

# Wer kommt für Auslagen auf?

Immer wieder kommt es vor, dass Kaufinteressenten die Liegenschaft doch nicht kaufen. Im ungünstigsten Fall hat der Makler bereits das Notariat aufgefordert, die entsprechenden Verkaufsunterlagen auszuarbeiten. Wer zahlt?



Makler bewegen sich zu weilen auf unsicherem rechtlichen Terrain, bis die verschiedenen Verträge rechtsgültig sind (Bild: istockphoto).

*PETER BURKHALTER & BORIS GRELL\** • .....

**SACHVERHALT.** Nachfolgende Begebenheit brachte uns ein Leser der *Immobilien* zur Kenntnis: Ein Makler im Grossraum Zürich schloss mit einem Kunden einen Vertrag über die Vermittlung eines geeigneten Hauses ab. Im schriftlich abgeschlossenen Maklervertrag war vorgesehen, dass der Makler Ersatz erhält für Aufwendungen, die im Zusammenhang mit seiner Maklertätigkeit stehen und unabhängig vom Abschluss eines Kaufvertrages zu vergüten sind. In der Folge konnte der Makler dem Kunden ein passendes Grundstück vermitteln und übermittelte dem Notariat den bereits in den Grundzügen ausgearbeiteten Kaufvertrag mit Blick auf dessen öffentliche Beurkundung. Kurze Zeit später wollte der potenzielle Käufer den besagten Kaufvertrag jedoch nicht mehr abschliessen aus Gründen, die er selber zu verantworten hatte. Der Makler teilte den entsprechenden Verzicht dem Notariat mit, worauf dieses dem Makler die angefallenen Gebühren in Rechnung stellte.

Der Makler forderte das Notariat auf, die Rechnung auf den potentiellen Kunden und nicht auf ihn als Makler auszustellen, zumal er als Makler nicht Auftraggeber und dementsprechend auch nicht Rechnungsadressat sei. Dieser Ansicht widersprach das Notariat und stellte sich auf den Standpunkt, dass der Makler der Gebührenschuldner sei, weil der Makler die entsprechende Amtshandlung verlangt habe. Zudem argumentierte das Notariat mit Art. 413 Abs. 3 OR, wonach – vorbehaltlich einer anderslautenden Vereinbarung im Maklervertrag – der Makler das Risiko trage, sämtliche (vergeblich) getätigten Aufwendungen selber tragen zu müssen. Auch liege es nicht am Notariat (als Nicht-Vertragspartei) zu überprüfen, ob dem Makler im Maklervertrag ein Aufwendungsersatz zugesichert worden sei, falls das Kaufgeschäft nicht zustande kommt.

**RECHTSGRUNDLAGEN.** Was «Aufwendungen» im Sinne Art. 413 Abs. 3 OR sind und daher dem Makler – bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung –

erstattet werden müssen, ist in der Rechtslehre umstritten. Insbesondere ist nicht klar, ob damit nur Barauslagen oder auch Arbeitsentgelt gemeint sind. Die herrschende Lehre wird wohl nur Barauslagen, z. B. Reise- und Insertionskosten, ersetzen, nicht aber Zeitverluste oder Löhne für die eigenen Angestellten, falls eine genaue vertragliche Umschreibung fehlt. Insoweit sollten jedoch Gebühren des Notariates oder Grundbuchamtes auch ohne spezifische Nennung von diesem vertraglichen Auslagenersatz umfasst sein.

Demgegenüber schwieriger zu entscheiden ist die Frage, ob der Makler oder der zurücktretende Kaufinteressent Auftraggeber und somit Rechnungsadressat der besagten Dienstleistungen des Notariates ist. Das Notariatsgesetz des Kantons Zürich (LS 242) sieht in § 29 Abs. 1 nur lapidar vor, dass die Gebühren von der Person geschuldet werden, welche die Amtshandlung verlangt hat. Nähere Angaben zu dieser Person oder zu den Umständen, unter denen solche Amtshandlungen verlangt werden können, können

dem Gesetz nicht entnommen werden. Wie sich zeigte, scheinen die Notariate / Grundbuchämter aber zunehmend vorsichtiger zu agieren, wenn es um die Abgeltung ihrer Vorarbeiten geht. Schlechte Erfahrungen mit zahlungsunwilligen oder zahlungsunfähigen Käufern können eine solch restriktive Interpretation des «Auftraggebers» nach § 29 Abs. 1 des Notariatsgesetzes aus einer praktischen Perspektive zumindest erklären. Gleichwohl muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass der Gesetzestext nicht ausschliesst, dass sich die entsprechende Person beim Begehren zur Vornahme einer Amtshandlung durch einen Bevollmächtigten, z. B. einen Makler, vertreten lassen kann. Ebenso darf nicht vergessen werden, dass die verlangte Amtshandlung von der Bezahlung oder Sicherstellung der Gebühren und Auslagen abhängig gemacht werden kann, wenn vorauszusehen ist, dass diese nicht erhältlich sind oder ihr Inkasso mit Schwierigkeiten verbunden ist (vgl. § 14 der Verordnung über die Notariatsgebühren).

#### SCHLUSSFOLGERUNGEN UND EMPFEHLUNGEN.

Die Haltung des Notariates, stets den Makler als Auftraggeber (und somit als Rechnungsadressaten) einer verlangten Amtshandlung zu bezeichnen, ist verständlich, greift jedoch zu kurz und ist unverhältnismässig, weil die anderen Möglichkeiten zur Sicherstellung der Gebühreinzahlung nicht ausgeschöpft

werden. Soweit sich z. B. ein Makler beim Notariat als Bevollmächtigter eines Kaufinteressenten zu erkennen gibt, muss die Ausstellung der Gebührenrechnung auf den Namen des Kaufinteressenten daher grundsätzlich möglich sein.

Sollten Zweifel über das Vertretungsverhältnis des Maklers bestehen, kann das Notariat vom Makler (allenfalls auch nachträglich) eine Vollmacht des vermittelten Käufers einfordern, in dessen Namen den Kaufvertrag durch das Notariat ausarbeiten zu lassen. Demgegenüber reicht eine zu allgemeine Vollmacht im Maklervertrag, die dem Makler z. B. eine uneingeschränkte Einsicht in das Grundbuch oder die Kontaktaufnahme mit den involvierten Behördenstellen erlaubt,

**» Um das Risiko zu minimieren, kann der potenzielle Käufer gleich selbst dem Notariat den Auftrag zur Erstellung der Kaufvertragsunterlagen erteilen.«**

wohl nicht aus, damit das Notariat den Kunden des Maklers als Auftraggeber nach § 29 Abs. 1 Notariatsgesetz (und somit als Rechnungsadressaten) anerkennen muss. Bestehen Anzeichen, dass die Zahlungsfähigkeit oder Zahlungswilligkeit des Kaufinteressierten fraglich ist,

könnte das Notariat die Ausarbeitung des Kaufvertrages von einer Vorauszahlung abhängig machen, für den Fall, dass das Kaufgeschäft in der Folge trotzdem nicht vollzogen werden sollte. Dabei beträgt im Kanton Zürich die entsprechende Gebühr die Hälfte der für die öffentliche Beurkundung eigentlich geschuldeten Gebühr resp. höchstens CHF 2 000 (vgl. § 1 Ziff. 11 der Notariatsgebührenverordnung des Kantons Zürich, LS 243).

Um das Risiko des Maklers zu minimieren, für die Auslagen des abgesprungenen Käufers gegenüber dem Notariat eintreten zu müssen, kann natürlich der potenzielle Käufer gleich selbst dem Notariat den Auftrag zur Erstellung der Kaufvertragsunterlagen erteilen. Aus der Perspektive des Maklers als Dienstleister, empfiehlt es sich aber, den Maklervertrag mit einer Klausel zu versehen, wonach der Makler im Falle einer erfolgreichen Vermittlung beim Notariat die Vorbereitung des entsprechenden Kaufvertrages im Namen des Kunden verlangen darf. Will jedoch der Makler den Maklervertrag dem Notariat nicht offen legen oder scheut der Makler das Risiko, dass das zuständige Notariat die besagte Bevollmächtigung gleichwohl als nicht genügend klar erachtet, empfiehlt es sich, diesbezüglich mit dem zuständigen Notariat/Grundbuchamt vor der konkreten Auftragserteilung Rücksprache zu nehmen, ob eine solche Vollmacht ausreichend ist oder eine Spezialvollmacht benötigt wird. ●



**\*PETER BURKHALTER & BORIS GRELL**

Dr. Peter Burkhalter (links) und Dr. Boris Grell sind Rechtsanwälte bei Hodler & Emmenegger in Bern und Zürich ([www.hodler.ch](http://www.hodler.ch))

#### ANZEIGEN

swiss  
/// valuation group

## Wir bewerten Immobilien

Immobilienportfolios und Einzelobjekte

Swiss Valuation Group AG | [www.valuationgroup.ch](http://www.valuationgroup.ch)

Basel 061 301 88 00

Bern 031 331 80 22

Zürich 044 380 42 00

und assoziierte Mitarbeiter in St. Gallen, Genf und Lugano