


Autor:	Joachim Wichert	Quelle:	
Anmerkung zu:	BGH v. 12.05.2016 I ZR 5/15	Fundstelle:	Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln MietRB 2016, 318-319
		Normen:	§ 464 BGB, § 465 BGB, § 577 BGB, § 655 BGB, § 2034 BGB
		Zitiervorschlag:	MietRB 2016, 318-319

Titelzeile**Muss der Vorkaufsberechtigte eines Erbteilkaufvertrags eine überhöhte Maklerprovision übernehmen?****Vorinstanz**

zu I ZR 5/15, KG - 10 U 11/14

zu I ZR 5/15, LG Berlin - 33 O 244/13

Leitsatz

Übt der Vorkaufsberechtigte eines Erbteilkaufvertrags sein Vorkaufsrecht aus, so muss er die dort vereinbarte Maklerprovision des Käufers nicht übernehmen, wenn diese unüblich hoch ist.

Das Problem Es geht um eine Erbschaft, die im Wesentlichen aus einer Immobilie in Berlin besteht. Die Erben sind zwei Brüder. Der eine Bruder verkauft seinen hälftigen Erbanteil unter Einschaltung eines Vermittlers an einen Dritten; der Kaufpreis beträgt 260.000 €. § 16 des Kaufvertrags legt fest, dass dieser durch den Vermittler zustande gekommen sei, dass der Käufer sich verpflichte, an den Vermittler ein Maklerhonorar i.H.v. 29.750 € für Beratung, wirtschaftliche Aufbereitung und Verkauf zu zahlen, und dass dieses Honorar im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts ebenfalls verdient und vom Vorkaufsberechtigten zu zahlen sei. Der zweite Bruder übt sein gesetzliches Vorkaufsrecht gem. §§ 2034 f. BGB aus, weigert sich aber, die Provision zu zahlen. Der Vermittler erhebt Klage. Das erstinstanzliche Gericht geht von einer ortsüblichen Provision i.H.v. 6 % nebst 19 % Umsatzsteuer aus.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH gibt dem Vorkaufsberechtigten Recht. Er muss die Maklerprovision trotz Ausübung des Vorkaufsrechts nicht zahlen.

Die Provisionszahlungspflicht des Vorkaufsberechtigten setze nach § 464 Abs. 2 BGB zunächst voraus, dass sie Bestandteil des Hauptvertrags zwischen dem Verkäufer und dem Erstkäufer sei; der bloße Maklervertrag des Verkäufers oder des Erstkäufers mit dem Makler reiche nicht aus. Dieses Erfordernis sei im Streitfall erfüllt.

Weiterhin müsse der Vorkaufsberechtigte die Maklerprovision aber nur dann übernehmen, wenn diese auch **wesensgemäß zum Kaufvertrag gehöre**. Das sei dann der Fall, wenn der Verkäufer ein eigenes Interesse an der Provisionszahlung des Käufers habe und sich die getroffene Provisionsvereinbarung im üblichen Rahmen halte.

Dagegen gehöre eine Maklerprovision entsprechend dem Rechtsgedanken des § 465 BGB nicht wesensgemäß zum Kaufvertrag, wenn sie **unüblich überhöht** sei (Verweis auf *Arnold* in Staudinger, BGB, Stand 2015, §§ 652, 653 BGB Rz. 120; *Ibold*, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rz. 100). So liege der Fall hier. Im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens sei das erstinstanzliche Gericht von einer ortsüblichen Provision i.H.v. 6 % des vereinbarten Kaufpreises

nebst 19 % Umsatzsteuer ausgegangen. Dies sei nicht zu beanstanden. Die tatsächlich vereinbarte Provision liege dagegen bei 9,62 % netto und 11,44 % brutto des vereinbarten Kaufpreises, sie sei damit unüblich überhöht. Eine Herabsetzung der Provision analog § 655 BGB sei nicht möglich (s. hierzu die Kommentierung MietRB 2016, 319 m. Komm. *Wichert*).

Konsequenzen für die Praxis Der BGH entscheidet hier erstmals: Alleine die unübliche Höhe der Provision führt dazu, dass diese nicht wesensgemäß zum Kaufvertrag gehört. Offen ist allerdings, ob jede Überschreitung der ortsüblichen Provision schädlich ist oder ob es insofern eine Erheblichkeitsschwelle gibt, die erst überschritten werden muss. Die Entscheidung des BGH lässt sich auch auf andere Vorkaufsrechte übertragen, etwa auf ein solches des Mieters nach § 577 BGB .

Beraterhinweis Bei der Gestaltung eines Kaufvertrags mit Maklerklausel ist, wenn ein Vorkaufsrecht besteht, Sorgfalt und Zurückhaltung geboten. Zum einen sollte die Maklerklausel als echter Vertrag zugunsten Dritter (des Maklers) ausgestaltet sein (vgl. *Wichert* in NK-BGB, 3. Aufl. 2016, § 652 BGB Rz. 220). Zum anderen sollte die ortsübliche Provision nicht oder zumindest nicht wesentlich überschritten werden. Dazu könnten vorher etwaige einschlägige Rechtsprechung der örtlichen Gerichte ermittelt oder Auskünfte bei einem örtlichen Sachverständigen eingeholt werden.

RA Dr. *Joachim Wichert*, aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt/M., www.aclanz.de