

Steuerrecht

Zinsen für Sanierungsdarlehen –
umsatzsteuerfrei?

Vertragsrecht/Kartellrecht

Zur Kündigungsentschädigung
des Hausverwalters

Mietrecht

Zinsminderung für unentdeckte Mängel

Forum Immobilientreuhänder

Zum Provisionsanspruch des Maklers –
Vermittlungsauftrag, Geschäftsabschluss

Zum Provisionsanspruch des Maklers

Teil I – Vermittlungsauftrag, Geschäftsabschluss

CHRISTOPH KOTHBAUER

§§ 1, 6, 7 und 10
MaklerG

Immobilienmakler;
Provision;
Vermittlungsauftrag;
Vermittlungserfolg;
Geschäftsabschluss;
Verdienstlichkeit;
Kausalität;
Adäquanz

Dem Immobilienmakler steht dann ein Anspruch auf **Provision** zu, wenn das zu vermittelnde Geschäft durch die **vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers** mit einem Dritten zustande kommt (§ 6 Abs 1 MaklerG), wobei der Makler den Geschäftsabschluss **adäquat kausal** herbeigeführt haben muss.¹⁾ Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Provisionsvoraussetzungen näher auseinander, wobei der erste Teil dem Vermittlungsauftrag und dem Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts gewidmet ist.

Vermittlungsauftrag

Der Vermittlungsauftrag ist nach § 1 MaklerG als unabdingbare Grundlage für die Tätigkeit des Maklers zu qualifizieren. Auch § 6 Abs 1 MaklerG setzt einen Vermittlungsauftrag voraus, wenn er für den Provisionsanspruch des Maklers eine „*vertragsgemäße*“ Verdienstlichkeit fordert. Ein Vermittlungsauftrag unterliegt grundsätzlich²⁾ keinen Formvorschriften und kann insb auch konkludent (stillschweigend) zustande kommen. Zwar ist für das **konkludente Zustandekommen eines Vermittlungsauftrags** an sich nur erforderlich, dass der Auftraggeber die vom Immobilienmakler entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht;³⁾ doch reicht dies dann nicht aus, wenn der Immobilienmakler erkennbar bereits für einen anderen Auftraggeber handelt.⁴⁾ Der Immobilienmakler kann sich jedoch auch in einem solchen Fall seinen Provisionsanspruch durch den **Hinweis auf seine Provisionserwartung** wahren.⁵⁾

Dass der Vermittlungsauftrag zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses nicht mehr aufrecht ist, schadet dem Provisionsanspruch des Maklers freilich nicht.⁶⁾

Geschäftsabschluss (Vermittlungserfolg)

Der (rechtswirksame) Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts ist nach § 7 Abs 1 MaklerG zwingende Voraussetzung für den (Erfolgs-)Provisionsanspruch des Maklers.⁷⁾ Die (endgültige) Rechtswirksamkeit tritt

bei einem aufschiebend bedingten Geschäfts jedoch erst mit Eintritt der Bedingung und bei einem bestehenden Rücktrittsrecht erst mit Ablauf der Rücktrittsfrist ein, was jeweils die Entstehung und damit auch die Fälligkeit (§ 10 MaklerG) des Provisionsanspruchs entsprechend verzögert.⁸⁾

Nach der für das Vermittlungsgeschäft üblichen Vorgehensweise kommt das – als Konsensualvertrag grundsätzlich formfreie – Kauf- oder Mietgeschäft durch Annahme des vom Interessenten gelegten schriftlichen Anbots durch den Abgeber zustande. Mit ausführlicher Begründung qualifiziert der OGH⁹⁾ ein solches angenommenes Anbot als Punktation iSd § 885 ABGB, anerkennt es also als unmittelbar verbindlichen (Haupt-)Vertrag,¹⁰⁾ selbst wenn die Errichtung einer förmlichen Vertragsurkunde einem späteren Zeitpunkt vorbehalten wird.

Praxistipp

Zur Vermeidung allfälliger Fehlvorstellungen¹¹⁾ kann dem Makler nur empfohlen werden, die Auftraggeber über die rechtlich bedeutsame Unterscheidung zwischen einerseits dem Abschluss des Rechtsgeschäfts (= Vertrags) im Wege der Annahme des Anbots und andererseits der späteren förmlichen Beurkundung des (bereits abgeschlossenen) Rechtsgeschäfts ausreichend deutlich aufzuklären.

Der Makler hat **auch dann Anspruch auf Provision, wenn** aufgrund seiner Tätigkeit ein dem zu vermittelnden Rechtsgeschäft **nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustande kommt** (§ 6 Abs 3 MaklerG). Diese „Zweckgleichwertigkeit“ liegt nicht nur vor, wenn etwa statt eines ursprünglich in Aussicht genommenen Kaufgeschäfts schließlich ein Mietvertrag abgeschlossen wird, sondern auch dann, wenn der Geschäftsabschluss mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person erfolgt, in deren Interesse der Auftrag erteilt wurde.¹²⁾ Nach Anschauung des OGH¹³⁾ liegt jedoch kein zweckgleichwertiges Geschäft mehr vor, wenn statt der dem Vermittlungsauftrag zugrunde gelegten Veräußerung einer gesamten Liegenschaft letztlich bloß der Verkauf eines mit WE verbundenen Miteigentumsanteils an dieser Liegenschaft erfolgt.

FH-Doz. Mag. *Christoph Kothbauer* ist leitender Jurist der online hausverwaltung & immobilientreuhand gmbh in Wien.

Kontakt: c.kothbauer@onlinehausverwaltung.at

1) Siehe zuletzt 2 Ob 91/10 m.

2) Ausnahme: Der Abschluss und die Verlängerung eines Alleinvermittlungsauftrags, der von einem Verbraucher erteilt wird, bedarf der Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit (§ 31 Abs 1 Z 2 KSchG).

3) Vgl RIS-Justiz RS0062658.

4) Vgl RIS-Justiz RS0062234; RS0062684.

5) Vgl RIS-Justiz RS0062234 [T 3, T 4]; RS0062684 [T 2].

6) Wie weit Vermittlungsleistungen des Maklers einem späteren, nach Beendigung der Vermittlungstätigkeit eingetretenen Geschäftsabschluss zugerechnet werden können, wird in Teil II unter dem Thema des adäquaten Kausalzusammenhangs erörtert werden.

7) Beachte aber § 9 MaklerG, wonach der Makler einen erfolgsunabhängigen Ersatz von Aufwendungen aufgrund zusätzlicher Aufträge vereinbaren darf und § 15 MaklerG, der Provisionsvereinbarungen für bestimmte Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs zulässt – die nach § 15 MaklerG bedungenen Leistungen (maximal in der Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision) haben den Charakter einer Vertragsstrafe und unterliegen als solche dem richterlichen Mäfi-

gungsrecht (welches aber nicht von Amts wegen wahrzunehmen ist; 7 Ob 281/08 m).

8) Vgl hierzu § 4 Abs 1 Z 7 (IMV).

9) 6 Ob 241/02 p.

10) Dies in klarer Abgrenzung zum nur mittelbar (= bloß zum Abschluss, aber nicht zur Erfüllung des Hauptvertrags) verbindlichen Vorvertrag nach § 936 ABGB, der noch keinen Provisionsanspruch des Maklers auslöst.

11) Die Ursache für mögliche Missverständnisse ist die Mehrdeutigkeit des Begriffs „Vertrag“: Rechtlich ist der Vertrag als Rechtsgeschäft zu verstehen, in der Alltagssprache wird er aber nur allzu gern als Synonym für „Vertragsurkunde“ verstanden.

12) Vgl RIS-Justiz RS0106605; RS0062777.

13) 8 Ob 130/10 s.