

MAKLERRECHT

**Zulässigkeit der vertraglichen
Überwälzung der Maklerprovision
auf den Vorkaufsberechtigten**

» ImmoZak 2022/34

§ MaklerG: §§ 6, 7
ABGB: §§ 1072 ff

OGH 1. 6. 2022, 5 Ob 49/22z

Hat die in den Kaufvertrag eintretende Vorkaufsberechtigte im Kaufvertrag mit der Eigentümerin der Liegenschaft vereinbart, dass sie sich als „Käufer“ verpflichte, der Maklerin die im Vertrag der Höhe nach festgelegte „käuferseitige“ Provision zu zahlen, wobei die Parteien vertraglich ausdrücklich festhielten, dass es sich hierbei um einen „echten Vertrag zugunsten des genannten Maklers als Dritter“ handle, begegnet die Beurteilung der Vorinstanzen, dass bereits diese ihrem Wortlaut nach klare Vertragsbestimmung das Zahlungsbegehren der Maklerin rechtfertige, keinen Bedenken. War die Maklerin unstrittig für den Abschluss des ursprünglichen, wegen des einverlebten Vorkaufsrechts bedingt abgeschlossenen Kaufvertrags verdienstlich, und enthielt bereits der Kaufvertrag mit der Erstkäuferin die wortgleiche Klausel über die Maklerkosten, die die Bekl schließlich in ihrem Kaufvertrag ebenfalls selbst mit der Eigentümerin vereinbarte und kam der Kaufvertrag mit der Erstkäuferin unstrittig durch ein verdienstliches Tätigwerden der Maklerin zustande, sodass dieser Kaufvertrag das Vorkaufsrecht auslöste, hätte letztlich die Bekl ohne diese „Leistung“ die Liegenschaft nicht erhalten. Auch insofern ist (ebenso wie in Anbetracht der Kalkulation des insgesamt für die Liegenschaft zu zahlenden Preises) eine „Benachteiligung“ der Bekl im Vergleich zur Erstkäuferin nicht erkennbar. Dass die Verkäuferin unabhängig von der Maklerprovision „immer denselben Kaufpreis“ erhält, ist ebenfalls kein Grund dafür, diese Kostenregelung als unbillig anzusehen, denn es ist anzunehmen, dass beim Aushandeln des Kaufpreises sowohl auf Verkäufer- wie auf Käuferseite jeweils auch die Maklerprovision Berücksichtigung fand. Aus welchem Grund hier die Kosten der Maklerin als „frustrierte Vertragserrichtungskosten“ zu qualifizieren sein sollten, ist nicht ersichtlich. Daran ändert auch die sogenannte „Fremdkörper“-Rsp, nach der ein Vorkaufsberechtigter eine Klausel, die wegen drohender Ausübung des Vorkaufsrechts in den Drittvertrag aufgenommen wurde und außerhalb des drittvertraglichen Synallagmas steht, nicht übernehmen muss, nichts. Ein Vorbringen des Maklers, dass die Eigentümerin den Vertrag mit der Erstkäuferin nicht auch ohne die strittige Klausel abgeschlossen hätte, ist nicht erforderlich.

Anmerkung:**1. Kein Provisionsanspruch des Maklers gem §§ 6, 7 MaklerG bei Ausübung eines Vorkaufsrechts**

Der Makler hat Anspruch auf Provision, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:¹

- Abschluss eines **Maklervertrags** mit dem Auftraggeber
- Vertragsgemäße **verdienstliche Tätigkeit** des Maklers
- **Vermittlungserfolg** (rechtswirksamer Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts oder Abschluss eines zweckgleichwertigen Geschäfts)
- Vermittlungstätigkeit muss **kausal** und **adäquat** sein. Es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Vermittlungserfolg und Geschäftsabschluss vorliegen (adäquater Kausalzusammenhang). Der Makler muss den Geschäftsabschluss konstruktiv mitverursacht haben, die Kausalität darf nicht zufällig sein.

Zwei Voraussetzungen für einen Provisionsanspruch nach den §§ 6, 7 MaklerG sind dem Sachverhalt der Entscheidung nach **nicht erfüllt**.

Erstens: Der Makler war nicht verdienstlich (iS eines Vermittlungserfolgs) tätig. Der Vorkaufsberechtigte ist aufgrund seiner Rechtsposition nicht auf die Vermittlungstätigkeit des Maklers angewiesen. Beide – Liegenschaftsverkäufer und Vorkaufsberechtigter – kennen sich als potenzielle Vertragspartner spätestens seit Abschluss der Vorkaufsvereinbarung. Wie beim Eigengeschäft ist ein für den Provisionsanspruch erforderliches Vermitteln des Maklers zwischen dem Liegenschaftsverkäufer und dem Vorkaufsberechtigten nicht möglich. „Vermitteln“ iSd § 1 MaklerG bedeutet, zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen.² Dass der Vorkaufsberechtigte sein Recht erst ausüben kann, wenn das verbindliche Angebot eines Kaufinteressenten vorliegt, das allenfalls der Makler vermittelt hat, ist richtig, aber kein überzeugendes Argument für einen Provisionsanspruch des Maklers gegenüber dem Vorkaufsberechtigten. Die Tätigkeit des Maklers mag dann zwar kausal für den Abschluss des Kaufvertrages zwischen dem Liegenschaftsverkäufer und dem Vorkaufsberechtigten gewesen sein, vermittelt zwischen dem Liegenschaftsverkäufer und dem Vorkaufsberechtigten hat der Makler dennoch nicht. Die beiden kannten sich ohne das Zutun des Maklers als potenzielle Vertragspartner.

Zweitens: Selbst wenn man mit der Vermittlung des Erstkäufer eine verdienstliche Tätigkeit des Maklers bejahen würde, fehlt zum Zeitpunkt der Erbringung der verdienstlichen Tätigkeit eine weitere Grundvoraussetzung für den Provisionsanspruch:

Der Maklervertrag. Um einen Provisionsanspruch zu begründen, muss die verdienstliche Tätigkeit während des aufrechten Maklervertrags erbracht werden. Liegenschaftsverkäufer und Käufer haben aber den Maklervertrag iS eines echten Vertrags zugunsten des Maklers (lange) nach Vermittlung des Erstkäufer abgeschlossen.

2. Echter Vertrag zugunsten Dritter

Freilich steht es dem Vorkaufsberechtigten frei, sich in einem echten Vertrag zugunsten Dritter dem Liegenschaftsverkäufer gegenüber zu einer **freigiebigen Leistung** an einen Makler zu verpflichten; insofern ist die Entscheidung des OGH im Ergebnis richtig. Was stört ist, dass die Entscheidung, insb durch das Referenzieren auf die Argumentation und Beurteilung der Vorinstanzen sowie der Verwendung der maklerrechtlichen Diktion (etwa Provision, verdienstliche Tätigkeit), suggeriert, dass der Makler gegenüber dem Vorkaufsberechtigten einen Provisionsanspruch nach dem MaklerG hat; hat er aber eben nicht.

3. Keine Entschädigung gem § 15 Abs 1 Z 4 MaklerG

Im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten kann der Makler die Erwerberprovision (bei Doppelmaklertätigkeit) auch nicht durch eine Provisionsvereinbarung gem § 15 MaklerG für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs retten. Eine Vereinbarung gem § 15 Abs 1 Z 4 MaklerG, wonach der Auftraggeber des Maklers, etwa als Entschädigung oder Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltung, auch ohne einen dem Makler zurechenbaren Vermittlungserfolg einen Betrag zu leisten hat, wenn das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten zustande kommt, weil ein vertragliches Vorkaufsrecht ausgeübt wird, verschafft dem Makler nur auf der Abgeberseite eine Provisionsabsicherung, nicht auf Erwerberseite.³

4. Kein Verwendungsanspruch gem § 1042 ABGB

Im Übrigen steht dem Makler gegenüber dem Vorkaufsberechtigten auch kein Verwendungsanspruch gem § 1042 ABGB zu: Der Vorkaufsberechtigte ist durch das Vorkaufsrecht gerechtfertigt. Er nutzt sein Recht aus und nicht die Leistung des Maklers.

Bleibt dem Makler – wenn er mit einem Vermittlungsobjekt konfrontiert ist, das durch ein Vorkaufsrecht belastet ist – weiterhin einzig die Möglichkeit, die Erwerberprovision dadurch abzusichern, dass er diese gem § 12 Abs 2 ImmMV durch Vereinbarung auf den Abgeber überwälzt.

Karl Weilharterner

¹ 2 Ob 91/10m = wobl 2011/130 (Kothbauer).

² 8 Ob 46/10p = wobl 2011/70 (Kothbauer).

³ Vgl Kothbauer in GeKo Wohnrecht II § 15 MaklerG Rz 35 mwN.

LexisNexis® Bibliotheksservice – Bibliotheken kompetent beraten!
1020 Wien | Trabrennstraße 2A | Tel.: +43-1-53452-0 | Fax: +43-1-53452-141