



## PROVISIONSANSPRUCH DES IMMOBILIENMAKLER BESONDERHEITEN IM MAKLER- UND KONSUMENTENSCHUTZ- GESETZ

Es scheint kein Zufall zu sein, dass sich der OGH immer wieder mit Fragen bezüglich des Provisionsanspruches eines Maklers, im Besonderen des Immobilienmaklers, zu beschäftigen hat. Alleine im Jahr 2015 sind – bisher – bereits drei einschlägige Entscheidungen ergangen, wobei wir im folgenden Beitrag insbesondere auf die Entscheidung des OGH vom 18.2.2015, 2 Ob 135/14, eingehen, da jene in Literatur und Presse auf großes Interesse gestoßen ist. Die Entscheidung beschäftigt sich primär mit den Wirkungen eines Alleinvermittlungsauftrags sowie der Provisionsvereinbarung bei fehlendem Vermittlungserfolg.

Allgemein hat der Immobilienmakler bei Vorliegen der nachfolgenden Voraussetzungen einen Anspruch auf Provision:

- Vorliegen eines Maklervertrags
- Verdienstlichkeit des Maklers
- Tätigkeit des Maklers kausal und adäquat für den Geschäftsabschluss
- Zustandekommen des vermittelten Geschäfts zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten

Insbesondere im Geschäftszweig der Immobilienmakler beurteilt die Rechtsprechung das Vorliegen der ersten drei Voraussetzungen nicht zu streng. So kann ein Maklervertrag schriftlich, mündlich, aber auch stillschweigend geschlossen werden. Wesentlich ist die Vermittlung von entgeltlichen Rechtsgeschäften, wobei bei Immobilienmaklern – in Folge eines abweichenden Geschäftsgebrauchs – bereits die bloße Namhaftmachung eines Dritten genügt. Es kann unterschieden werden zwischen dem "schlichten Maklervertrag", bei welchem der Makler keine Bemühung schuldet und der Auftraggeber nicht an den Makler gebunden ist und dem "Alleinvermittlungsauftrag" iSd § 14 Maklergesetz ("MaklerG"), bei welchem der Makler Bemühung schuldet und der Auftraggeber (der Verkäufer oder Vermieter) an den Makler (zeitlich befristet) gebunden ist.

Gemäß § 7 Abs. 1 MaklerG entsteht ein Provisionsanspruch des Maklers mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts (Erfolgsprinzip). Ist das vermittelte Geschäft beispielsweise ein Kaufvertrag, kommt dieses – da der Kaufvertrag ein Konsensualvertrag ist - mit der Einigung über Ware und Preis zustande und besteht ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Provision. Nach § 10 MaklerG tritt Fälligkeit des Provisionsanspruches bereits mit seiner Entstehung, also mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts, ein. Die "Ausführung" des Geschäftes, etwa die Unterfertigung der grundbuchsfähigen Kaufvertragsurkunde bzw. die grundbücherliche Einverleibung des Eigentumsrechts sowie die Zahlung des Kaufpreises, hat keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Entstehung des Provisionsanspruches und dessen Fälligkeit.

Nach § 7 Abs. 2 MaklerG entfällt der (bereits entstandene) Provisionsanspruch des Maklers, wenn und soweit das vermittelte Geschäft aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Provisionsanspruch des Maklers bestehen bleibt, wenn die Gründe für die Nichtausführung des Geschäfts in der Sphäre des Auftraggebers liegen. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn der Auftraggeber aus privaten Gründen, bspw. bei beruflichen Veränderungen, vom Kaufvertrag zurücktritt.

§ 15 MaklerG stellt eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung zur Entstehung des Provisionsanspruches bei Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts dar, indem ein Provisionsanspruch auch für

Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs vereinbart werden kann. Aus der Entscheidung 2 Ob 135/14 p ergibt sich, dass die einzelnen Fälle des § 15 MaklerG gesondert vereinbart werden müssen. Ein pauschaler Hinweis auf § 15 MaklerG reicht nicht aus. Während § 15 Abs. 1 MaklerG auf alle Arten von Maklerverträgen anzuwenden ist, regelt § 15 Abs. 2 MaklerG bestimmte Konstellationen beim Alleinvermittlungsvertrag.

2 Ob 135/14p stellt die Kriterien für eine Provisionsvereinbarung ohne Vermittlungserfolg gemäß § 15 Abs. 1 Z 1 MaklerG klar ("*das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft [kommt] wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustande, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterläßt*"). Dies kann nur für jene Fälle angenommen werden, in welchen eine Annäherung der wechselseitigen Standpunkte der Partner versucht wurde und einem Vertragsabschluss keine nennenswerten Hindernisse mehr entgegenstehen. Lediglich der Versuch, einen Besichtigungstermin zustande zu bringen, stellt nach Auffassung des Gerichts weder eine Vertragsverhandlung noch einen "Rechtsakt" im Sinne der Bestimmung dar.

2 Ob 135/ 14p stellt darüber hinaus klar, dass auch bei einem Alleinvermittlungsauftrag keine Kontrahierungspflicht und kein Abschlusszwang des Auftraggebers (des Verkäufers) besteht. Demnach ist der Auftraggeber selbst beim Alleinvermittlungsauftrag zur grundlosen Ablehnung des Abschlusses des vom Makler vermittelten Rechtsgeschäftes berechtigt. Er kann deshalb außer in den Fällen besonderer Vereinbarung bzw. der alleinigen Absicht, den Vermittler um die Provision zu bringen, nur dann wegen willkürlicher Ablehnung des Vertragsabschlusses ersatzpflichtig werden, wenn dieser aus besonderen Gründen geradezu wider Treu und Glauben gegen Vertragspflichten verstößt. Ein Verstoß gegen den Alleinvermittlungsauftrag macht den Auftraggeber schadenersatzpflichtig. Schwierig ist – vor dem Hintergrund der Abschlussfreiheit des Auftraggebers – der Nachweis des Schadenseintritts. Schließt hingegen der alleinbeauftragte Makler eine besondere Provisionsvereinbarung iSd § 15 MaklerG mit dem Auftraggeber ab, besteht auf Basis dessen ein Entschädigungsanspruch zu Gunsten des alleinbeauftragten Maklers und er erspart sich den Schadensnachweis.

Die in diesem Beitrag besprochenen Regelungen des MaklerG sind immer in Verbindung mit den korrespondierenden Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes ("KSchG") zu lesen (§§ 30a ff KSchG), welche insbesondere bei Alleinvermittlungsaufträgen und Provisionsvereinbarungen bei fehlendem Vermittlungserfolg besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers vorsehen (§ 31 Abs. 1 Z 2 und 3 KSchG), die auch nicht zu eng ausgelegt werden sollten. So bedürfen beispielsweise Vereinbarungen über Provisionsansprüche bei fehlendem Vermittlungserfolg gemäß § 31 Abs. 1 Z 3 MaklerG zwingend der Schriftlichkeit sowie der Ausdrücklichkeit. In der Entscheidung vom 30.7.2015, 8 Ob 66/15 m, hat der OGH den Begriff "ausdrücklich" in diesem Zusammenhang verstärkend so ausgelegt, dass die schriftliche Vereinbarung eine hervorgehobene, dem Verbraucher deutlich erkennbare und eindeutige Regelung dieser Punkte enthalten muss.

Marie Gstöttner