

immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Mietrecht

**Lagezuschlag am
Stadtrand Wiens**

Wohnungseigentumsrecht

**Solaranlagen im
Wohnungseigentum**

Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht

**Konnexe Zusatzgeschäfte
nach § 7 Abs 4 WGG**

Liegenschaftsrecht

**Realteilung des Erbrechts
– Eigentumswohnung**

Immobilienbesteuerung

**Grunderwerbsteuerrisiko
bei Einräumung eines
Superädifikats**

Forum Immobilitreuhänder

**Zur Mietzinsminderung
wegen fehlenden
Elektrobefunds**



IMMOLEX.MANZ.AT

ISSN 1605-2536 Österreichische Post AG MZ 02Z032704 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Anspruch des Maklers gegen Vorkaufsberechtigte

immolex 2022/196

§ 6 MaklerG

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

Vorkaufsberechtigte; Vertrag zugunsten Dritter

Kommt ein Kaufvertrag über eine Liegenschaft mit der Erstkäuferin unstrittig durch ein verdienstliches Tätigwerden der Maklerin zustande und löst dieser Kaufvertrag das Vorkaufsrecht aus, ist offensichtlich, dass die Vorkaufsberechtigte ohne diese „Leistung“ die Liegenschaft nicht erhalten hätte.

Sachverhalt:

Die Kl ist Immobilienmaklerin. Die Eigentümerin einer Liegenschaft, auf der zugunsten der Bekl ein Vorkaufsrecht einverleibt war, beauftragte die Kl mit der Verwertung ihrer Liegenschaft, diese machte eine Käuferin namhaft. Am 27. 10. 2020 schlossen die Eigentümerin und diese Käuferin einen – durch die Nichtausübung des Vorkaufsrechts der Bekl aufschiebend bedingten – Kaufvertrag über die Liegenschaft zum Preis von € 42.960.000,-. Die Bekl nahm ihr Vorkaufsrecht wahr und trat am 2. 12. 2020 durch Abschluss eines eigenen Kaufvertrags mit der Eigentümerin in den Vorkaufsfall ein. Sowohl der Kaufvertrag vom 27. 10. 2020 als auch der vom 2. 12. 2020 enthält in seinem Punkt 11.3. folgende Klausel: „Der Käufer verpflichtet sich weiters, die käuferseitige Provision des Maklers Ö* GmbH in Höhe von € 204.875,- zuzüglich USt zu bezahlen. Die Regelung in diesem Punkt 11.3. stellt einen echten Vertrag zugunsten des genannten Maklers als Dritter dar.“

Die Kl begehrte von der Bekl die Zahlung der Provision gemäß Punkt 11.3. des Kaufvertrags.

Die Bekl wendete ein, der Kaufvertrag vom 2. 12. 2020 sei nach wirksamer Ausübung des Vorkaufsrechts in Notariatsaktsform abgeschlossen worden und die Kl sei dabei nicht eingebunden gewesen. Die Kl habe den Vertragsabschluss weder in verdienstvoller Weise gefördert noch motivierend auf die Entschlussbildung eingewirkt. Eine Vorkaufsberechtigte sei an erschwerende Nebenbestimmungen nicht gebunden. Durch die Maklerklausel werde ein sittenwidriges Ungleichgewicht zulasten der Bekl hergestellt.

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt.

Das BerG gab der Ber der Bekl dagegen nicht Folge und ließ die Rev zu, weil zur Frage der Bindung des Vorkaufsberechtigten an eine Maklerprovisionsklausel hgRsp fehle.

Die Rev ist mangels einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig.

Aus der Begründung:

Ob ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, kann nur dann eine erhebliche Rechtsfrage aufwerfen, wenn infolge einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielt wurde (vgl. RIS-Justiz RS0042936; RS0042776 ua).

Ein echter Vertrag zugunsten Dritter liegt vor, wenn aufgrund einer Vereinbarung ein an dieser nicht beteiligter Dritter nicht nur Leistungsempfänger sondern Forderungsberechtigter sein soll (RS0017149). Ob ein Forderungsrecht des Dritten entsteht, ist gem § 881 Abs 2 Satz 1 ABGB aus der Vereinbarung und nach Natur und

Zweck des Vertrags zu beurteilen. Ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden die Erfüllung des zu seinen Gunsten abgegebenen Versprechens zu fordern, hängt von dem Parteiwillen ab (RS0017137 [T 2]); es ist dies eine Auslegungsfrage. Nach der Zweifelsregelung des § 881 Abs 2 Satz 2 ABGB liegt ein echter Vertrag zugunsten Dritter dann vor, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteil gereichen soll (RS0017145).

Die Bekl hat im Kaufvertrag vom 2. 12. 2020 mit der Eigentümerin der Liegenschaft vereinbart, dass sie sich als „Käufer“ verpflichte, der nun Kl Maklerin die im Vertrag der Höhe nach festgelegte „käuferseitige“ Provision zu zahlen, wobei die Parteien im Punkt 11.3. ausdrücklich festhielten, dass es sich hierbei um einen „echten Vertrag zugunsten des genannten Maklers als Dritter“ handle. Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass bereits diese ihrem Wortlaut nach klare Vertragsbestimmung das Zahlungsbegehren der Kl rechtfertige, begegnet keinen Bedenken. Für eine Anwendung des § 915 ABGB, wie sie die Bekl fordert, besteht kein Raum, weil diese Vertragsklausel keine „Lücke“ aufweist. Der Umstand, dass die konkret bezifferte Maklerprovision als „käuferseitig“ bezeichnet wird, lässt sich – entgegen der Ansicht der Bekl – nicht dahin interpretieren, dass sie „nur dann“ zu zahlen sein sollte, „wenn sie käuferseitig anfällt“. Die wortgleiche Klausel enthielt auch der Vertrag mit der von der Kl namhaft gemachten Erstkäuferin, woraus sich ebenfalls zeigt, dass die Vertragsteile im Kaufvertrag die vom Käufer zu leistende Provision festlegten und vereinbarten. Dass auch die Verkäuferin eine Maklerprovision zu zahlen gehabt hätte, wurde im Verfahren nie behauptet, weshalb auch die Schlussfolgerung des BerG, dass diese Vereinbarung für die Eigentümerin den erkennbaren wirtschaftlichen Vorteil der Kostentragung durch die Käuferseite habe, nicht zu beanstanden ist. Schon das ErstG wies im Übrigen in seiner rechtlichen Beurteilung zutreffend darauf hin, dass diese Kosten ebenso wie der Kaufpreis selbst bei der Ausübung des Vorkaufsrechts kalkulierbar waren und für die Vorkaufsberechtigte auch nicht nachteilig im Vergleich zur Erstkäuferin seien.

Zum Einwand der Bekl, diese Vertragsbestimmung sei unwirksam, hat das BerG bereits ausführlich begründet, aus welchen Gründen davon hier nicht die Rede sein kann. Der RevWerberin gelingt es nicht, eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung aufzuzeigen. Sie argumentiert neuerlich, das Entgelt für die Leistung des Maklers sei kein Entgelt für die Liegenschaft, sondern eine „unwesentliche Gegenleistung“, die vom Vorkaufsberechtigten nicht zu übernehmen sei, weil sie „nicht im Synallagma“ stehe. Damit übergeht sie aber einerseits die Tatsache, dass die Kl unstrittig für den Abschluss des ursprünglichen, wegen des einverlebten Vorkaufsrechts bedingt abgeschlossenen Kaufvertrags verdienstlich war, und andererseits den Umstand, dass bereits der Kaufvertrag mit der Erstkäuferin die wortgleiche Klausel über die Maklerkosten enthielt, die die Bekl schließlich in ihrem Kaufvertrag ebenfalls selbst mit der Eigentümerin vereinbarte. Dass die im ursprünglichen Kaufvertrag geregelte Kostentragung nicht wirksam gewesen wäre, behauptet die Bekl aber selbst nicht. Wenn die RevWerberin meint, die Erst-

käuferin hätte im Unterschied zu ihr als Vorkaufsberechtigte „eine zusätzliche Maklerleistung“ erhalten, so übersieht sie wiederum, dass der Kaufvertrag mit der Erstkäuferin unstrittig durch ein verdienstliches Tätigwerden der Maklerin zustande kam und dass dieser Kaufvertrag das Vorkaufsrecht auslöste, sodass letztlich die Bekl ohne diese „Leistung“ die Liegenschaft nicht erhalten hätte. 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“ erhalte, ist – entgegen der Rechtsansicht der Bekl – ebenfalls kein Grund dafür, diese Kostentragungsregelung 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, vermag die Rev selbst nicht nachvollziehbar zu erklären. Soweit sie meint, der Kl sei der Entfall ihrer Provision bei Ausübung des Vorkaufsrechts „bewusst gewesen“ und sie habe dieses „Risiko auf sich genommen“, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt.

Auch der Hinweis der Rev auf die sog „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 (vgl RSO020188; 5 Ob 231/13a mwN), zeigt keine erhebliche Rechtsfrage auf. Nach diesen Entscheidungen muss trotz der Bestimmung des § 1077 ABGB der Vorkaufsberechtigte unwesentliche Nebenbedingungen des Kaufvertrags nicht übernehmen, wenn die Vertragsgestaltung des mit dem Dritten geschlossenen Verkaufs dazu benutzt wird, durch den Einbau von „Fremdkörpern“ in den Vertrag, die außerhalb der bei gegenseitigen Verträgen zwingenden Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung und/oder sonstigen vertragstypischen Elementen stehen, dem Vorkaufsberechtigten den Erwerb verleiden oder sein Recht ins Leere laufen lassen sollen. Das soll allerdings nicht für Absprachen gelten, die dem Vorkaufsverpflichteten Vorteile bringen. Ganz grundsätzlich darf das Interesse des Verpflichteten, nur nach Maßgabe seiner Vorstellungen verkaufen zu wollen, nicht unberücksichtigt bleiben, sodass auf diesem Wege letztlich nur Tatbestände gezielter Umgehung erfasst werden sollen (5 Ob 231/13a mwN). Auch mit dieser Rsp und den Grundsätzen der deutschen L und Rsp zu diesem Thema hat sich das BerG eingehend und frei von Rechtsirrtum auseinandergesetzt (§ 510 Abs 3 ZPO), weshalb weitere Erörterungen dazu nicht erforderlich sind. Entgegen der Auffassung der Rev/Werberin war die Kl im Übrigen auch nicht gehalten zu behaupten, dass die Eigentümerin den Vertrag mit der Erstkäuferin „nicht auch ohne die strittige Klausel abgeschlossen hätte“. Umgekehrt zeigt sie nicht auf, weshalb die vereinbarte Kostentragung durch die Käuferseite für die Eigentümerin nicht vorteilhaft gewesen, sondern gezielt zum Nachteil der beklagten Vorkaufsberechtigten vereinbart worden sein sollte.

Die Bestimmung des § 15 MaklerG bietet eine gesetzliche Grundlage für Vereinbarungen, die es dem Makler ermöglichen, auch für bestimmte Fälle des fehlenden Vermittlungserfolgs von seinem Auftraggeber eine entsprechende Vergütung zu verlangen; ohne eine solche Vereinbarung mit dem Auftraggeber hat der Makler ohne Vermittlungserfolg grundsätzlich keinen Provisionsanspruch (Gartner/Karandi, Maklergesetz³ § 15 Rz 3). Gem § 15 Abs 1 Z 4 MaklerG kann der Auftraggeber mit dem Makler einen Vergütungsanspruch vereinbaren, wenn das Geschäft mit dem vermit-

telten Dritten deswegen nicht zustande kommt, weil ein gesetzliches oder vertragliches Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrecht ausgeübt wird. Diese Bestimmung betrifft jedoch nur das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Makler. Für die Frage der Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung über die Zahlung einer der Höhe nach festgelegten Maklerprovision durch den Käufer eines Objekts hat sie hingegen keine Bedeutung. Auch darauf ist das BerG in seiner Entscheidung ausführlich und zutreffend eingegangen.

Anmerkung:

Die Maklerin begehrt von der vorkaufsberechtigten Zweitkäuferin die Zahlung der „Provision“. Das ist insofern beachtlich, als der Maklervertrag, der Voraussetzung für einen Maklerprovisionsanspruch ist, augenscheinlich nur mit der Verkäuferin geschlossen wurde.

Durch die in dem Kaufvertrag verwendete Klausel 11.3. wurde der Käuferin die Tragung dieser Kosten auferlegt. Diese Vertragsbestimmung ist durch Bezugnahme auf die „käuferseitige Provision“ einigermaßen irritierend, könnte man daraus doch ableiten, es hätte auch aufseiten der Verkäuferin eine zu zahlende Maklerprovision gegeben. In Wahrheit sollte diese tautologisch anmutende Formulierung wohl schlichtweg zum Ausdruck bringen, dass die Käuferin die Kosten der Maklerin zu tragen habe.

Fraglich ist, auf welche Rechtsgrundlage sich das Zahlungsbegehren stützt. Der zweite Teil der Klausel führt nämlich an, der vorliegende Kaufvertrag sei ein echter Vertrag zugunsten der Maklerin. Laut (Vorinstanzen und) OGH rechtfertigt diese Klausel das Zahlungsbegehren der Maklerin.

Das ist insofern beachtlich, als der OGH in weiterer Folge die Verdienstlichkeit der Maklerin prüft und bejaht. Wenn aber die Rechtsgrundlage ein echter Vertrag zugunsten der Maklerin und eben kein zwischen den Streitparteien abgeschlossener Maklervertrag sein sollte, dann handelt es sich streng genommen um keine vertragliche Provision iSd § 6 MaklerG. Die Prüfung der Verdienstlichkeit als Voraussetzung für die Berechtigung des Klagebegehrens wäre damit letztlich obsolet.

UE fußt das Zahlungsbegehren auf dem Maklervertrag (zwischen Kl und der Verkäuferin). Die Vertragsklausel 11.3. dürfte Ausdruck einer privativen Schuldübernahme sein, durch die die Käuferin die Provisionsverbindlichkeit der Verkäuferin gegenüber der Maklerin übernommen hat (aA offenbar Weilhartner, ImmoZak 2022/34, 67). Der Schuldeneintritt durch Schuldnervertrag (hier zwischen der Verkäuferin als Altschuldnerin und der Käuferin als Neuschuldnerin der Provision) ist nach überwiegender Ansicht kein echter Vertrag zugunsten Dritter (aA s bei Ertl in Rummel, ABGB³ § 1405 Rz 1 mwN), sondern bedarf es nach der Verfügungstheorie vielmehr der Einwilligung des Gläubigers (Maklerin). Die Einwilligung kann nach hM konkludent und entweder gegenüber dem Alt- oder dem Neuschuldner erklärt werden und dürfte vorliegend allerspätestens mit Klageerhebung erfolgt sein.

Hinsichtlich der Wirksamkeit der Überwälzung der Provision auf die vorkaufsberechtigte Zweitkäuferin dürften kaum Zweifel bestehen. Die Maklerin handelte für den Abschluss dieses Kaufvertrags verdienstlich, denn durch Namhaftmachung der Erstkäuferin und nachfolgenden Vertragsabschluss wurde der Vorkaufsfall ausgelöst. Die Klausel ist auch nicht benachteiligend, war doch die Höhe der zu zahlenden Provision bei Ausübung des Vorkaufsrechts – sie entspricht jener im ersten Kaufvertrag – kalkulierbar. Warum die Klausel der vorkaufsberechtigten Zweitkäuferin den Erwerb verleiden sollte, konnte sohin nicht dargelegt werden.

Dr. **Martin Stadlmann** ist RA in Wien und Partner der Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG. Dr. **Maximilian Max** ist RAA bei Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.