§ 656d BGB neu regelt sodann den Fall, dass der Käufer überhaupt erst im Kaufvertrag zur Zahlung der Courtage verpflichtet wird, er also bisher dem Makler gar keinen Auftrag erteilt hat.

Hier schuldet eigentlich der Verkäufer die ganze Courtage und dessen Pflicht darf nun höchstens zur Hälfte der Käufer übernehmen. Diese Schuldübernahme führt für die Grunderwerbsteuer zu einer entsprechenden Erhöhung der Gegenleistung und damit einer höheren Abgabe. Dies ist der Hauptgrund, warum es diesen Fall praktisch nicht gibt. Makler werden nicht zuletzt im Interesse der Käufer Wert darauf legen, dass diese einen eigenen Vertrag mit ihnen schließen und die Courtage nicht erst im Kaufvertrag auf sie abgewälzt wird.

(Nur) für diesen Fall sieht das Gesetz nun neben der Deckelung auf die höchstens hälftige Weitergabe der Courtagepflicht zum Schutz des neuen Courtageschuldners eine zusätzliche Sonderregelung gegen Umgehungen vor: Die Zahlungspflicht des zweiten Schuldners wird erst fällig, wenn ihm die bereits erfolgte Zahlung der anderen Hälfte nachgewiesen wurde.

Wer die Darstellung in den Medien verfolgt hat, der wird bemerkt haben, dass speziell diese Regelung immer wieder als Kern des neuen Maklerrechts zitiert wird – leider oft falsch.<sup>4</sup>

## C. Offene Fragen und kritische Anmerkungen

### I. Ziel und seine Erreichung

Der Gesetzgeber will nur den Käufer schützen, der eine Immobilie für eigene Wohnzwecke erwirbt. Das geht gründlich schief. Denn auch der Käufer eines Baugrundstücks steckt in der gleichen angeblichen „Zwangslage“ wie der Käufer eines bereits mit

einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks, wird aber nicht geschützt. Umgekehrt verdient der Käufer einer zum Zwecke der reinen Kapitalanlage erworbenen Wohnung keinen vergleichbaren Schutz, erhält ihn aber gleichwohl. Das Gesetz ist also zugleich zu eng und zu weit, um die selbst gesteckten Ziele zu erreichen. Dies ist so offensichtlich, dass man bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit schon auf der Ebene der Geeignetheit in große Schwierigkeiten bei der Bewertung dieser Eingriffsnorm in die Vertragsfreiheit gerät.

Das wäre leicht zu vermeiden gewesen, wenn man auf eine Differenzierung nach der Art der Immobilien verzichtet und eine einheitliche Regelung geschaffen hätte.

Dass Einheitlichkeit kein erklärtes Ziel des Gesetzgebers war, wird auch bei der neuen Formvorschrift deutlich. Sie ist die einzige, die nicht auf Fälle beschränkt ist, bei denen ein Verbraucher Käufer ist. Es bleibt aber bei der merkwürdigen Beschränkung auf bestimmte Immobilien. Ist es erklärlich, warum der Maklervertrag auch mit Unternehmern nun beim Erwerb einer kleinen Wohnung einer strengeren Form unterliegt als der im Falle der Vermittlung einer Gewerbeimmobilie im zweistelligen Millionenwert?

### II. Regelungskonzeption und -komplexität

Obwohl die meisten Verträge über Grundstücke auf Käuferseite von Verbrauchern abgeschlossen werden, regelt das Gesetz diese Fälle als Ausnahme vom Normalfall und stellt somit den Anwendungsbereich mit einer eigenen Norm in § 565b BGB (fast) an den Beginn, gepaart mit einer Verweisung nach unten. Was der Gesetzgeber leider in Ermangelung von praktischem Umgang mit dem selbst geschaffenen Recht immer häufiger vergisst: Jede Verweisung innerhalb eines Gesetzes ist eine erhebliche Erschwernis in Bezug auf dessen Verständlichkeit.<sup>5</sup> Dieses Fördern der Unübersichtlichkeit wird noch fortgeführt: Insgesamt finden sich in vier Paragraphen ganze acht Verweisungen.

Hinzu kommt in § 565 Abs. 2 BGB eine Regelung zur Unwirksamkeit, also Nichtigkeit eines von der Halbteilung abweichenden Maklervertrags. Diese könnte indes zusätzliche Risiken mit sich bringen: Für den gewünschten Effekt würde es genügen, dass lediglich die Courtagepflicht des benachteiligten Käufers entfällt, während die vertraglichen Pflichten für den Makler fortbestehen. Denn der Käufer mag ja aus dem Vertrag mit dem Makler noch andere Rechte herleiten, die es aber nicht mehr gibt, wenn der ganze Vertrag unwirksam wird.

### III. Gesetzlicher Schutz vor Umgehungen

Jedes Schutzgesetz ist nur so gut, wie es auch in seiner praktischen Anwendung Umgehungskonstruktionen effektiv vermeidet. Das neue Recht ist hier insoweit zu begrüßen, als es das Problem immerhin erkennt und zu lösen versucht. Doch bleibt es beim Versuch.

Denn als sich aufdrängende Umgehung durch unseriöse Makler bietet sich an, dass die Courtage bei der Absprache mit dem Verkäufer erhöht wird (eine gesetzliche Obergrenze wurde ja gerade nicht eingezogen) und dieser nur zum Schein die Hälfte zahlt, in Wahrheit aber der Käufer tatsächlich über seine „Hälfte“

<sup>4</sup> Ein Beispiel aus der Hamburger MOPO vom 6.7.2020: „Außerdem müssen Makler und Verkäufer beweisen, dass der Verkäufer seinen Anteil geleistet hat. (...) Das gilt zumindest dann, wenn der Auftrag von beiden Parteien ausgeht.“ – Nein, genau dann gilt es eben nicht. Dazu gleich mehr.

<sup>5</sup> Das Gleiche gilt natürlich auch für notarielle Verträge, wo Verweisungen vermieden werden sollten, wenn es nur irgend möglich ist.

die ganze dem Makler am Ende zustehende Courtage tragen soll. Das Gesetz untersagt eine solche Abrede selbstverständlich und weitet den Erlass für den Verkäufer auf den Käufer aus. Nur, was hilft das schöne materielle Recht dem Käufer, wenn dieser nicht weiß und auch nicht wissen kann, ob der Verkäufer seinen Teil wirklich gezahlt hat?

Denn merkwürdigerweise stellt allein § 656d BGB für dieses Problem eine zumindest auf den ersten Blick praktikable Lösung bereit: Die Zahlungspflicht für den Käufer wird in den Courtageabwälfungsfällen erst fällig, wenn der Verkäufer seinen Teil gezahlt hat und dies dem Käufer nachgewiesen wurde.

Erstes Problem hier: Wie der Nachweis zu erbringen ist, sagt das Gesetz nicht. Reicht es, dass der Makler behauptet, die Courtage erhalten zu haben? Immerhin wäre die falsche Behauptung vermutlich strafrechtlich als Betrug zu qualifizieren, soll doch der Käufer durch Täuschung zu einer von ihm tatsächlich nicht geschuldeten Leistung und einem Vermögensschaden gebracht werden.

Und was ist, wenn der Käufer trotzdem – etwa in Unkenntnis der gesetzlichen Regelung – die Rechnung des Maklers gezahlt hat? Der Anspruch bestand ja bereits, war nur nach der gesetzlichen Konzeption noch nicht fällig. Der Erlass wirkt nun zwar auch zugunsten des Erwerbers, aber mit der Folge einer Rückforderung, welche wohl nach den Regelungen über die ungerechtfertigte Bereicherung mit all ihren Nachteilen erfolgen müsste.

Viel wichtiger ist aber: § 656d BGB neu wird in der Praxis vollständig leerlaufen, weil diese Fälle (siehe oben) schon wegen der dadurch erhöhten Grunderwerbsteuer wirtschaftlich unsinnig sind. Dass eben diese Regelung allgemein als Errungenschaft des neuen Rechts gelobt wird, ist verwunderlich.

Ausgerechnet § 656c BGB hingegen, also die Regelung für praktisch alle Fälle, enthält keine vergleichbare Schutznorm, sondern lediglich fromme Regeln ohne jeden Biss: Hier gibt es die Zahlungsreihenfolge nicht. Hier wird nur ein abstrakter Erlass für beide bestimmt, wenn er für einen gewährt wird.

Nochmals: Wie soll der Käufer dies wissen? Wie und auf welcher Basis soll er klagen, wenn er außer einer diffusen Vermutung, dass da gemauschelt wurde, keine Beweise hat? Steht ihm eine Auskunftspflicht zu? Welche Nachweise darf er verlangen? Das Gesetz schweigt. Muss man diese sich aufdrängenden Fragen wirklich der Rechtsprechung und damit dem streitigen Fall überlassen mit einer langen Phase der Unsicherheit?

Oder gilt die Regelung des § 656d BGB etwa analog auch für § 565c BGB? Schwer vorstellbar, dass hier eine unabsichtliche Lücke vorliegt, die es zu füllen gilt. Ebenso schwer vorstellbar aber zugleich, dass man diese Lücke absichtlich gelassen hat. Ein Rätsel.

Der Gesetzgeber errichtet hier zum Schutz des Verbrauchers einen elektrischen Zaun und stellt zugleich den Strom ab. Das wird vermutlich niemanden am Übersteigen hindern.

#### IV. Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer und weitere Nebenkosten des Vertrags

Geht man davon aus, dass Verkäufer und Käufer nunmehr regelmäßig die hälftige Courtage zahlen, so fließt ein Teil des Kaufpreises gesetzlich zwingend nicht an den Verkäufer, sondern dient allein dazu, dessen notwendige Kaufnebenkos-

ten zu tragen, indem er diesen Teil an den Makler weiterleitet. Echte von den Parteien verhandelte, genauer: ihrer Verhandlung überhaupt nur zugängliche Gegenleistung ist daher der beim Verkäufer verbleibende Kaufpreisteil, also der Bruttokaufpreis abzüglich der nun vom Gesetz geforderten hälftigen Courtage. Gleichwohl ist auch der Courtageanteil nach geltendem Grunderwerbsteuerrecht (weiterhin) als Bestandteil der Gegenleistung des Käufers von der Grunderwerbsteuer erfasst. Auf die Courtage fällt also Grunderwerbsteuer und zusätzlich Umsatzsteuer an.

Überzeugend ist dies nicht. Die eigentlich dem schutzwürdigen Käufer zugutekommende Regelung wendet sich zu seinem Nachteil: In den Fällen, in denen der Verkäufer die Courtage auf den bisherigen Nettokaufpreis aufschlägt, zahlt der Käufer also am Ende nicht nur weiterhin die volle Courtage, er muss außerdem noch eine höhere Grunderwerbsteuer zahlen. Und dies aufgrund einer gesetzlich geregelten Pflicht zur Halbteilung. Mehr noch: Auch die sonstigen Kosten steigen.

##### Ein Beispiel:

*Der vom Käufer für sich gewünschte Kaufpreis für eine Wohnung in Köln beträgt 400.000 €, die Courtage nehmen wir mit 6,5 % brutto an, die Grunderwerbsteuer hat die gleiche Höhe.*

Trägt der Käufer die Courtage, so zahlt er 26.000 € Courtage und 26.000 € Grunderwerbsteuer, in der Summe 52.000 €. Die Notarkosten betragen für Beurkundung und Abwicklung des Kaufvertrags 2.355 € zuzüglich Umsatzsteuer,<sup>6</sup> das sind 0,7 % des Kaufpreises. Die Grundbuchkosten belaufen sich auf 1.178 €.

Nehmen wir an, der Verkäufer würde nach grober Berechnung der auf ihn entfallenden Maklercourtage nunmehr als Kaufpreis 413.400 € ansetzen, um am Ende auf fast den gleichen Nettoertrag zu kommen.

Als Folge würde sich zum ersten automatisch die meist prozentual festgelegte Courtage gegenüber einem Kaufpreis von 400.000 € erhöhen, von der der Käufer die Hälfte tragen müsste. Außerdem berechnen sich die Grunderwerbsteuer und Notar- sowie Gerichtskosten nach dem erhöhten Kaufpreis, wobei im Beispiel eine Gebührenschwelle überschritten wird.

Im Ergebnis würden sich die Gesamtkosten für den Käufer durch die neue Courtageverordnung um 1.960 € erhöhen.

Die folgende Tabelle zeigt die Berechnung:

|  | bisher           | zukünftig        |
|--|------------------|------------------|
| Kaufpreis                                | 400.000          | 413.400          |
| Grunderwerbsteuer i. H. v. 6,5 %         | 26.000           | 26.871           |
| Maklercourtage i. H. v. 6,5 % inkl. USt. | 26.000           | 13.436           |
|  | (volle Courtage) | (halbe Courtage) |
| Notar inkl. USt.                         | 2.802            | 2.981            |
| Grundbuch                                | 1.178            | 1.253            |
| Gesamtkosten für den Käufer              | 455.980          | 457.940          |
| Zusätzliche Kosten für Käufer            |                  | + 1.960          |

<sup>6</sup> Die Berechnungen gehen im Folgenden von einer Umsatzsteuer von 19 % aus. Die Beträge sind gerundet auf volle Euro.

Allerdings wird eine solch deckungsgleiche Einpreisung der Courtagekosten nicht immer erfolgen. Die Käuferpsychologie orientiert sich eher am reinen Kaufpreis und die Nebenkosten werden meist erst im zweiten Schritt rational in die Entscheidung mit einbezogen. Daher ist es durchaus denkbar, dass das neue Recht den gewünschten Effekt einer tatsächlichen Netto-Reduzierung der Belastung von Käufern mit der Maklercourtage hat.

## V. Inkrafttreten

Aus notarieller Sicht keine gesetzgeberische Meisterleistung ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Regelungen. Statt von vornherein zu beschließen, dass das Recht etwa frühestens zum 1.1.2021 und im Übrigen zu einem Monatsersten in Kraft tritt, hat man eine willkürliche Frist von sechs Monaten ab Verkündung beschlossen, was nun zu folgendem Bonmot für die notarielle Praxis führen könnte:

Käufer werden versuchen, Verträge erst *nach dem* 23.12.2020 beurkunden zu lassen, um in den Genuss der hälftigen Courtage zu kommen, sofern sich nicht die Makler und Verkäufer vorzeitig auf das noch nicht geltende Recht einlassen. Zugleich werden Käufer aber darauf drängen, noch *vor* Ablauf des 31.12.2020 zu beurkunden. Denn nur dann kommen sie noch in den doppelten Genuss aus halber Maklercourtage und im Wumms-Paket der Bundesregierung enthaltener 16%iger Umsatzsteuer auf Makler- und Notarkosten.

Man darf also davon ausgehen, dass die Woche zwischen den Jahren in diesem Jahr wieder eine ganz besondere wird.

## D. Folgen für die notarielle Vertragsgestaltung

Aus notarieller Sicht ist nach Inkrafttreten des Gesetzes vor allem zu beachten, dass keine Klauseln in den Vertrag aufgenommen werden dürfen, die gegen die neuen, zwingenden gesetzlichen Regelungen verstößen.

Da der notarielle Kaufvertrag in den meisten Fällen ohnehin nur deklaratorische Regelungen enthält, die aufgrund der nun zwingenden Textform der beiden Maklerverträge auch aus Sicht der Makler noch weniger nötig sein werden als bisher schon, sollte man idealerweise auf solche ganz verzichten.

Es reicht – auch aus Sicht eines verständigen Maklers – völlig aus, wenn eingangs der Urkunde Folgendes erklärt wird:

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Hinweis auf Vermittlung durch Makler:

*Die Parteien schließen den folgenden Kaufvertrag durch Vermittlung der „Wohnen im eigenen Heim GmbH“.*

Ist eine Regelung gleichwohl von den Parteien gewünscht, ist zuerst zu identifizieren, ob es sich a) um den durch Makler vermittelten Kauf einer b) als „Eigenheim“ oder „Wohnung“ zu qualifizierenden Immobilie durch c) einen Verbraucher handelt. Erfasst sind dabei auch Verträge zwischen Verbrauchern, welche zur Freude von juristischen Laien ja gerade keine Verbraucher-Verträge sind.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Das Zitieren des Lehrsatzes „Ein Vertrag zwischen zwei Verbrauchern ist kein Verbrauchervertrag“ ist für den Zivilrechtler der vermutlich leichteste Weg, seine Mitmenschen davon zu überzeugen, dass mit uns Juristen etwas Grundlegendes nicht stimmen kann.

Im notariellen Kaufvertrag genügt sodann für den absoluten Normalfall, dass also beide Parteien einen Maklerauftrag erteilt haben (§ 656c BGB), die folgende Klausel:

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Deklaratorische Halbteilung gemäß § 565c BGB:

*Verkäufer und Käufer tragen die Courtage des von beiden beauftragten Maklers hälftig in Höhe von je ... % vom Kaufpreis/in Höhe von je ... € inklusive Umsatzsteuer.*

Vorzugswürdig, da transparenter erscheint die Angabe der konkreten Courtagesumme inklusive Umsatzsteuer, was zugleich Fragen nach der Auswirkung von zeitlich begrenzten Umsatzsteuerexperimenten ausschließt.

Da Abweichungen von der gesetzlichen Regelung ohnehin unzulässig sind, muss man über gestalterische Regelungen hier nicht weiter nachdenken – leider auch nicht über eine wegen der klaffenden Lücke im Gesetz an sich gebotene Regelung, welche die Zahlungspflicht des Käufers auch in dieser Konstellation von einem validen Nachweis der tatsächlich zuvor erfolgten Zahlung der ersten Courtagehälfte durch den Verkäufer abhängig macht. Der Makler kann als Nichtpartei des Kaufvertrags ohnehin nicht in seinen Rechten beschränkt werden.

Den absoluten Ausnahmefall, dass der Käufer eine allein vom Verkäufer zu zahlende Courtage hälftig im Kaufvertrag übernehmen soll (§ 656d BGB), ohne zuvor mit dem Makler eine Vereinbarung wenigstens in Textform geschlossen zu haben, sollte der Vertrag etwas ausführlicher regeln und den Schutzmechanismus des Gesetzes zur Aufklärung des Käufers inkorporieren.

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Abwälzung der hälftigen Courtage auf den Käufer gemäß § 656d BGB:

*Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer, die hälftige Maklercourtage in Höhe von anteilig ... % an den Makler zu zahlen, nachdem ihm der Verkäufer oder der Makler die Zahlung der vom Verkäufer zu zahlenden hälftigen Courtage durch Bankbescheinigung nachgewiesen hat. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der vom Käufer zu zahlende Teil der Courtage zusätzlich zum Kaufpreis zur Berechnung der Grunderwerbsteuer und der Berechnung der Notarkosten herangezogen wird.*

Bewusst ist hier eine Bankbescheinigung als Nachweis aufgenommen worden, weil allein diese einen halbwegs sicheren Schutz vor Umgehungen bietet.

Praktisch relevant sind – wie schon bisher – noch die Vorkaufrechtsfälle, in denen bei der Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufrechts durch Behörde, Mieter oder einen anderen Dritten sichergestellt werden soll, dass auch die Vorkaufberechtigten im Falle der Vorkaufrechtsausübung zur Zahlung des Käuferanteils an der Courtage gegenüber dem Makler verpflichtet sind, dem sie ja gerade keinen Auftrag in Textform erteilt haben.

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Halbteilung bei bestehendem Vorkaufrecht:

*Verkäufer und Käufer tragen die Courtage des von beiden beauftragten Maklers hälftig zu je ... %. Der Käufer bekennt im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter, dem Makler diese Courtage zu schulden, nachdem ihm der Verkäufer oder der Makler die Zahlung der vom Verkäufer zu zahlenden hälftigen Courtage durch Bankbescheinigung nachgewiesen hat.*

Dies ist faktisch eine Mischung aus beiden Klauseln, weil aus Sicht des Mieters die Courtagspflicht gerade erst durch den Vertrag entsteht, es sich also um einen Fall des § 656d BGB handelt, während für den Käufer aufgrund eigenen Auftrags an den Makler ein Fall des § 656c BGB vorliegt.

Die Ausgestaltung als Vertrag zugunsten Dritter könnte idealerweise dazu führen, dass sich die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer anders als im reinen Fall des § 656d BGB nicht auch noch um die hälftige Courtage erhöht. In jedem Fall erhöht sich die Berechnungsgrundlage für die notariellen Gebühren.

## E. De lege ferenda

Der nicht eben geringen Mäkelei an der neuen Makeleiregelung darf berechtigterweise der Einwand entgegengehalten werden, dass der Autor es – natürlich ungeachtet fehlender Rechtsetzungskompetenz – erst einmal besser machen sollte. Diese Herausforderung wird hiermit angenommen.

Es sei an dieser Stelle alternativ eine einzige neue Vorschrift im BGB vorgeschlagen, gänzlich ohne Verweise und sachlogisch getrennt vom Heiratsvermittler, flankiert von einer kleinen Regelung im GrEStG. Dieser Vorschlag ist ausdrücklich verbunden mit der Einladung zu Kritik und Verbesserungsvorschlägen.<sup>8</sup>

### Untertitel 3: Immobilienmakler

#### § 655f BGB Regelung für den Immobilienmakler

*(1) Ein Maklerauftrag in Bezug auf Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte (Immobilien) bedarf der Angabe des geschuldeten Maklerlohns (Courtage) oder seiner Berechnung und der Textform.*

Die Textform wird nicht mehr willkürlich auf einzelne Immobilienvermakelungen beschränkt, sondern gilt generell. Der konkrete Courtaganteil sollte wegen der regelmäßig erheblichen absoluten Höhe immer festgelegt werden, um späteren Streit zu vermeiden. Der Verständlichkeit halber und dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend wird hier zugleich erstmals im BGB die Immobilie legaldefiniert.

*(2) Wurde ein Makler von beiden Parteien eines Kaufvertrags beauftragt, ist der zeitlich zweite Auftraggeber zur Zahlung höchstens der hälftigen Courtage verpflichtet.*

Eine einheitliche Regelung ist für jeden Immobilienkaufvertrag wünschenswert, an dem Verbraucher beteiligt sind (zur Möglichkeit der Abweichung für Unternehmer kommen wir noch). Eine Beschränkung auf bestimmte Immobilienarten erfolgt nicht. Der zweite Auftraggeber wird immer davor geschützt, einen Makler vollständig bezahlen zu müssen, der originär im Interesse der anderen Partei seine Arbeit aufgenommen hat. Einen Zwang zur Halbteilung gibt es nicht. Es darf – wenngleich praktisch sicher

eher selten – auch der erste Auftraggeber 75 % zahlen, was nach der aktuellen Regelung ohne ersichtlichen Grund nur im Falle des § 656d BGB möglich ist.

*(3) Wurde ein Makler nur von einer Partei beauftragt, darf die Pflicht zur Courtagzahlung höchstens zur Hälfte unter Angabe des konkreten Betrages im notariellen Vertrag auf die andere Partei übertragen werden.*

Dieser Fall wird zwar praktisch nie eintreten, aber die Regel ist zur Verhinderung von Umgehungsfällen gleichwohl nötig. Es wird deutlich gemacht, dass zum Schutz des zweiten Schuldners der notarielle Vertrag die Schuldübernahme enthalten muss.

*(4) Der zeitlich zweite Auftraggeber ist erst zur Zahlung verpflichtet, wenn ihm die erfolgte Zahlung des ersten Auftraggebers mittels Bankbestätigung nachgewiesen wurde.*

Das Konzept, dass der schützenswerte – zweite – Auftraggeber erst zahlt, wenn auch der andere gezahlt hat, wird auf alle Fälle ausgeweitet. Die Zahlungspflicht als solche entsteht überhaupt erst mit der erfolgten Zahlung. Die Art des Zahlungsnachweises wird genannt. Barzahlung ist damit ausgeschlossen – ein kleiner Beitrag im Kampf gegen Schwarzgeld und Geldwäsche.

*(5) Die Rückzahlung der ersten Zahlung führt zum Entfall der zweiten Zahlungspflicht und zum Anspruch gegen den Makler auf Erstattung eines Betrages in Höhe der gezahlten Courtage. Der Makler hat eine Rückzahlung unverzüglich der anderen Partei mitzuteilen.*

Effektiver Schutz vor Umgehung. Auskunftspflicht für alle Fälle und damit verbunden die Strafbarkeit des Maklers wegen Betrugs, wenn die Auskunft falsch oder nicht erteilt, der Käufer getäuscht und damit zum Verzicht auf sein Rückforderungsrecht verleitet wird. Ein gesondertes Ordnungswidrigkeitsrecht, wie vergeblich von den Grünen gefordert, wird so überflüssig. Außerdem wird ein originärer Zahlungsanspruch des Käufers begründet, der nicht auf das Bereicherungsrecht zurückgeworfen ist.

*(6) Abweichungen dürfen nur zu Lasten von Unternehmern vereinbart werden.*

Statt dem kaufenden Verbraucher als Voraussetzung für die Anwendung nachfolgender Regelungen einen eigenen Paragraphen zu widmen, wird der Verbraucherschutz zum Standard gemacht. Auf die jede verständliche Gesetzeslektüre erheblich belastenden Verweise kann so vollständig verzichtet werden. Die gesamte Verbindlichkeit der Regelungen und zugleich die einzige Ausnahme davon werden in einem einzigen verständlichen Satz geregelt.

#### § 9 Abs. 4 neu GrEStG

*(4) Von der Gegenleistung ist eine vom Verkäufer zu zahlende Maklercourtage abzuziehen, wenn diese im Kaufvertrag wiedergegeben wird.*

Der Vertrag muss eine Courtageregelung enthalten, damit für das Finanzamt bei der Bemessung der Grunderwerbsteuer die Tatsachen aufgedeckt sind, die zu einer Reduktion der Courtage führen. Die Erhöhung der Grunderwerbsteuer durch die Neuregelung wird vermieden.

<sup>8</sup> Dieser Vorschlag wird nicht perfekt sein, auch wenn ihn mehrere Kollegen begutachtet haben. Gute Gesetze sollten immer das Werk von offener Kollaboration sein, idealerweise von Personen, die eine theoretische wie praktische Expertise im betroffenen Gebiet haben. Gesetze aus der Ministerialbürokratie, an denen allein von Lobbyverbänden im Rahmen der vertretenen Eigeninteressen Veränderungen vorgeschlagen werden, können an diesem Ideal nur scheitern.

## F. Zusammenfassung

Hier wurde ein überschaubar komplexes Thema unnötig kompliziert geregelt, sowohl in der Form (mit vielen Verweisungen) als auch im Inhalt. Das bereits kritikwürdige Ziel, nur bestimmte Erwerber unter den Schutz des Gesetzes zu stellen, wird dabei gleich doppelt verfehlt: In bestimmten schützenswerten Konstellationen entfällt der Schutz, in anderen erfasst er auch gezielt nicht schützenswerte Erwerber. Von zwei Regelungen ist es darüber hinaus ausgerechnet diejenige, welcher in der Praxis gar

keine Bedeutung zukommen wird, die als einzige einen halbwegs wirksamen Umgehungsschutz zum Inhalt hat.

Seufz.



Dr. Jens Jeep  
ist Notar in Hamburg  
E-Mail: jeep@rathausmarkt.de

Wir haben die richtige GmbH oder GmbH & Co. KG für Sie und Ihre Mandanten:  
**Reservierung heute, Beurkundung morgen bei einem Notar Ihrer Wahl.**

### Die Gesellschaft

- ✓ ist im Handelsregister eingetragen und sofort verfügbar,
- ✓ hat keine Tätigkeit nach Gründung entfaltet und
- ✓ das Stammkapital ist voll eingezahlt.



### Das garantieren wir:

**Die DNotV GmbH,  
das Serviceunternehmen des  
Deutschen Notarvereins.**

*Unsere Kontaktdaten, Muster, Formulare,  
einen ausführlichen Leitfaden sowie den  
Online-Fragebogen finden Sie unter  
[www.vorratsgesellschaften.dnotv.de](http://www.vorratsgesellschaften.dnotv.de)*