

Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers für Folgegeschäfte

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Science“

eingereicht bei
MMag. Anton Holzapfel

Mag. Michael Schlager

0311466

Graz, 09.02.2014

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MICHAEL SCHLAGER**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers für Folgegeschäfte", 132 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 09.02.2014

Unterschrift

INHALTSVERZEICHNIS:

1. Einleitung	1
1.1. Problemdefinition	1
1.2. Fragestellung	1
1.3. Aufbau der Arbeit.....	2
2. Gesetzliche Grundlagen des Maklerwesens.....	3
2.1. Maklergesetz – Handelsvertretergesetz	3
2.2. Konsumentenschutzgesetz (KSchG).....	4
2.3. Immobilienmaklerverordnung (IMV).....	5
3. Der Immobilienmakler	6
3.1. Kriterien	6
3.2. Anwendungsbereich	9
3.3. Befugnisse des Immobilienmaklers	10
3.4. Pflichten des Immobilienmaklers	12
3.5. Höchstprovisionssätze	12
4. Voraussetzungen des Provisionsanspruchs.....	13
4.1. Maklervertrag.....	13
4.1.1. Maklervertrag: Sphäre Makler – Abgeber	14
4.1.1.1. Schlichter Maklervertrag	14
4.1.1.2. Alleinvermittlungsauftrag	15
4.1.2. Maklervertrag: Sphäre Makler – Interessent	17
4.1.2.1. Schlichter Maklervertrag	17
4.1.2.2. Alleinvermittlungsauftrag	18
4.1.3. Provisionsvereinbarungen für fehlenden Vermittlungserfolg.....	18
4.1.4. Erfolgsunabhängiger Aufwandsersatz.....	19
4.2. Verdienstlichkeit.....	19
4.2.1. Namhaftmachung	20
4.3. Vermittlungserfolg	22

4.3.1. Vorvertrag, Punktation	23
4.3.2. Option.....	23
4.3.3. Aufschiebende Bedingung – Auflösende Bedingung	25
4.3.4. Zwangsversteigerung	26
4.3.5. Zweckgleiches Rechtsgeschäft	26
4.3.4.1. Anderer Rechtsgeschäftstyp.....	27
4.3.4.2. Anderes Vertragsobjekt	28
4.3.4.3. Andere Person.....	28
4.3.4.4. Andere Vertragsbedingungen.....	29
4.3.4.5. Abgrenzung § 6 Abs 3 MaklerG – § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG.....	30
4.3.4.6. Zweckgleichwertigkeit bejahend Fälle	30
4.3.4.7. Zweckgleichwertigkeit verneinende Fälle	31
4.4. Kausalität und Adäquanz	32
4.4.1. Kausalität	32
4.4.2. Adäquanz	34
4.4.3. Vermittlungstätigkeit mehrerer Immobilienmakler	35
4.5. Durchführung Rechtsgeschäft – Nichtausführung	36
4.5.1. Vertretbarkeit der Nichtausführung	37
4.5.2. Nichtigkeit des Geschäfts – nachträgliche Vertragsaufhebung.....	38
5. Folgegeschäfte am Immobilienmarkt	40
5.1. Begriffserläuterung.....	40
5.2. Folgegeschäfte am Immobilienmarkt.....	42
5.3. Lehrmeinungen zu Folgegeschäften.....	44
5.3.1. Lehrmeinungen in Österreich	44
5.3.2. Lehrmeinungen in Deutschland	44
5.4. Judikatur zu Folgegeschäften	49
5.4.1. OGH 14.06.1994, 4 Ob 543/94	49
5.4.2. OGH 15.07.2011, 8 Ob 68/11z.....	51
5.4.3. OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12a	54

6. Provisionsanspruch für Folgegeschäfte	57
6.1. Vertragsverlängerungen – Vertragsumwandlungen	57
6.1.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag	58
6.1.1.1. Sphäre Makler – Abgeber.....	59
6.1.1.2. Sphäre Makler – Interessent.....	60
6.1.2. Anspruchsgrundlage: Zusatzvereinbarung.....	62
6.1.3. Anspruchsgrundlage: AGB.....	63
6.2. Flächenerweiterungen	64
6.2.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag	65
6.2.1.1. Sphäre Makler – Abgeber.....	65
6.2.1.2. Sphäre Makler – Interessent.....	67
6.2.2. Anspruchsgrundlage: Zweckgleiches Rechtsgeschäft.....	68
6.3. Veränderung des Rechtsgeschäftstyps (Miete – Kauf).....	69
6.3.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag	70
6.3.1.1. Sphäre Makler – Abgeber.....	70
6.3.1.2. Sphäre Makler – Interessent.....	71
6.4. Optionsrechte	71
6.4.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag	72
6.4.1.1. Sphäre Makler – Abgeber.....	72
6.4.1.2. Sphäre Makler – Interessent.....	74
6.5. Vorkaufsrecht – Vormietrecht	75
6.5.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag	76
6.5.1.1. Sphäre Makler – Abgeber.....	77
6.4.1.2. Sphäre Makler – Interessent.....	78
6.6. Folgegeschäft & Kausaler Adäquanzzusammenhang	79
7. Schlussfolgerungen	81
 KURZFASSUNG	 84
GESETZESTEIL	85

I. Höchstprovisionssätze IMV.....	85
II. Maklergesetz (MaklerG).....	89
III. Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (IMV)	97
IV. Konsumentenschutzgesetz (KSchG).....	104
V. Gewerbeordnung 1994 (GewO)	106
VI. Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum MaklerG (ErläutRV).....	109
LITERATURVERZEICHNIS	130
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	131
ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG	133

1. Einleitung

Der Autor dieser Masterarbeit ist Wirtschaftsjurist und im gewerblichen Immobilienbereich als Makler und Projektentwickler tätig. Im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hatte er sich mit den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs sowie der Verdienstlichkeit der Maklertätigkeit für das Rechtsgeschäft auseinanderzusetzen. Dabei kam die Fragestellung auf, ob der Immobilienmakler auch für Folgegeschäfte provisionsberechtigt ist. Da die thematische Recherche keine befriedigende Antwort lieferte, soll die kritische Auseinandersetzung mit der Fragestellung im Zuge dieser Arbeit erfolgen.

1.1. Problemdefinition

In der österreichischen Lehre und Judikatur findet man eine Vielzahl von Publikationen sowie gerichtlichen Entscheidungen, die den Provisionsanspruch des Immobilienmaklers behandeln.

In der Berufspraxis als Immobilienmakler wird man allerdings auch mit Geschäftsfällen konfrontiert, in denen dem vom Makler erfolgreich vermittelten Rechtsgeschäft weitere Folgegeschäfte zwischen denselben Vertragsparteien zeitlich nachfolgen. Derartige Folgegeschäfte sind beispielsweise Flächenerweiterungen, Vertragsverlängerungen sowie Änderungen des Rechtsgeschäftstyps (aus Miete wird Kauf). Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Immobilienmakler auch für diese Folgegeschäfte ein Provisionsanspruch zugesprochen werden kann. Weder Lehre noch Judikatur liefern derzeit eine befriedigende Antwort auf diese Fragestellung.

1.2. Fragestellung

Die gegenständliche Arbeit dient der Erörterung und Aufarbeitung der nachfolgenden Fragestellungen, auf die bei der Prüfung eines eventuellen Folgeprovisionsanspruchs des Immobilienmaklers eingegangen werden soll:

- Wann steht dem Immobilienmakler nach geltender Rechtslage und Judikatur ein Provisionsanspruch für Vermittlungsgeschäfte zu?

- Was sind Folgegeschäfte und welche Arten von Folgegeschäften können im Immobilienmaklergewerbe auftreten?
- Unter welchen Voraussetzungen und auf welcher Anspruchsgrundlage kann Immobilienmaklern auch ein Provisionsanspruch für Folgegeschäfte zugesprochen werden?

1.3. Aufbau der Arbeit

Die gegenständliche Arbeit wird eingangs die gesetzlichen Grundlagen der Maklertätigkeit sowie den Immobilienmakler allgemein behandeln. Weiters wird aufgezeigt, wann der Makler einen Provisionsanspruch erwirbt und welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssen. Anschließend folgt die thematische Auseinandersetzung mit dem Provisionsanspruch für Folgegeschäfte als wissenschaftlicher Schwerpunkt dieser Arbeit. Es soll erläutert werden, was man unter Folgegeschäften im Immobilienmaklerbereich versteht und welche Ausgestaltungsformen in der Praxis auftreten können. Danach soll aufgezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen und auf welcher Anspruchsgrundlage dem Immobilienmakler auch einen Provisionsanspruch für Folgegeschäfte zugesprochen werden könnte. Abschließend folgt eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse aus der Arbeit.

2. Gesetzliche Grundlagen des Maklerwesens

In diesem Kapitel soll ein Überblick über die relevanten Gesetzesgrundlagen in Österreich gegeben werden, die für die Maklertätigkeit Relevanz haben.

2.1. Maklergesetz – Handelsvertretergesetz

Gesetzliche Grundlage der österreichischen Maklertätigkeit bildet das Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler (MaklerG 1996)¹, das mit 01.07.1996 in Kraft trat. Vor Inkrafttreten des MaklerG war die Maklertätigkeit in Österreich nicht einheitlich geregelt und bestand aus unterschiedlichen, nicht aufeinander abgestimmten Bestimmungen für Zivilmakler und Handelsmakler. Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage (§§ 652 ff BGB² „Mäklervertrag“) fehlte in Österreich die allgemeine zivilrechtliche Grundlage des Maklervertrages. Historisch betrachtet führte die Rechtsentwicklung des Maklerwesens über das HVG 1921³ zum HVertG 1993⁴ und schließlich zum MaklerG 1996, das erstmals einheitliche Rechtsgrundlagen für den Maklervertrag schafft und die einzelnen Typen des Maklervertrages in einem eigenen Gesetz zusammenfasst.⁵

Handelsmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt (§ 19 Abs 1 MaklerG). Alle anderen Makler nennt man Zivilmakler. Zivilmakler ist derjenige, der ohne ständige Betrauung für einen Anderen Geschäfte vermittelt und nicht die Voraussetzungen eines Handelsmaklers erfüllt. Darunter fällt auch der Gelegenheitsvermittler.⁶ Im MaklerG sind neben den Handelsmaklern und den Versicherungsmaklern – eine Unterkategorie der Handelsmakler – noch die Personalkreditvermittler, Krämermakler und Immobilienmakler besonders angeführt.⁷ Die gegenständliche Arbeit wird sich nur mit dem Immobilienmakler befassen.

¹ Maklergesetz BGBl. 1996/262.

² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18.08.1896, idgF der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3719) geändert worden ist.

³ Handelsvertretergesetz BGBl. 1921/348.

⁴ Handelsvertretergesetz – HVertG 1993 BGBl. Nr. 1993/88.

⁵ *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG (1997) 1; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich (2011) 28; *Noss*, Maklerrecht³ (2010) 1 Rz 1.

⁶ OGH 08.07.2003, 5 Ob 120/03p.

⁷ *Noss*, Maklerrecht 4 Rz 10.

Das MaklerG ist anhand drei Artikel aufgebaut:

Artikel I als Hauptstück des MaklerG mit seinen vier Teilen enthält im Allgemeinen Teil wesentliche Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag (§§ 1-15), Sonderbestimmungen für Immobilienmakler (§§ 16-18), Sonderbestimmungen für Handelsmakler und Versicherungsmakler (§§ 19-32) und Sonderbestimmungen für Personalkreditvermittler (§§ 33-39).

Artikel II des MaklerG betrifft die Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes⁸ (§§ 30b, 30c, 31 KSchG), das relativ zwingende Rechtsvorschriften bei im Immobiliengeschäften mit Konsumenten enthält, zu deren Nachteil nicht abgegangen werden kann (§ 31 KSchG).

Artikel III des MaklerG regelt das Inkrafttreten des MaklerG mit 01.07.1996 und enthält diesbezügliche Außerkrafttretens- sowie Übergangsbestimmungen.

2.2. Konsumentenschutzgesetz (KSchG)

Durch das MaklerG 1996 wurde auch das KSchG geändert. So wurde der bisherige § 31 KSchG durch die §§ 30a bis 30c KSchG und den neu gefassten § 31 KSchG ersetzt. Das KSchG enthält einige einseitig zwingende Bestimmungen, zu deren Nachteil des Konsumenten nicht abgegangen werden kann (§ 31 KSchG).

Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die wesentlichen Schutzvorschriften betreffend Konsumentenschutz und Maklertätigkeit gegeben werden:

- § 30a KSchG: Rücktrittsrecht vom Immobiliengeschäft
- § 30b KSchG: Besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers
- § 30c KSchG: Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen
- § 31 Abs 1 KSchG: Gebot der Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit bei vereinbartem Aufwandsersatz (§ 9 MaklerG), Abschluss und Verlängerungen von Alleinvermittlungsaufträgen (§ 14 MaklerG) sowie besondere Vereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolges (§ 15 MaklerG)
- § 31 Abs 2 KSchG: Zwingende Bestimmungen zum Schutz des Verbrauchers

⁸ Konsumentenschutzgesetz BGBl. 1979/140.

Sollten iZm dieser Arbeit spezielle Berührungspunkte mit dem KSchG erfolgen, wird gesondert darauf hingewiesen.

2.3. Immobilienmaklerverordnung (IMV)

Neben den Bestimmungen des MaklerG und des KSchG kommen auch die Vorschriften der IMV 1996⁹ für Immobilienmakler zur Anwendung. Die IMV beinhalten neben dem allgemeinen Anwendungsbereich auch Standes- und Ausübungsregeln gegenüber Auftraggebern, Kunden und Berufskollegen, Geschäftsbedingungen sowie Höchstprovisionssätze. Bei der IMV handelt es sich um eine Durchführungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten zu § 69 Abs 2 und § 73 Abs 3 GewO¹⁰, die an sich enger gefasst ist als der in § 117 GewO geregelte Gewerberechtsumfang des Immobilienmaklers.¹¹

⁹ Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler BGBl. 1996/297, zuletzt geändert durch BGBl. II 2010/268.

¹⁰ Gewerbeordnung 1994 BGBl. 1994/194.

¹¹ Vgl dazu weiterführende Literatur: *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht 216 ff; *Noss*, Maklerrecht 1 Rz 1.

3. Der Immobilienmakler

Der Makler wird gemäß § 1 MaklerG wie folgt definiert: „Makler ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein.“

Immobilienmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt (§ 16 Abs 1 MaklerG). Das MaklerG stellt in Abs 2 klar, dass die geltenden Bestimmungen des MaklerG auch zur Anwendung kommen, wenn der Immobilienmakler ständig von einem Auftraggeber betraut ist oder eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübt.

Als Auftraggeber wird derjenige bezeichnet, der mit dem Immobilienmakler einen Maklervertrag abschließt. Der Status des Auftraggebers ergibt sich ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Maklervertrags. Auftraggeber ist sowohl der Abgeber als auch der Interessent.¹² Ist der Makler als Doppelmakler tätig, hat er somit zwei Auftraggeber. Als "Dritter" wird die andere Vertragspartei bezeichnet, wenn der Makler nur für eine Partei bei der Vermittlung tätig wird.

3.1. Kriterien

Nachstehend sollen die einzelnen Kriterien der Immobilienmaklertätigkeit erläutert werden:

- **Privatrechtliche Vereinbarung (Maklervertrag)**

Die Tätigkeit des Maklers beruht auf einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag/Vermittlungsauftrag), auf deren Grundlage der Makler für seinen Auftraggeber Geschäfte mit Dritten vermittelt. Ohne gültiges Zustandekommen eines Maklervertrages kann der Provisionsanspruch nicht entstehen.¹³

Der Maklervertrag kann grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden, somit auch schlüssig zustande kommen. Wurde der Maklervertrag nur mündlich abgeschlossen, muss der Makler dem Auftraggeber unverzüglich eine schriftliche Auftragsbestätigung über den wesentlichen Vertragsinhalt übermitteln (§ 4 Abs 1 Z3 IMV). Schriftlichkeit als zwingende Gültigkeitsvoraussetzung erfordert der Abschluss bzw.

¹² Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht 22.

¹³ OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h; OGH 28.07.1998, 1 Ob 204/98a.

die Verlängerung von Alleinvermittlungsaufträgen mit Konsumenten gemäß § 31 Abs 1 Z 2 KSchG.¹⁴

Der Maklervertrag ist ein nicht im ABGB¹⁵ geregelter, einseitiger und idR entgeltlicher Vertrag.¹⁶ In der gesetzlichen Formulierung wurde der Tatbestand der Entgeltlichkeit nicht aufgenommen, weil beim Doppelmakler im Verhältnis zu einem Auftraggeber auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann.¹⁷ Da aber der wesentliche Vertragsinhalt des Maklervertrages (essentiale negotii) die Provisionszusage im Fall des Eintritts des Vermittlungserfolges ist (Prinzip der erfolgsbezogenen Entlohnung), ist der Maklervertrag nach Ansicht von *Holzapfel/Knittel* stets ein entgeltlicher Vertrag.¹⁸ Sollte dennoch jemand im Verhältnis zu beiden Seiten unentgeltlich vermittelnd tätig werden, so sind die Bestimmungen des MaklerG – insbesondere die haftungsrechtlichen Bestimmungen des § 3 MaklerG – auf diese Vermittlungstätigkeit nicht anzuwenden.¹⁹ Wird anstatt einer erfolgsbezogenen Entlohnung eine tätigkeitsbezogene Entlohnung vereinbart, so ist der Vertrag nicht als Maklervertrag zu qualifizieren.²⁰

Der für diese Arbeit relevante Maklervertrag wird in seinen möglichen Ausgestaltungsformen – Schlichter Maklervertrag oder Alleinvermittlungsauftrag – bei Pkt 4.1. als Voraussetzungen für den Provisionsanspruch genauer behandelt.

▪ Nicht ständige Betrauung

Die wesentlichen Abgrenzungsmerkmale des Immobilienmaklers vom Handelsvertreter sind die nicht ständige Betrauung mit der Vermittlung von entgeltlichen Geschäften sowie seine wirtschaftlich unabhängige Position.²¹ Das wesentliche Kriterium stellt somit die nicht ständige Betrauung dar. Eine langjährige Geschäftsbezie-

¹⁴ *Gartner/Karandi*, Kurzkommentar Maklergesetz (MaklerG)² (2013) § 1 Rz 2.

¹⁵ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946.

¹⁶ *Jabornegg*, Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht (1997) 529.

¹⁷ ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 15.

¹⁸ *Knittel/Holzapfel*, Maklerrecht 48f mwH zu § 4 Abs 1 Z 1 IMV: standeswidrige Verhalten des Immobilienmaklers gegenüber dem Auftraggeber bei Anbieten der Liegenschaft ohne sein Einverständnis mit der Folge, dass er vom Auftraggeber keine Provision erhalten wird; zust. *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 1 Rz 3.

¹⁹ *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 1 Rz 3.

²⁰ OGH 19.05.2010, 8 Ob 46/10p; S. *Bydlinski*, Das Maklergesetz: und die Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes durch das Bundesgesetz BGBl 1996/262 mit Auszügen aus der Regierungsvorlage und erläuternden Anmerkungen (1996) § 6 Anm 1; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 1 Rz 6.

²¹ OGH 23.11.2006, 8 ObA 65/06a; *Nocker*, Handelsvertretervertrag (2000) Rz 26.

hung zu einem bestimmten Auftraggeber ändert nichts an der Maklereigenschaft, solange der Makler nicht in einer ihn verpflichtenden Weise laufend mit der Vermittlung von Rechtsgeschäften betraut ist. Im Unterschied zum Maklervertrag begründet der Handelsvertretervertrag ein Dauerschuldverhältnis, demzufolge der betraute Handelsvertreter eine unbestimmte Anzahl von Geschäften für den Auftraggeber abschließen und vermitteln soll.²²

Da eine ständige Betrauung auch im Gewerbe der Immobilienmakler vorkommen kann, enthält § 16 Abs 2 MaklerG die Sonderregelung für Immobilienmakler, dass das MaklerG auch dann zur Anwendung kommt, wenn eine ständige Betrauung des Immobilienmaklers vorliegt.²³ Trotz möglicher ständiger Betrauung ist der Makler aber typischerweise vom Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich unabhängig.²⁴

▪ **Vermitteln**

Die Vermittlungstätigkeit entzieht sich einer Legaldefinition, da sie je nach Geschäftszweig und Geschäftsfall stark variiert.²⁵ Das Vermitteln iwS beinhaltet laut *Fromherz* grundsätzlich Namhaftmachung und Vermitteln ieS. Vermitteln ieS bedeutet, durch Verhandlungen mit beiden Seiten zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen.²⁶ Welche Anforderungen an das Vermitteln gestellt werden, hängt vom Einzelfall ab und ist durch Auslegung festzustellen.²⁷

▪ **Gewerbemäßigkeit - Gelegenheitsmakler**

Gewerbsmäßigkeit iSd § 16 Abs 1 MaklerG ist nicht mit jener in der Gewerbeordnung definierten Gewerbsmäßigkeit gleichzusetzen, es ist auf den allgemeinen Begriff der Gewerbemäßigkeit abzustellen. Demgemäß ist der Immobilienmakler gewerbsmäßig tätig, wenn er seine Vermittlungstätigkeit selbstständig und im Rahmen eines dauerhaften und berufsmäßigen Betriebes in Gewinnerzielungsabsicht (Ent-

²² OGH 23.11.2006, 8 ObA 65/06a; *Noss*, Maklerrecht 2 Rz 4.

²³ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 34 mwH auf die Verpflichtung des Auftraggebers zum Hinweis auf das bestehende wirtschaftliche Naheverhältnis.

²⁴ *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 1 Rz 16 mwH.

²⁵ OGH 16.03.2004, 4 Ob 35/04g.

²⁶ *Fromherz*, Maklergesetz § 1 Rz 8; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 1 Rz 16

²⁷ *Fromherz*, Der Zivilmaklervertrag (1988) 25.

geltlichkeit) erbringt.²⁸ Was unter einem Gelegenheitsmakler zu verstehen ist, ist weder dem MaklerG noch den ErläutRV²⁹ zu entnehmen. Nach *Holzapfel/Knittel* ist unter einem Gelegenheitsmakler jemand zu verstehen, der das Immobilienmaklergewerbe einerseits unbefugt und andererseits nur sporadisch ausübt.³⁰ Ob der Makler seine Tätigkeit gewerbsmäßig ausübt oder als Gelegenheitsmakler, ist nach der Definition des MaklerG und für die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des MaklerG unerheblich. Nach der Rsp werden allerdings beim Gelegenheitsmakler strengere Anforderungen an die Verdienstlichkeit seiner Tätigkeit gestellt als beim gewerbsmäßig tätigen Makler.³¹

▪ **Nachweismakler**

Gemäß § 6 Abs 2 MaklerG reicht die bloße Namhaftmachung des Geschäftspartner nicht für die Begründung des Provisionsanspruches aus, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht. Ein solcher abweichender Geschäftsgebrauch besteht für die gewerblich tätigen Immobilienmakler, wo der Nachweis der Abschlussgelegenheit und die Namhaftmachung des individuell bezeichneten Interessentens die Untergrenze der Verdienstlichkeit darstellen.³²

Welche Anforderungen an die Namhaftmachung als Voraussetzung für die Begründung des Provisionsanspruches des Immobilienmaklers zu stellen sind, wird an nachfolgender Stelle der Arbeit bei der Verdienstlichkeit unter Pkt 4.2.1. näher behandelt.

3.2. Anwendungsbereich

Die in den Anwendungsbereich des Immobilienmaklers fallenden Vermittlungsgeschäfte sind in § 1 IMV angeführt:

²⁸ *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 16 Rz 4.

²⁹ ErläutRV 2 B1gNR 20. GP 25.

³⁰ *Knittel/Holzapfel*, Maklerrecht 34 f.

³¹ OGH 13.03.2011, 5 Ob 48/01x; *Noss*, Maklerrecht 3 Rz 8; ebenso *Knittel/Holzapfel*, Maklerrecht 35; vgl *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 16 Rz 10 f mwH zur ErläutRV.

³² OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a; OGH 19.05.2010, 8 Ob 46/10p; OGH 09.03.2006, 6 Ob 47/06i; OGH 16.03.2004, 4 Ob 35/04g ua.

1. die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von bebauten und unbebauten Grundstücken, Wohnungen, Geschäftsräumen, Fertighäusern und Unternehmen sowie Unternehmensbeteiligungen,
2. die Vermittlung von Bestandverträgen (Miet- und Pachtverträgen) sowie die Vermittlung sonstiger Rechte einschließlich der Vermittlung von Teilzeitnutzungsrechten und Optionsrechten über bebaute und unbebaute Grundstücke, Wohnungen, Geschäftsräume und Unternehmen,
3. die Vermittlung von Hypothekendarlehen und
4. die Vermittlung von Anteilscheinen und Beteiligungen an Immobilienfonds.

Zu beachten ist, dass nicht jede Tätigkeit, zu der der Immobilienmakler aufgrund der GewO befugt ist, unter das MaklerG fällt, da die ErläutRV auf die Definition des Maklergeschäftes verweist. So fällt die reine Beratung und Betreuung von Immobiliengeschäften nicht unter das MaklerG, wenn die Beratungstätigkeit losgelöst von der Vermittlungstätigkeit erbracht wird und demnach nicht als Vorleistung eines Vermittlungsauftrages zu qualifizieren ist. Ebenso fällt der Handel mit Immobilien durch den Immobilienmakler nicht unter das MaklerG.³³

3.3. Befugnisse des Immobilienmaklers

Das MaklerG normiert in § 2 Abs 1, dass der Makler ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht befugt ist, für den Auftraggeber das vermittelte Geschäft zu schließen oder Zahlungen vom Dritten entgegenzunehmen. Nachfolgend die Befugnisse des Maklers kurz zusammengefasst werden:

- **Abschlussvollmacht - Inkassovollmacht**

Der Makler ist grundsätzlich nicht zum Inkasso sowie zur Abgabe von Vertrags(abschluss-)erklärungen im Namen seines Auftraggebers berechtigt, außer es wurde ausdrücklich vereinbart.

- **Entgegennahme von Erklärungen**

Ohne besondere Vereinbarung und auch ohne Abschlussvollmacht ist der Immobilienmakler berechtigt, Vertragserklärungen (Angebote) für den Auftraggeber und zur

³³ Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht 36 f mwH.

Weiterleitung an diesen entgegenzunehmen. Solange der Auftraggeber den Dritten noch nicht kennt oder kennen muss, kann er Erklärungen zur Wahrung seiner Rechte dem Immobilienmakler abgeben, sodass diese dem Dritten zugekommen sind. Zu beachten ist, dass der gemäß § 30a Abs 2 KSchG gegenüber dem eingeschrittenen Immobilienmakler erklärte Rücktritt des Konsumenten vom Immobiliengeschäft gilt und zum Verlust des Provisionsanspruches führt.³⁴

▪ **Tätigkeitspflicht – Abschlussfreiheit**

Der Immobilienmakler ist gemäß § 4 Abs 1 MaklerG nicht verpflichtet, sich um die Vermittlung zu bemühen und Aktivitäten zu setzen. Der "schlichte Maklervertrag" als einseitig verbindlicher Vertrag sieht somit nur die Verpflichtung des Auftraggebers vor, die vereinbarte Provision als erfolgsbezogene Entlohnung bei tatsächlicher Vermittlung des Geschäfts zu zahlen. Wurde hingegen ein Alleinvermittlungsauftrag geschlossen, muss sich der Immobilienmakler nach Kräften um die Vermittlung bemühen (§ 14 Abs 1 MaklerG).

Umgekehrt ist auch der Auftraggeber nicht verpflichtet, das durch den Immobilienmakler angebahnte Geschäft abzuschließen (§ 4 Abs 2 MaklerG). Die Abschlussfreiheit findet ihre Grenze im Schadenersatzrecht, wenn der Abschluss des Rechtsgeschäftes in der Absicht erfolgt, den Immobilienmakler um seine Provisionspflicht zu bringen. Diese schwierige Beweislast muss der Immobilienmakler erbringen.³⁵

▪ **Doppelmakler**

Der Immobilienmakler darf kraft Geschäftsgebrauch als Doppelmakler tätig werden (vgl § 5 Abs 1 MaklerG).³⁶ Doppelmakler bedeutet, dass er für beide Parteien des vermittelten Geschäftes tätig wird. Wird er als Doppelmakler tätig, so hat er dies beiden Auftraggebern mitzuteilen, außer es ergibt sich aus den Umständen (§ 5 Abs 3 MaklerG). Konsumenten gegenüber normiert § 30b KSchG eine schriftliche Hinweispflicht auf die Doppelmaklertätigkeit bei sonstiger Provisionsminderung gemäß § 3 Abs 4 MaklerG.

Den Immobilienmakler trifft beiden Seiten gegenüber eine Interessenwahrungspflicht, bei Interessenskonflikten hat er einen neutralen Standpunkt einzunehmen.³⁷ Hat er sowohl mit dem Abgeber als auch mit dem Interessenten für dasselbe

³⁴ *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht 38; vgl *Noss*, Maklerrecht 21 Rz 38.

³⁵ OGH 25.03.2009, 3 Ob 22/09w; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht 40.

³⁶ OGH 20.03.2007, 10 Ob 26/07g.

³⁷ Nähere Ausführungen zum Doppelmakler siehe *Noss*, Maklerrecht 4 Rz 11 ff und 17.

Rechtsgeschäft einen Maklervertrag abgeschlossen, kann er zulässigerweise bei den Auftraggebern gegenüber ein Provision geltend machen kann. Die Provisionsvereinbarungen sind voneinander unabhängig, auch wenn mit einem Auftraggeber kein gültiger Maklervertrag zustande gekommen ist.³⁸

Wird der Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen (§ 17 MaklerG).

3.4. Pflichten des Immobilienmaklers

Den Immobilienmakler treffen gegenüber seinen Auftraggebern, Kunden und Berufskollegen bei Berufsausübung entsprechende Pflichten, die in den gesetzlichen Grundlagen von MaklerG, IMV, KSchG, GewO sowie UWG³⁹ enthalten sind: Informationspflichten, Aufklärungspflichten, Interessenswahrungspflichten beider Parteien, Standespflichten, Tätigkeitspflichten, Nachforschungspflichten, Verschwiegenheitspflichten sowie wettbewerbsrelevante Unterlassungspflichten.

Im Rahmen dieser Arbeit wird nicht näher auf die einzelnen Pflichten eingegangen, außer es besteht ein Bezug zum Thema.

3.5. Höchstprovisionssätze

Die Höchstprovisionssätze für Immobiliengeschäfte sind im 4. Abschnitt der IMV (§§ 11 bis 27 IMV) geregelt. Nach der Rsp sind die Höchstprovisionen ortsüblich.⁴⁰ Sofern die Parteien keine anderwärtige Provisionsvereinbarung treffen, gelten diese Sätze der IMV als vereinbart. Daneben sind die Provisionssätze auch über § 917a ABGB zivilrechtlich relevant; der die Höchstprovisionssätze übersteigende Betrag ist teilnichtig (vgl § 8 MaklerG).⁴¹ Die Umsatzsteuer ist gemäß § 12 Abs 1 IMV nicht in den Höchstbeträgen enthalten.⁴²

Die Höchstprovisionssätze für Immobiliengeschäfte werde in Anhang gesondert aufgelistet.

³⁸ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 22 und 42 ff mwH.

³⁹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG BGBl. 1984/448.

⁴⁰ OLG Wien 16.12.1986, 11 R 260/86; OGH 28.02.1980, 7 Ob 531/80.

⁴¹ *Fromherz*, MaklerG § 11 IMV Rz 1.

⁴² *Noss*, Maklerrecht 66 Rz 106; vgl *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 254 f mwH zur Einbeziehung der Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage der Höchstprovisionssätze.

4. Voraussetzungen des Provisionsanspruchs

Im Immobilienmaklergewerbe gilt das Prinzip der erfolgsbezogenen Entlohnung (§ 6 Abs 1 MaklerG). Der Makler wird grundsätzlich nicht tätigkeitsbezogen honoriert, sondern für den durch seine Vermittlungstätigkeit herbeigeführten Vermittlungserfolg. Der Provisionsanspruch entsteht gemäß § 7 MaklerG mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Rechtsgeschäfts. Um den Provisionsanspruch zu erwerben, muss der Makler die von *Jabornegg*⁴³ aus Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Voraussetzungen erfüllen:

- Maklervertrag
- Verdienstlichkeit der Tätigkeit
- Vermittlungserfolg
- Kausalität
- Adäquanz
- Tatsächliche Ausführung des Rechtsgeschäfts

Als zusätzliche Provisionsvoraussetzung kann der Hinweis des Maklers auf das Vorliegen eines familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis hinzukommen⁴⁴; zum Ausschluss des Provisionsanspruchs führen das Eigengeschäft sowie die Verletzung wesentlicher Pflichten des Maklers gegenüber seinem Vertragspartner.⁴⁵

Nachstehend soll auf die einzelnen Voraussetzungen für den Erwerb des Provisionsanspruchs eingegangen werden.

4.1. Maklervertrag

Die Grundlage des Provisionsanspruches bildet der Maklervertrag. Wie bereits unter Pkt. 3.1. ausgeführt, handelt es sich beim Maklervertrag idR um einen entgeltlichen Vertrag *sui generis*, der die Provisionszusage des Auftraggebers für den Immobilienmakler im Falle auftragsmäßiger und verdienstlicher Herbeiführung des Vermittlungserfolgs zum wesentlichen Inhalt hat. Ohne gültiges Zustandekommen eines

⁴³ *Jabornegg*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644.

⁴⁴ Vgl zum Naheverhältnis Makler und Bauträger: *Markl/Prader*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202.

⁴⁵ *Assem/Knittel*, Rechtsprechung zum Maklerrecht Teil IV, ÖJZ 2003/17, 312; *Knittel/Holzapfel*, Maklerrecht 46; *Ostermeyer/Schuster*, Maklerrecht (1996) 51.

Maklervertrages kann der Provisionsanspruch nicht entstehen.⁴⁶ Bei Prüfung des Vorliegens eines gültigen Maklervertrags sind folgende Punkte getrennt zu prüfen:

1. Wer ist Vertragspartner des Immobilienmaklers?

- Sphäre Abgeber: Vermieter, Verpächter, Verkäufer, Baurechtsgeber
- Sphäre Interessent: Mieter, Pächter, Käufer, Baurechtsberechtigter

2. Welche Art von Maklervertrag liegt in der jeweiligen Sphäre vor?

- Schlichter Maklervertrag
- Alleinvermittlungsauftrag

Die Immobilienmaklertätigkeit kann somit auf Grundlage eines schlichten Maklervertrags (allgemeiner Maklerauftrag, Vermittlungsauftrag, Suchauftrag) oder eines Alleinvermittlungsauftrags basieren.

Die Beendigung des Maklervertrags erfolgt durch Fristablauf, ordentliche Kündigung, vorzeitige Auflösung, einvernehmliche Auflösung, Tod oder Insolvenz einer Partei.⁴⁷

4.1.1. Maklervertrag: Sphäre Makler – Abgeber

Dem Abgeber steht die Wahl der Beauftragungsart bei Vermittlung seiner Immobilie frei, er kann dem Makler einen schlichten Maklervertrag oder einen Alleinvermittlungsauftrag erteilen. Vor- und Nachteile der jeweiligen Vertragsart werden nachstehend erläutert.

4.1.1.1. Schlichter Maklervertrag

Wird der Immobilienmakler vom Abgeber allgemein für die Vermittlung der Immobilie – Vermietung, Verpachtung, Verkauf – beauftragt, erteilt er dem Makler einen schlichten Maklervertrag. Der schlichte Maklervertrag kann idR auf unbestimmte Zeit formfrei abgeschlossen werden (schriftlich, mündlich, konkludent), er ist jederzeitig von beiden Seiten ohne Angabe von Gründen kündbar. Bei der schriftlichen

⁴⁶ OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h; OGH 28.07.1998, 1 Ob 204/98a; vgl *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 1), immolex 2011, 288.

⁴⁷ Detaillierte Ausführungen zur Beendigung des Maklervertrags siehe *Noss*, Maklerrecht 10 Rz 23 ff.

Auftragserteilung muss die Provisionsvereinbarung im Falle des Vermittlungserfolges definiert sein. Anders als beim exklusiven Alleinvermittlungsauftrag muss sich der Immobilienmakler beim schlichten Maklervertrag nicht um die Vermittlung bemühen und schuldet keinen Vermittlungserfolg (§ 4 Abs 1 MaklerG). Der Abgeber verpflichtet sich hierbei nur zur Provisionszahlung bei erfolgreicher, auftragsmäßiger Vermittlung des Rechtsgeschäfts durch den Makler.

Nachfolgend sollen die Vor- und Nachteile des schlichten Maklervertrages für den Abgeber angeführt werden:

- Vorteile:
 - Beauftragungsmöglichkeit mehrerer Makler, keine exklusive Bindung an einen Makler
 - jederzeitige Auflösungsmöglichkeit des Maklervertrages
 - Möglichkeit der Selbstverwertung der Immobilie ohne Provisionszahlung

- Nachteile:
 - keine Tätigkeitspflicht des Makler hinsichtlich Vermarktung
 - Weniger offensive Vermarktungsmöglichkeiten des Makler durch drohende Umgehungsversuche der Kunden
 - Beauftragung mehrerer Makler führt in praxi zu unterschiedlichen Preisgestaltungen am Markt (Konkurrenzierung, Vorteilsverschaffung), der Kunde bekommt dieselbe Immobilie mehrfach von unterschiedlichen Maklern – zum (Image-)Nachteil der Immobilie – angeboten

4.1.1.2. Alleinvermittlungsauftrag

Im Gegensatz zum schlichten Maklervertrag handelt es sich beim Alleinvermittlungsauftrag sinngemäß um einen Exklusivvertrag. Beim Alleinvermittlungsauftrag muss sich der Immobilienmakler um die Vermittlung bemühen, ihn trifft eine Tätigkeitspflicht. Der Auftraggeber wiederum verpflichtet sich neben der Provisionszahlung im Erfolgsfall keinen weiteren Makler mit der Vermittlung für die Dauer des Alleinvermittlungsauftrags zu beauftragen.

Der Alleinvermittlungsauftrag ist zeitlich auf eine angemessene Höchstdauer befristet, der nur bei Vorliegen von wichtigen Gründen vorzeitig aufgelöst werden kann. Im Konsumentenbereich sind die gesetzlich festgesetzten Höchstfristen gemäß §

30c KSchG zu beachten, die auch bei einer jederzeit möglichen Auftragsverlängerung – selbst noch während aufrechter Vertragsdauer – berücksichtigt werden müssen. Weiters erfordert das KSchG bei Alleinvermittlungsaufträgen mit Konsumenten bei sonstiger Unwirksamkeit das Erfordernis der Schriftlichkeit iSv Unterzeichnung.⁴⁸

Die vorzeitige Auflösung des Alleinvermittlungsauftrages ist nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig, der eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen.⁴⁹ Als wichtige Gründe können folgende Beispiele angeführt werden: Vertrauensunwürdigkeit des Maklers durch grob schuldhaftes Verletzung der Interessenwahrungspflichten gegenüber dem Auftraggeber (Zuwiderhandeln), Untätigkeit, Unzuverlässigkeit sowie Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Auftragsakquise durch in Aussicht stellen von weit überhöhten, aber nicht erzielbaren Verwertungspreisen an Markt.

Löst der Abgeber den Alleinvermittlungsauftrag vorzeitig auf, obwohl kein wichtiger Grund vorliegt, macht er sich schadenersatzpflichtig. Wurde im Vertrag die Anwendbarkeit des § 15 MaklerG vereinbart, steht dem Makler ein Betrag bis zur Höhe des vereinbarten Vermittlungshonorars als Vertragsstrafe zu, die dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt.⁵⁰

Abschließend sollen auch hier die Vor- und Nachteile des Alleinvermittlungsauftrages für den Abgeber aufgezeigt werden:

- Vorteile:
 - Immobilienmakler trifft Tätigkeitspflicht zur Vermarktung
 - Festlegung von Vermarktungsaktivitäten durch den Abgeber
 - Bestmögliche und offensive Vermarktungsmöglichkeiten der Immobilie – Exklusivvertrag schützt Makler vor Umgehung
 - Immobilie wird Interessenten nur von einem Makler angeboten (Sicherstellung von Preis und Qualität)

- Nachteile:
 - Exklusivbindung an einen Makler – sorgfältige Prüfung und Auswahl des passenden Maklers notwendig

⁴⁸ Als Konsument wird auch der Unternehmer iSd UGB behandelt, wenn er als Privatperson einen Alleinvermittlungsauftrag für eine Liegenschaft im Privatbesitz erteilt.

⁴⁹ *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987) 587.

⁵⁰ *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht 50 ff mwN.

- Keine Selbstverwertungsmöglichkeit ohne Provisionszahlung während aufrechter Vertragsdauer
- Vorzeitige Vertragsauflösung nur bei Vorliegen wichtiger Gründe möglich, ansonsten Schadenersatz

4.1.2. Maklervertrag: Sphäre Makler – Interessent

Aufgrund der in Österreich vorherrschenden Doppelmaklertätigkeit ist der Maklervertrag mit dem Interessenten als eigene Geschäftsgrundlage der Vermittlungstätigkeit gesondert zu betrachten.

4.1.2.1. Schlichter Maklervertrag

Der schlichte Maklervertrag zwischen Makler und Interessent kann ebenfalls schriftlich, mündlich oder konkludent zustande kommen.

Schriftlich wird der Maklervertrag durch die Unterzeichnung des Besichtigungsscheins bei der Objektbesichtigung sowie durch die schriftliche Abgabe eines Miet- oder Kaufanbots abgeschlossen, die beide eine Provisionszahlungsverpflichtung bei Zustandekommen des Rechtsgeschäftes beinhalten.

In der Praxis der Immobilienmaklertätigkeit stellt hingegen das konkludente Zustandekommen des schlichten Maklervertrages die Regel dar. Schlüssig bzw. konkludent kommt ein Maklervertrag zustande, wenn sich der Interessent der Vermittlung des Maklers nutzbringend bedient, die für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht.⁵¹ Für den Interessenten muss es erkennbar sein, dass es sich um einen Immobilienmakler handelt, der im Fall der erfolgreichen Vermittlung eine Provisionserwartung hat und auch auf diese (rechtzeitig) hingewiesen hat. Dies gilt vor allem dann, wenn der Makler bereits für den Abgeber tätig ist; der Interessent könnte ansonsten davon ausgehen, dass eine einseitige Beauftragung vorliegt.⁵² Da den Immobilienmakler gegenüber Konsumenten gemäß § 30b Abs 2 KSchG die Verpflichtung trifft, über wesentliche Umstände des Rechtsgeschäftes schriftlich zu informieren (Hinweis Provisionserwartung), wird der Makler dem Interessenten spätestens im Zuge des Besichtigungstermins ein Exposé samt Hinweis auf die Provisi-

⁵¹ LG Wiener Neustadt 01.12.1999, 17 R 88/99h; vgl. *Ostermeyer/Schuster*, Maklerrecht 31 und 51.

⁵² OGH 02.07.2002, 8 Ob 33/02i; OGH 06.06.2005, 9 Ob 129/04t: zu später Hinweis auf die Provisionserwartung.

onshöhe aushändigen, um das schlüssige Zustandekommen des Maklervertrages zu gewährleisten.⁵³

4.1.2.2. Alleinvermittlungsauftrag

Der Interessent schließt mit dem Immobilienmakler einen Alleinvermittlungsauftrag, wenn er dem Makler einen exklusiven Suchauftrag erteilt. In der Praxis kommt diese Art von Exklusivvertrag selten vor, am ehesten noch im Gewerbeimmobilienbereich bei länderüberschreitender Expansion von (Einzel-)Handelsfirmen oder weltweit tätigen Konzernen. Diese erteilen einem international vertretenem Maklerhaus wie z.B. Jones Lang LaSalle ein generelles Exklusivmandat für alle diesbezüglichen Immobilienangelegenheiten („Leadmakler-Vereinbarung“); diese Maklerhäuser schließen wiederum in den jeweiligen Ländern, in denen sie nicht vor Ort vertreten sind oder nicht über das entsprechende Immobilienangebot verfügen, mit regional tätigen Maklern sogenannte „Co-Leadmakler-Vereinbarungen“. Diese Kooperationsvereinbarungen definieren den Interessenten, dessen Anforderungsprofil und beinhalten eine Regelung hinsichtlich Provisionsteilung zwischen den Maklerbüros im Erfolgsfall.

Die zuvor bei der Sphäre des Abgebers formulierten Ausführungen hinsichtlich Alleinvermittlungsauftrag gelten sinngemäß auch für den Exklusivvertrag mit dem Interessenten.

4.1.3. Provisionsvereinbarungen für fehlenden Vermittlungserfolg

Sowohl beim Alleinvermittlungsauftrag als auch beim schlichten Maklervertrag verpflichtet sich der Auftraggeber zur Provisionszahlung für den Fall, dass das Rechtsgeschäft durch auftragsmäßige und verdienstliche Tätigkeit des Immobilienmaklers mit einem Dritten zustande kommt. Weiters können bei beiden Auftragsstypen auch Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolges iSv Vertragsstrafen vereinbart werden (§ 15 MaklerG).⁵⁴

- Schlichter Maklervertrag (§ 15 Abs 1 MaklerG):
 - Widerruf gegen Treu und Glauben (Z1)

⁵³ Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht 56 ff.

⁵⁴ Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht 48 ff mit ausführlicher Behandlung der Maklerverträge nach getrennten Sphären Makler-Abgeber sowie Makler-Interessent.

- Abschluss eines anderen zweckgleichen Rechtsgeschäfts (Z2)
 - Weitergabe / Bekanntgabe von Geschäftsgelegenheiten (Z3)
 - Ausübung Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrechts (Z4)
- Alleinvermittlungsauftrag (§ 15 Abs 2 MaklerG)
 - Fälle nach Abs 1 wie bei schlichtem Maklervertrag
 - Vorzeitige Vertragsauflösung ohne wichtigen Grund (Z1)
 - Vermittlung durch einen anderen beauftragten Makler (Z2)
 - Selbstverkauf durch Auftraggeber (Z3)

4.1.4. Erfolgsunabhängiger Aufwandsersatz

Neben den §15-Provisionsvereinbarungen kann in Ausnahmefällen auch ein erfolgsunabhängiger Aufwandsersatz gemäß § 9 MaklerG getroffen werden. Diese erfolgsunabhängigen Aufwendungen gehen üblicherweise über die mit der Vermittlungstätigkeit anfallenden Tätigkeiten hinaus (z.B. Markt- und Standortanalysen, Parzellierung von Liegenschaften usw.). Zu ihrer Gültigkeit bedarf es der ausdrücklichen Vereinbarung des Kostenersatzes, auch wenn das Rechtsgeschäft nicht zustande kommt.⁵⁵

4.2. Verdienstlichkeit

Der Provisionsanspruch setzt nach § 6 Abs 1 MaklerG voraus, dass das vermittelte Geschäft durch die vertragsmäßige und verdienstliche Tätigkeit des Immobilienmaklers mit einem Dritte zustande gekommen ist. Grundsätzlich kann der Makler einen Provisionsanspruch nur dann erwerben, wenn ein Maklervertrag vorliegt und der Makler wie im Maklervertrag vereinbart tätig wurde.⁵⁶ Eine verdienstliche Tätigkeit liegt demnach vor, wenn sie den Anforderungen des Vermittlungsvertrages entspricht und ihrer Art nach geeignet ist, für den Auftraggeber Vertragspartner aufzufinden bzw. diese zum Vertragsabschluss zu bewegen.⁵⁷ Der Gesetzgeber spricht

⁵⁵ Schriftlichkeitsgebot gem § 31 Z 1 KSchG ist hierbei zu beachten; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 60 ff mnH.

⁵⁶ *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 4; ausführlich *Fromherz*, Zur sogenannten „Verdienstlichkeit“ der Maklertätigkeit für das abgeschlossene Geschäft, JBI 1990, 150; vgl *Eberhardt*, Die Verdienstlichkeit des Maklers, *ecolex* 2011, 284; vgl *Kothbauer*, Zur Verdienstlichkeit des Maklers, *immolex* 2013, 224.

⁵⁷ RS0062747; zuletzt OGH 23.01.2014, 6 Ob 207/13d; vgl OGH 05.05.2012, 2 Ob 91/10m; OGH 21.09.2006, 2 Ob 80/05m; OGH 21.12.2005, 7 Ob 145/05g; *Gartner/Karandi*, Makler-

von einer zumindest entfaltenden Vermittlungstätigkeit des Maklers, folglich muss er mit beiden Seiten Verhandlungen führen, um das vom Auftraggeber beabsichtigte Geschäft herbeizuführen.⁵⁸ Der Makler muss mit dem Vertragspartner verhandeln, den Geschäftsabschluss fördern, auf den Entschluss des Vertragspartners einwirken, Angebote schmackhaft machen sowie Vorstellungen bekräften bzw. entkräften.⁵⁹

Da im Geschäftszweig der Immobilienmakler ein abweichender Gebrauch besteht, stellt die Namhaftmachung als Nachweisung einer Geschäftsgelegenheit die Untergrenze der Verdienstlichkeit dar und begründet den Provisionsanspruch (§ 6 Abs 2 MaklerG).⁶⁰ Die Frage der Verdienstlichkeit hängt immer von den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls ab.⁶¹

4.2.1. Namhaftmachung

Unter Namhaftmachung versteht man die erstmalige Nennung eines bisher unbekanntem Interessenten, mit dem ein Vertragsabschluss der gewünschten Art mit hinreichend begründeter und positiver Erfolgsaussicht versucht werden kann.⁶² Von einer Namhaftmachung kann nur gesprochen werden, wenn der Makler dem Auftraggeber von einer Abschlussgelegenheit Kenntnis verschafft.⁶³ Der Nachweis bzw. die Namhaftmachung muss es dem Interessenten ermöglichen, ohne weiteres in konkrete Vertragsverhandlungen zu treten. Der Makler wird deshalb dem Auftraggeber nicht nur die Abschlussgelegenheit, sondern auch den Vertragspartner oder dessen zu Vertragsverhandlungen bevollmächtigten Vertreter individuell bezeichnen müssen. Der Namhaftgemachte muss soweit individualisiert werden, dass sich der Auftraggeber mit ihm in Verbindung setzen kann.⁶⁴ Dazu wird idR eine ausdrückliche namentliche Benennung mit Angabe der Adresse erforderlich sein, die Individualisierung kann aber auch auf andere Art und Weise erfolgen.⁶⁵ Ist eine Individuali-

gesetz § 1 6 Rz 4; Noss, Maklerrecht 15 Rz 31 mwH: Verdienstlichkeit kann auch als Summe aller zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbarten Pflichten verstanden werden.

⁵⁸ ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 18 und 23.

⁵⁹ Gartner/Karandi, Maklergesetz § 6 Rz 4.

⁶⁰ Vgl OGH 23.01.2014, 6 Ob 207/13d; OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a.

⁶¹ OGH 21.09.2006, 2 Ob 80/05m.

⁶² OGH 30.08.2006, 7 Ob 169/06p; OGH 30.08.2006, 7 Ob 174/06y; OGH 21.12.2005, 7 Ob 145/05g; OGH 15.12.2004, 9 Ob 57/04d.

⁶³ RS0119614; OGH 23.01.2014, 6 Ob 207/13d; OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a.

⁶⁴ OGH 21.09.2006, 2 Ob 80/05m; Noss, Maklerrecht 15 Rz 32 mwN zur Judikatur.

⁶⁵ Fromherz, MaklerG § 1 Rz 9 mwN.

sierung schwierig oder durch den Makler in unzureichender Weise erfolgt, sodass der Auftraggeber nur nach zusätzlichen, aufwendigen Erhebungen mit dem Interessenten in Kontakt treten kann, ist im Einzelfall zu prüfen, ob von einer Namhaftmachung überhaupt noch gesprochen werden kann.⁶⁶

Die Vorkennntnis der namhaft gemachten Person als Individuum schadet nicht; wesentlich ist nur, dass die Person in ihrer Eigenschaft als potentieller Geschäftspartner unbekannt ist.⁶⁷ Eine Nachweisung einer Kaufgelegenheit liegt auch vor, wenn der Immobilienmakler dem Auftraggeber eine von ihm zwar vermutete oder erhoffte, aber erst durch die Vermittlung des Maklers konkret gewordene Erwerbsmöglichkeit verschafft.⁶⁸ Die Verdienstlichkeit des Maklers wird nach der Rechtsprechung auch dann anerkannt, wenn dem Auftraggeber bereits die Geschäftsgelegenheit bekannt war, er aber den Makler zur Unterstützung für den Abschluss der Geschäftsgelegenheit in Anspruch nimmt.⁶⁹

Die Bekanntgabe einer Mehrheit von Interessenten ist dann als verdienstliche Namhaftmachung des Maklers zu werten, wenn jedenfalls auch Personen namhaft gemacht werden, mit denen ein Vertragsabschluss der gewünschten Art mit begründeter Erfolgsaussicht versucht werden kann, und wenn dadurch der Kreis der abstrakt möglichen Interessenten so erheblich eingeengt wird, dass von einer wesentlichen Erweiterung des Kenntnis des Auftraggebers – und insofern von einer wesentlichen Förderung seiner Zwecke – gesprochen werden kann.⁷⁰

Der erforderlichen Individualisierung bzw. Konkretisierung des Interessenten wird grundsätzlich auch dann entsprochen, wenn sich der Interessent aufgrund des Nachweises der Geschäftsgelegenheit durch den Makler gleich direkt mit dem Auftraggeber Kontakt aufnimmt. Hat der Makler den Interessenten hierbei (noch) nicht namhaft gemacht und verschweigt der Interessent dem Auftraggeber den Umstand, dass er von der Geschäftsgelegenheit durch den Makler erfahren hat, trägt der Mak-

⁶⁶ *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 21.

⁶⁷ OGH 15.12.2004, 9 Ob 57/04d; vgl. *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 2), *immolex* 2011, 320.

⁶⁸ OGH 05.05.2012, 2 Ob 91/10m; OGH 21.09.2006, 2 Ob 80/05m: Verkauf von (weiteren) Miteigentumsanteilen an einen bereits bestehenden Miteigentümer eines Zinshauses, der vom Verkauf der restlichen Miteigentumsanteile erst durch den Makler erfuhr, dem Abgeber hingegen bei Auftragserteilung an den Makler bereits als potentieller Kaufinteressent für die restlichen Miteigentumsanteile bekannt war.

⁶⁹ Vgl. OGH 23.01.2014, 6 Ob 207/13d; OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a.

⁷⁰ OGH 15.12.2004, 9 Ob 57/04d; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 20; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 66.

ler das Risiko der mangelnden Verdienstlichkeit.⁷¹ Der Auftraggeber ist keinesfalls verpflichtet, diesbezügliche Erkundigungen oder Nachforschungen über den Interessenten beim Makler durchzuführen, um damit einen ansonsten gar nicht bestehenden Provisionsanspruch durch Kenntnisnahme des Maklers vor Vertragsabschluss doch noch zu begründen.⁷²

Erfolgt eine Vermittlung einer Geschäftsgelegenheit ohne Einverständnis des Verfügungsberechtigten, verhält sich der Immobilienmakler zwar standeswidrig (§ 4 Abs 1 Z 1 IMV), dies hat allerdings keinen (negativen) Einfluss auf die Verdienstlichkeit, da es hierbei nicht darauf ankommt, auf welche Art und Weise sich der Makler Kenntnis von der Geschäftsgelegenheit verschafft hat.⁷³

4.3. Vermittlungserfolg

Aufgrund des im Immobilienmaklerrecht vorherrschenden Erfolgsprinzips entsteht der Provisionsanspruch mit rechtswirksamen Zustandekommen des vermittelten Geschäfts (§§ 6 Abs 1, 7 Abs 1 MaklerG).⁷⁴ Der Vermittlungserfolg tritt somit ein, wenn die Parteien eine Willensübereinstimmung über die wesentlichen Vertragspunkte des Hauptvertrages (*essentialia negotii*) erzielt haben (§ 861 ABGB). IdR kommt das Vermittlungsgeschäft bereits mit Einigung über Vertragsobjekt und Preis zustande, was bereits mit fristgerechter Annahme eines Miet- oder Kaufanbots vorliegt, da alle wesentlichen Bestandteile meistens enthalten sind. Hierbei wird bereits eine Provisionspflicht ausgelöst, eine verbücherungsfähige Vertragsform ist nicht Voraussetzung für das Entstehen des Provisionsanspruches; auch ein mündlich abgeschlossener Hauptvertrag lässt den Provisionsanspruch entstehen.⁷⁵ Dissens über Nebenpunkte im Vertrag – so diese Gegenstand von Vertragsverhandlungen sind – oder auch mangelnde Vertretungsmacht, das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen sowie das Missachten von bestimmten Formvorschriften (z.B. beim Realvertrag) verhindern hingegen die Rechtswirksamkeit.⁷⁶

⁷¹ OGH 23.01.2014, 6 Ob 207/13d; OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 18.

⁷² Vgl OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a; OGH 30.08.2006, 7 Ob 174/06y; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 22.

⁷³ *S. Bydlinski*, Maklergesetz § 6 Anm 10; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 24.

⁷⁴ OGH 16.05.2006, 5 Ob 9/06v.

⁷⁵ *Noss*, Maklerrecht 22 Rz 42; vgl *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 1), *immolex* 2011, 288.

⁷⁶ OGH 23.11.2005, 9 Ob 115/04h; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 1; *Noss*, Maklerrecht 22 Rz 42.

In der Folge sollen jene Fälle aufgezeigt werden, die einen Provisionsanspruch des Maklers entstehen lassen können, obwohl das ins Auge gefasst Geschäft nicht oder auf andere Art und Weise (zweckgleiches Rechtsgeschäft) zustande gekommen ist.

4.3.1. Vorvertrag, Punktation

Ein Vorvertrag gemäß § 936 ABGB stellt im Gegensatz zum Hauptvertrag eine qualifizierte Vereinbarung dar, mit der die Parteien die Verpflichtung eingehen, den Abschluss des Hauptvertrages zu einem späteren Zeitpunkt abschließen zu wollen, da noch Unklarheiten vorliegen oder der Eintritt gewisser Umstände abgewartet werden soll.⁷⁷ Der Provisionsanspruch entsteht hierbei erst mit Abschluss des eigentlichen Hauptvertrages. Die Rechtsprechung geht bei Konsensualverträgen im Zweifel vom Abschluss eines Hauptvertrages aus und nicht vom Abschluss eines Vorvertrags als ein von den Parteien gewählter, umständlicher Weg zum Hauptvertrag.⁷⁸

Eine Punktation gemäß § 885 ABGB ist ein von den Parteien unterfertigtes Schriftstück, in dem die wesentlichen Vertragsbestandteile geregelt sind; die Errichtung der Urkunde erfolgt nur mehr zu Formzwecken. Da die Punktation selbst einen direkten Leistungsanspruch gewährt, lässt sie ebenfalls den Provisionsanspruch des Maklers entstehen.⁷⁹

4.3.2. Option

Optionsverträge sind Verträge, die einem Beteiligten das Recht einräumen, ein inhaltlich bereits vereinbartes, erst in Aussicht genommenes Rechtsgeschäft durch einseitige Erklärung in Geltung zu setzen.⁸⁰ Das Vorkaufsrecht ist somit ein Unterfall des Optionsrechts, das ein durch den Vorkaufsfall bedingtes Optionsrecht darstellt.⁸¹

⁷⁷ *Binder in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ (2006) § 936 Rz 7 mwN.

⁷⁸ Vgl OGH 14.10.1997, 1 Ob 2322/96v; OGH 26.06.2003, 6 Ob 241/02p; *Reischauer in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 936 Rz 1; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 3; *Noss*, Maklerrecht 22 Rz 43 mwN zur Rsp.

⁷⁹ Vgl *Binder in Schwimann*, ABGB § 886 Rz 4; *S. Bydlinski*, Maklergesetz § 7 Anm 4; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 78 mwN; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 3 f.

⁸⁰ *F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2² (1978) § 791.

⁸¹ Zum Verhältnis Optionsrecht und Vorkaufsrecht siehe *F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer*, ABGB § 791 ff mwN;

Bei einer Option handelt es sich somit um einen (aufschiebend) bedingten Vertrag, dessen Bedingung mit der Erklärung des Berechtigten, die Option auszuüben, eintritt. Die Option räumt dem Berechtigten ein zumeist zeitlich befristetes Gestaltungsrecht ein, das er – unabhängig von einer weiteren rechtsgeschäftlichen Erklärung des Verpflichteten – hervorrufen kann. Mit fristgerechter Ausübung wird ein Erfüllungsanspruch erworben, es kann sofort auf Erfüllung geklagt werden.⁸² So kann z.B. der Mietoptionsberechtigte sofort auf Übergabe des Bestandsobjektes klagen.⁸³ Optionsrechte sind grundsätzlich auch auf Dritte übertragbar.⁸⁴ Voraussetzung dafür ist, dass der Optionsverpflichtete in die Übertragung eingewilligt hat, ansonsten er sich keinen anderen Schuldner aufdrängen lassen muss (§ 1405 ABGB).⁸⁵ Folglich enthalten viele Optionsverträge bereits im Optionsvertrag die Klausel, dass der Optionsverpflichtete einer möglichen Übertragung der Optionsrechte durch den Optionsberechtigten auf Dritte zustimmt.

Der Hauptvertrag und der Provisionsanspruch entstehen allerdings erst mit Ausübung des Optionsrechtes, außer die Vermittlung des Optionsrechtes an sich stellt bereits das vermittelte Geschäft des Maklers dar (§ 1 Z 2 IMV).⁸⁶ So kann der Immobilienmakler auch für die Vermittlung des Optionsrechts (Einräumung) eine Provision vereinbaren, selbst wenn der Optionsberechtigte vom vermittelten Optionsrecht keinen Gebrauch macht. Hierfür kann mit dem Optionsberechtigten bereits die Hälfte des zustehenden Provisionsbetrags vereinbart werden; die andere Provisionshälfte entsteht erst mit Ausübung und Rechtswirksamkeit des Geschäfts (§ 14 IMV). Kommt das Rechtsgeschäft erst nach Ablauf der Optionsfrist zustande, hat der Makler wieder Anspruch auf die volle Mieter-/Käuferprovision und muss sich eine eventuell bereits erhaltene Provision für die Optionsvermittlung nicht anrechnen lassen. In keinem Fall kann vom Optionsverpflichteten eine Provision vor Ausübung des Optionsrechts begehrt werden; auch nicht, wenn er dafür ein Optionsentgelt erhält. Die Abgeberprovision entsteht somit erst mit Rechtswirksamkeit des Geschäftsabschlusses.⁸⁷

⁸² *Rummel in Rummel*, ABGB § 862 Rz 6 mwH.

⁸³ Vgl. *Binder in Schwimann*, ABGB § 936 Rz 12.

⁸⁴ *F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer*, ABGB § 794, 797; *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB § 861 Rz 12 mwN.

⁸⁵ *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB § 861 Rz 12 mwN.

⁸⁶ Vgl. *S. Bydlinski*, Maklergesetz § 7 Anm 4; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 78; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 5.

⁸⁷ *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht 251 f.

4.3.3. Aufschiebende Bedingung – Auflösende Bedingung

Aufschiebend bedingte Verträge kommen erst mit Eintritt der Bedingung zustande, der Provisionsanspruch entsteht erst mit Bedingungseintritt (z.B. behördliche Genehmigungen, Volljährigkeit, Kündigung des Vormieters).⁸⁸ Bedarf das vom Makler vermittelte Geschäft zu seiner Wirksamkeit der behördlichen Genehmigung, entsteht der Provisionsanspruch erst mit rechtskräftiger Genehmigungserteilung.⁸⁹ Tritt die aufschiebende Bedingung nicht ein oder wird das vermittelte Geschäft vor Eintritt der Bedingung einvernehmlich aufgelöst, steht dem Makler eine Provision nur bei absichtlicher Provisionsverhinderung (Behauptungs- und Beweislast obliegt Makler) oder bei Vorliegen einer Vereinbarung nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG zu. Der Nachweis, dass die Bedingung eingetreten wäre, genügt nicht.⁹⁰

Im Gegensatz zur aufschiebenden Bedingung wird bei der auflösenden Bedingung das Rechtsgeschäft sofort gültig und ebenso der Provisionsanspruch fällig. Der Eintritt der auflösenden Bedingung führt jedoch zur Beseitigung des gültigen Vertrages. Ob die Provision in diesem Fall zurückgefordert werden kann, wird von der Rechtsprechung differenziert betrachtet. Es wird darauf abgestellt, ob der vermittelte Vertrag für den Auftraggeber trotz Eintritts der auflösenden Bedingung wirtschaftlich von Wert war und somit aus wirtschaftlichen Zweckgleichwertigkeitsgründen einem unbedingtem Rechtsgeschäft gleichzuhalten ist.⁹¹ War er von Nutzen, kann der Auftraggeber die bezahlte Provision nicht zurückfordern; ohne wirtschaftlichen Nutzen entfällt der Provisionsanspruch nachträglich. Im Übrigen kann eine auflösende Bedingung auch einer aufschiebenden Bedingung gleichkommen, was durch Vertragsauslegung zu eruieren ist. Eine negative auflösende Bedingung wird idR nach dem Parteiwillen einer positiven auflösenden Bedingung entsprechen.⁹²

⁸⁸ Vgl ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 21; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 95 mwN.

⁸⁹ OGH 19.09.2002, 3 Ob 293/01m; *S. Bydlinski*, Maklergesetz § 7 Anm 3; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 95 mwN.

⁹⁰ OGH 30.06.2003, 7 Ob 116/03i mwN; OGH 13.03.2002, 4 Ob 37/02y; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 8; *Noss*, Maklerrecht 23 Rz 44 mwN zur Rsp.

⁹¹ OGH 26.06.1985, 1 Ob 564/85.

⁹² OGH 28.02.2005, 5 Ob 182/04g; *Noss*, Maklerrecht 24 Rz 45 mwN; vgl *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 9 mwN.

4.3.4. Zwangsversteigerung

Das vom Immobilienmakler vermittelte Geschäft muss auf einer freien Willenseinigung der Vertragsparteien beruhen. Die Nachweisung einer Erwerbsmöglichkeit im Zwangsversteigerungsverfahren ist idR davon nicht umfasst. Die Parteien können aber im Rahmen der Parteienautonomie auch für derartige Nachweisungen eine Provisionspflicht vereinbaren.⁹³

4.3.5. Zweckgleiches Rechtsgeschäft

Dem Immobilienmakler gebührt auch dann Provision, wenn auf Grund seiner Vermittlungstätigkeit zwar nicht das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft, wohl aber ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustande gekommen ist (§ 6 Abs 3 MaklerG). Wesentlich ist, dass *anstatt* dem vereinbarten und ins Auge gefassten Geschäft ein wirtschaftlich zweckgleiches Rechtsgeschäft abgeschlossen wird.

In welchen Fällen ein wirtschaftlich zweckgleiches Rechtsgeschäft vorliegt, kann nur nach den Umständen des Einzelfalles und immer anhand des erteilten Vermittlungsauftrags beurteilt werden, ohne dass sich hierfür allgemeine Regeln aufstellen ließen.⁹⁴ Bei der Beurteilung der Zweckgleichwertigkeit wird auf den Empfängerhorizont der Parteienabsicht abgestellt. Führt diese Vertragsauslegung nicht weiter, ist im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung zu fragen, was redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht bedachten Fall berücksichtigte hätten bzw. was nach der Übung des redlichen Verkehrs als ergänzende Regelung angenommen werden muss.⁹⁵ Eine Provisionspflicht ist dann zu bejahen, wenn das abgeschlossene Geschäft nach den Umständen des Einzelfalles für den vom Auftraggeber angestrebten Zweck (annähernd) gleichwertig ist.⁹⁶

⁹³ OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k; Noss, Maklerrecht 24 Rz 46; vgl *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 38; vgl *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers im Bieterverfahren, *immolex* 2009, 356.

⁹⁴ OGH 21.12.2010, 8 Ob 130/10s; OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k; OGH 25.01.2005, 1 Ob 98/04a.

⁹⁵ OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 58; Noss, Maklerrecht 25 Rz 47 mwN.

⁹⁶ OGH 25.09.2001, 4 Ob 220/01h; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 71; vgl *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 59 mwN.

Von der Judikatur wurden im Wesentlichen vier Fallgruppen der Zweckgleichwertigkeit behandelt, auf die nachfolgend eingegangen werden soll:⁹⁷

- Abschluss eines Geschäfts, das seinem Typ nach nicht Gegenstand des Maklervertrags war, über das Vertragsobjekt mit dem Auftraggeber des Maklers;
- Abschluss eines Geschäfts mit dem Auftraggeber entsprechend dem im Maklervertrag vorgesehenem Typ, jedoch über ein anderes Objekt, das nicht Gegenstand des Maklervertrags war;
- Abschluss eines Geschäfts nach dem im Maklervertrag vorgesehen Typ über das Vertragsobjekt, jedoch mit einer vom Auftraggeber verschiedenen Person;
- Abschluss eines Geschäfts mit dem Auftraggeber über das Vertragsobjekt und dem im Maklervertrag vorgesehen Typ, jedoch unter anderen Nebenbedingungen.

4.3.4.1. Anderer Rechtsgeschäftstyp

Der erste Fall von Zweckgleichwertigkeit liegt vor, wenn der Auftraggeber mit einem vom Makler vermittelten Interessenten auf Basis eines anderen als im Vermittlungsauftrag definierten Vertragstyp abschließt (z.B. Mietvertrag statt Kaufvertrag und umgekehrt; Untermietvertrag statt Hauptmietvertrag). Der Abschluss des anderen Rechtsgeschäftstyps muss an die Stelle des ursprünglich abgeschlossenen Geschäfts treten. Dies ist nicht der Fall, wenn die Parteien zuerst einen Mietvertrag über da Objekt abschließen und in der Folge dann einen Kaufvertrag; hierbei handelt es sich dann um ein Folgegeschäft.

Da für den Fall des Abschlusses eines zweckgleichen Rechtsgeschäfts idR keine Provisionsvereinbarung für den zweckgleichen Geschäftsabschluss vorliegt, steht dem Immobilienmakler in diesem Fall gemäß § 8 MaklerG nur die ortübliche bzw. angemessene Provision zu. *Knittl/Holzapfel* empfehlen daher nachträglich, aber vor Abschluss des Hauptvertrags eine diesbezügliche Provisionsvereinbarung abzuschließen.⁹⁸

⁹⁷ OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 60.

⁹⁸ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 71 f.

4.3.4.2. Anderes Vertragsobjekt

Der zweite Fall des zweckgleichen Rechtsgeschäfts betrifft Geschäftsabschlüsse mit dem vorgesehenen Vertragstyp (z.B. Vermittlung eines Mietvertrages), aber über ein anderes Objekt, das nicht Gegenstand des Vermittlungsauftrages ist. Die Rechtsprechung stellt hierbei wiederum auf den Einzelfall ab, ob Zweckgleichwertigkeit gegeben ist.

In der Praxis bietet der Immobilienmakler dem Interessenten das Objekt des Vermittlungsauftrags an, macht den Interessenten beim Abgeber namhaft und führt gemeinsame Besprechungs- und Besichtigungstermine durch, bei denen die Kontaktdaten zwischen Abgeber und Interessent ausgetauscht werden. Der Makler wird oft nicht mehr in die Folgegespräche eingebunden und läuft fortan dem aktuellen Informationsstand der Gespräche und auch seiner Verdienstlichkeit hinterher. Diverse Abgeber verfügen über große Immobilienbestände mit gleichartigen Immobilien (Zinshäuser, Gewerbeparks, Bürohäuser usw.) und bieten dem Interessenten oft gleich direkt Alternativobjekte an, ohne den Makler einzubinden und ohne dass der Makler für dieses konkrete Objekt einen zusätzlichen Vermittlungsauftrag hat. Vor allem im Gewerbeimmobilienbereich kommt es vor, dass der Interessent einen langfristigen Mietbindungswillen hat und der Abgeber ihm auch einen nutzerspezifischen Neubau auf einem anderen Standort errichten lässt.

In all diesen Fällen muss geprüft werden, ob der beabsichtigte Zweck noch der gleiche ist. Kauft der vermittelte Interessent eine andere Anlagewohnung des Abgebers, ist der Zweck der verfolgten Kapitalanlage derselbe. Mietet der Mietinteressent ein anderes Büroobjekt oder errichtet der Vermieter ihm gleich ein neues Büroobjekt, bleibt die Zweckgleichwertigkeit erhalten. Aufgrund der Einzelfalllastigkeit der Judikatur empfehlen *Knittl/Holzapfel* zudem eine Anspruchsabsicherung nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG zu vereinbaren.⁹⁹

4.3.4.3. Andere Person

Der dritte Fall der Zweckgleichwertigkeit kommt zum Tragen, wenn der Geschäftsabschluss mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person erfolgt. Zweckgleichwertigkeit ist auch gegeben, wenn das Rechtsgeschäft mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person erfolgt, in deren Interesse der Auftrag erteilt wurde, wenn nur ein Vertrag, wie er jenem dem Vermittler erteilten Auftrag ent-

⁹⁹ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 72.

spricht, zustande gekommen ist und der Geschäftsabschluss durch den Dritten vom Vermittlungsauftrag ausdrücklich oder schlüssig umfasst ist.¹⁰⁰ Entscheidend ist das Zustandekommen eines dem Vermittlungsauftrag entsprechenden Vertrags. Das unter Ausnutzung der Kenntnisse aus dem Vermittlungsauftrag abgeschlossenen Geschäft eines Dritten kann der Vermittlung des eigenen Vertragsabschlusses des Auftraggebers wirtschaftlich durchaus gleichwertig sein, selbst wenn der Auftraggeber selbst überhaupt kein Geschäft abgeschlossen hat.¹⁰¹

In der Praxis betrifft es vor allem die Sphäre des Interessenten, in denen der vom Interessenten verschiedene Dritte letztlich das Rechtsgeschäft abschließt: Anstelle des einen Elternteils schließt der andere Elternteil oder das Kind den Vertrag; statt der Konzernmutter tritt letztlich ein im Sinne des AktG¹⁰² verbundenes (Tochter-)Unternehmen oder eine eigens dafür neu gegründete Projektgesellschaft auf.

Besonderes Augenmerk ist folglich darauf zu legen, wer als Interessent auftritt und an wen der Makler das Standortangebot formell richten muss. Bei Standortangeboten an Unternehmen ist zu differenzieren, ob der Geschäftsführer einer GmbH für die Gesellschaft als Organ nach außen auftritt oder ob er als Privatperson agiert. Nach der Vertrauenstheorie kommt es darauf an, wie ein redlicher und verständiger Erklärungsempfänger die Erklärung des Geschäftsführers auffassen musste. Hat der Geschäftsführer seine Offenlegungspflicht nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht, muss von einem Eigengeschäft ausgegangen werden.¹⁰³

4.3.4.4. Andere Vertragsbedingungen

Der letzte Fall von Zweckgleichwertigkeit des Rechtsgeschäfts betrifft Geschäfte, die zu anderen als im Vermittlungsauftrag vorgesehenen Vertragsbedingungen abgeschlossen werden.

Hierbei ist zu differenzieren, ob es sich um Änderung der Vertragsbedingungen auf Basis der normalen Vermittlungstätigkeit gemäß § 6 Abs 1 MaklerG handelt oder ob tatsächlich ein zweckgleiches Rechtsgeschäft gemäß § 6 Abs 3 MaklerG vorliegt. Im Laufe der Vermittlungstätigkeit werden Vertrags- und auch Nebenbedingungen oftmals überdacht und angepasst, sodass es später mit Annahme des Anbots oder mit

¹⁰⁰ Vgl OGH 15.07.2011, 8 Ob 68/11z; OGH 30.03.2000, 2 Ob 75/00v.

¹⁰¹ OGH 26.08.2004, 3 Ob 184/04m.

¹⁰² Aktiengesetz BGBl. 1965/98.

¹⁰³ OGH 22.10.1996, 10 Ob 2119/96g; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht 73 f; vgl *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 63 mwN.

Abschluss des Rechtsgeschäfts auch zur Anpassung des Maklervertrags kommt und der Provisionsanspruch gemäß § 6 Abs 1 MaklerG besteht.

Zweckgleichwertigkeit iSv § 6 Abs 3 MaklerG kann dennoch vorliegen, wenn der Vertragsabschluss zu wesentlich günstigeren Konditionen erfolgt, als vom beauftragten Makler in Aussicht gestellt.¹⁰⁴

4.3.4.5. Abgrenzung § 6 Abs 3 MaklerG – § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG

Wie zuvor ausgeführt, hat der Makler gemäß § 6 Abs 3 MaklerG Anspruch auf Provision, wenn auf Grund seiner Tätigkeit zwar nicht das vertragsmäßig zu vermittelnde Geschäft, aber ein wirtschaftlich zweckgleichwertiges Rechtsgeschäft zustande kommt.

Mit der ausdrücklichen Vereinbarung nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG kann sich der Makler seinen Provisions- oder Vergütungsanspruch zusätzlich für Fälle sichern, in denen ein anderes als ein zweckgleichwertiges Rechtsgeschäft iSv § 6 Abs 3 MaklerG zustande kommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt. § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG kommt somit erst zur Anwendung, wenn keine Zweckgleichwertigkeit mehr gegeben ist, was bei großzügiger Auslegung von § 6 Abs 3 MaklerG wenig Spielraum übrig lässt, aber in Bezug auf Folgegeschäfte einen möglicherweise neuen Anwendungsbereich finden könnte.¹⁰⁵

4.3.4.6. Zweckgleichwertigkeit bejahend Fälle

In folgenden Fällen wurde die Zweckgleichwertigkeit von der Judikatur bejaht:¹⁰⁶

- Geschäftsabschluss mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person, in deren Interesse der Auftrag erteilt wird¹⁰⁷
- Abschluss Bestandsvertrag anstelle Kaufvertrag¹⁰⁸
- Abschluss Untermietvertrag anstelle Hauptmietvertrag¹⁰⁹

¹⁰⁴ OGH 18.05.1998, 8 Ob 410/97w; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 74 f.

¹⁰⁵ *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 15 Rz 26 ff mwH; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 65 ff mwN; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 134; *Ostermeyer/Schuster*, Maklerrecht 77.

¹⁰⁶ *Prader*, Entscheidungen zum Immobilienmaklerrecht (2012) 28.

¹⁰⁷ OGH 27.04.1987, 1 Ob 597/87; OGH 22.10.1996, 10 Ob 2119/96g; OGH 15.07.2011, 8 Ob 68/11z; OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12a.

¹⁰⁸ OGH 26.02.1987, 6 Ob 508/87; OGH 18.05.1998, 8 Ob 410/97w.

¹⁰⁹ OGH 18.05.1998, 8 Ob 410/97w.

- Abschluss eines Bestandsvertrags mit dem Vermieter zu wesentlich günstigeren Konditionen als ursprünglich von dem vom Vormieter beauftragten Makler in Aussicht gestellt¹¹⁰
- Wurde das eigentliche Geschäft mit einem ca. 1/3 höheren Kaufpreis abgeschlossen, liegt derselbe Vertrag und kein Fall von § 6 Abs 3 MaklerG vor¹¹¹
- Bietet der Makler das Grundstück dem Prokuristen einer GmbH an und wird der Vertrag dann letztlich mit einer Genossenschaft, die Gesellschafterin der GmbH ist, abgeschlossen, ist das eigentliche Geschäft zustande gekommen, wenn der Prokurist, mit dem der Makler verhandelt hatte - nach offengelegten Umständen - gleichsam "als verlängerter Arm" und daher zumindest als Empfangsbote der späteren Käuferin tätig war¹¹²
- Abschluss eines Hauptmietvertrags, bei dem die Ehegattin Mitgesellschafterin ist und anschließender Untervermietung an den Auftraggeber, dessen Ziel es war, Räumlichkeiten für eine Bürogemeinschaft zu erhalten¹¹³
- Vertragsabschluss mit einer konzernrechtlich mit der als Interessentin namhaft gemachte Gesellschaft¹¹⁴; Vertragsabschluss mit einer 100%-Tochter¹¹⁵
- Kauf im Familienverband, obwohl der Makler mit dem Käufer nie in Kontakt war¹¹⁶
- Kauf im Familienverband, wenngleich durch den Vorgänger des Verkäufers, nachdem der ursprüngliche Vertrag aufgehoben und vom Vorgänger mit einer anderen Person im Verband abgeschlossen wird¹¹⁷
- Unternehmens- und Liegenschaftsübertragung durch eine GmbH-Neugründung und Anteilsabtretung¹¹⁸

4.3.4.7. Zweckgleichwertigkeit verneinende Fälle

Die Zweckgleichwertigkeit wurde in folgenden Fällen von der Rechtsprechung verneint:¹¹⁹

- Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren¹²⁰

¹¹⁰ OGH 18.05.1998, 8 Ob 410/97w.

¹¹¹ OGH 21.12.2005, 7 Ob 145/05g.

¹¹² OGH 17.05.2004, 1 Ob 99/04x.

¹¹³ OGH 10.11.1993, 7 Ob 555/93.

¹¹⁴ OGH 07.07.1988; 6 Ob 620/88.

¹¹⁵ OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h.

¹¹⁶ OGH 20.02.2002, 2 Ob 122/01g.

¹¹⁷ OGH 30.03.2000, 2 Ob 75/00v.

¹¹⁸ OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a.

¹¹⁹ Prader, Entscheidungen zum Immobilienmaklerrecht 28 f.

- Abschluss eines Hauptmietvertrags, nur weil die Ehegattin Mitgesellschafterin ist¹²¹
- Ankauf eines Wohnungseigentumsobjekts nach Wohnungseigentumsbegründung anstelle der gesamten Liegenschaft vor Wohnungseigentumsbegründung¹²²

4.4. Kausalität und Adäquanz

Steht die Verdienstlichkeit der Maklertätigkeit fest, müssen im nächsten Schritt die Kausalität und die Adäquanz der Maklertätigkeit in Bezug auf den Geschäftsabschluss untersucht werden.¹²³ Zwischen verdienstlicher Vermittlungstätigkeit und dem Zustandekommen des Geschäfts muss somit ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.¹²⁴ Dabei ist entscheidend, ob die an sich verdienstliche und zumindest mitkausale Tätigkeit des Immobilienmaklers für das letztlich zustande gekommene Geschäft bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände im konkreten Einzelfall als inadäquat angesehen werden muss.¹²⁵ Kausalität und Adäquanz sind als Prüfungstatbestände streng voneinander zu trennen und werden in der Praxis oft verwechselt.¹²⁶

4.4.1. Kausalität

Bei der Frage nach der Kausalität ist im Rahmen der *conditio sine qua non*-Prüfung zu untersuchen, ob das Verhalten des Maklers ursächlich für den Vertragsabschluss war und somit das Geschäft auch zustande gekommen wäre, wenn man sich die Tätigkeit des Maklers wegdenkt. Die Kausalität des Maklers geht selbst dann nicht verloren, wenn zwischenzeitlich andere Ursachen gesetzt wurden, die alle gemeinsam zu Erfolg führten.¹²⁷ Für das Entstehen des Provisionsanspruches reicht jede Form der (Mit-)Verursachung aus.¹²⁸ Waren neben dem Makler auch noch andere

¹²⁰ OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k.

¹²¹ OGH 10.11.1993, 7 Ob 555/93.

¹²² OGH 21.12.2010, 8 Ob 130/10s.

¹²³ *Jabornegg*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644.

¹²⁴ RS0062878; zuletzt OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m.

¹²⁵ RS0062878; OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m uvm; vgl. *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 2), immolex 2011, 320.

¹²⁶ OGH 29.05.1995, 1 Ob 563/95.

¹²⁷ OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; OGH 30.08.2006, 7 Ob 169/06p

¹²⁸ OGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d; OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b; *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 28 mwN; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 7 f; *Noss*, Maklerrecht 30 Rz 52.

Makler oder Personen kausal tätig, ändert das nichts am Entstehen des Provisionsanspruchs.¹²⁹

War die Geschäftsgelegenheit dem Interessenten bereits vor dem Maklerangebot bekannt, ist die Maklertätigkeit somit nicht kausal. Der Makler kann dennoch einen Provisionsanspruch erwerben, wenn in andere Weise – etwa durch Förderungen der Verhandlungen – verdienstlich tätig wurde.¹³⁰ Der Interessent wird idR dem Makler eine Absage übermitteln, in der er ihn über die Vorkennntnis der Abschlussgelegenheit informiert und seine unterstützende Tätigkeit ablehnt. Die vielfach in den AGB der Makler enthaltene Klausel, dass der Interessent dem Makler unverzüglich die Vorkennntnis der angebotenen Geschäftsgelegenheit schriftlich bei sonstigem Provisionsanspruch mitteilen muss, verstößt gegen § 15 MaklerG und ist darüber hinaus gegenüber einem Verbraucher gemäß § 6 Abs 1 Z 2 und 4 KSchG unzulässig.¹³¹

Nicht erforderlich ist, dass der vermittelte Geschäftsabschluss in den Zeitraum des aufrechten Maklervertrags fällt. Entscheidend ist lediglich, ob der Makler seine vertragsmäßige Vermittlungstätigkeit während aufrechem Maklervertrag erbracht hat. Der Auftraggeber kann somit durch ein Zuwarten mit dem Geschäftsabschluss das Entstehen des Provisionsanspruchs nicht verhindern.¹³² Die Kausalität kann jedoch durch das Verstreichen eines längeren Zeitraums verloren gehen. Die Kausalkette kann auch durch andere Umstände neu begründet werden, indem beispielsweise nach dem endgültigen Scheitern der Verhandlungen der Geschäftsabschluss ausschließlich aufgrund der späteren Tätigkeit eines anderen Maklers oder eines Dritten zustande kommt.¹³³

In Bezug auf die Beweislast für den Kausalzusammenhang genügt der sogenannte Beweis des ersten Anscheins (Beweislastregel nach *Rosenberg*). Der Makler hat seine auf den Abschluss des Geschäfts gerichtete Tätigkeit und das Zustandekommen des Geschäfts zu beweisen, dem Auftraggeber obliegt der Beweis, dass die Bemühungen des Maklers das abgeschlossene Geschäft weder veranlasst noch auch nur mitveranlasst haben.¹³⁴

¹²⁹ OGH 30.08.2006, 7 Ob 169/06p; *Noss*, Maklerrecht 30 Rz 52.

¹³⁰ OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h.

¹³¹ *Noss*, Maklerrecht 31 Rz 53.

¹³² OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b mwN; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 9.

¹³³ Vgl OGH 11.07.2001, 7 Ob 155/01x; OGH 28.11.2000, 1 Ob 260/00t mwN; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 10 f; *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 32.

¹³⁴ OLG Wien 16.12.1986, 11 R 260/86; *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 29 mwN; *Noss*, Maklerrecht 30 Rz 54.

4.4.2. Adäquanz

Die Vermittlungstätigkeit des Maklers muss für den Geschäftsabschluss nicht nur kausal, sondern auch adäquat gewesen sein. Die Judikatur unterscheidet zwischen "natürlicher Kausalität" als Tatfrage und Adäquanz als Rechtsfrage, der keine über den Anlassfall hinausgehende Bedeutung zukommt¹³⁵ und die daher nur bei auffällender Fehlbeurteilung reversibel ist.¹³⁶

Die Kausalität ist nach *Jabornegg*¹³⁷ inadäquat, wenn sie an sich für das Zustandekommen des Geschäfts völlig ungeeignet war und sich durch eine Verquickung von Zufällen ergeben hat. Die Adäquanz wird dann verneint, wenn das angestrebte Rechtsgeschäft erst nach dem endgültigen Scheitern der Bemühungen des Maklers ausschließlich aufgrund anderer Umstände zustande kommt¹³⁸, wenn ein entsprechender zeitlicher Zusammenhang fehlt¹³⁹, wenn die Vertragsverhandlungen wegen zu hoher Preisvorstellungen gescheitert sind und das Rechtsgeschäft in der Folge mit einem weitaus geringeren Preis abgeschlossen wurde¹⁴⁰ oder weil der Makler eine die Verfolgung des Geschäftsabschlusses behindernde Erklärung abgegeben hat¹⁴¹ und später auftretende, andere Umstände (z.B. Eigeninserat Verkäufer) schließlich zum Vertragsabschluss führen. Die an sich verdienstliche und kausale Tätigkeit des Maklers darf bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände des Einzelfalls nicht als inadäquat angesehen werden.¹⁴²

Festzuhalten ist, dass eine vom Interessenten durch eigene Verhandlungen erreichte Reduktion des Kaufpreises und ein mehrmonatiger Zeitraum zwischen Objektbesichtigung und Geschäftsabschluss nicht geeignet sind, um die Adäquanz der Maklertätigkeit zu verneinen. Andernfalls würde eine Hintergehung des Maklers "Tür und

¹³⁵ OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b; OGH 24.05.2005, 4 Ob 73/05x; OGH 28.11.2000, 1 Ob 260/00t; OGH 10.06.2000, 1 Ob 102/00g.

¹³⁶ OGH 21.12.2005, 7 Ob 145/05g; OGH 25.01.2005, 1 Ob 98/04a.

¹³⁷ *Jabornegg*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644.

¹³⁸ OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; OGH 24.09.2009, 4 Ob 23/09z; OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b; OGH 28.12.2000, 1 Ob 260/00t.

¹³⁹ OGH 03.02.1970, 8 Ob 13/70: 5 Jahre verstrichen; zuletzt OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12: 6 Jahre nach Einräumung Vorkaufsrecht

¹⁴⁰ OGH 29.05.1995, 1 Ob 563/95: Preisreduktion um 25%; vgl. OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12

¹⁴¹ OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b; OGH 20.10.1987, 4 Ob 556/87.

¹⁴² OGH 30.08.2006, 7 Ob 169/06p; OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b; Noss, Maklerrecht 30 Rz 56.

Tor" geöffnet sein.¹⁴³ Nimmt der vermittelte Käufer nach vorläufigem Scheitern durch Eigeninitiative die Vertragsverhandlungen von sich aus mit dem Verkäufer wieder auf, so unterbricht es den adäquaten Kausalzusammenhang nicht.¹⁴⁴

Wann letztlich eine Unterbrechung bzw. Überholung des Kausalzusammenhangs vorliegt, ist vom Einzelfall abhängig und von vielen Kriterien abhängig. Der Immobilienmakler ist gut beraten, auf eine entsprechende Kommunikation und Dokumentation seiner Tätigkeit gegenüber den Auftraggebern im Geschäftsfall zu achten und Fehler bei der Vermittlung zu vermeiden.¹⁴⁵ Des Weiteren sollte jeder Immobilienmakler routinemäßig bei (vermeintlich) endgültig gescheiterten Verhandlungen zu einem späteren, aber zeitlich noch nicht inadäquaten Zeitpunkt – mE max. 6 Monaten nach Scheitern der Gespräche – nochmals auf die damaligen Auftraggeber zugehen und versuchen, die gescheiterten Geschäftsverhandlungen erneut zu aktivieren; dies dient gleichzeitig dem Erhalt des Kausalzusammenhangs als auch der Kontrolle, ob die Vertragsparteien nicht dennoch die Geschäftsgelegenheit zu einem späteren Zeitpunkt ohne Benachrichtigung des Maklers abgeschlossen haben.¹⁴⁶

4.4.3. Vermittlungstätigkeit mehrerer Immobilienmakler

In der Praxis kommt es häufig vor, dass mehrere Makler mit der Vermittlung des gleichen Objekts betraut sind. Wurden für den gleichen Geschäftsfall mehrere Makler verdienstlich tätig, bedarf es hinsichtlich Kausalität und Adäquanz der Prüfung, welchem Makler die Provision letztlich gebührt.

Werden zwei oder mehrere Makler tätig und liegen die Provisionsvoraussetzungen bei allen Maklern vor, so schuldet der Auftraggeber die Provision trotzdem nur einmal (§ 6 Abs 5 S1 MaklerG). Provisionsberechtigt ist jener Makler, dessen Verdienstlichkeit bei der Vermittlung eindeutig überwogen hat (§ 6 Abs 5 S 2 MaklerG).¹⁴⁷ Lässt sich ein eindeutiges Überwiegen der Verdienstlichkeit nicht feststellen, ist die Provision nach Maßgabe der Verdienstlichkeit aufzuteilen, im Zweifel zu gleichen Teilen (§ 6 Abs 5 S 3 MaklerG). Die Bewertung der jeweiligen Verdienst-

¹⁴³ OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; OGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d; OGH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 14.

¹⁴⁴ OGH 24.03.2009, 4 Ob 23/09z; OGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d; vgl *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 2), *immolex* 2011, 320.

¹⁴⁵ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 78 mwH.

¹⁴⁶ Vgl OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; OGH 24.03.2009, 4 Ob 23/09z; OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b; OGH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d; OGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d.

¹⁴⁷ Vgl OGH 14.06.2000, 7 Ob 126/00f.

lichkeit ist einzelfallabhängig und oft schwierig zu beurteilen.¹⁴⁸ Grundsätzlich muss jeder Makler, der sich bei Beauftragung keinen Alleinvermittlungsauftrag erteilen lässt, mit der Möglichkeit mehrfacher Verdienstlichkeit rechnen, sodass eine Schmälerung der Provision nicht unvorhersehbar sein kann.¹⁴⁹

*Jabornegg*¹⁵⁰ spricht von "überholender Kausalität" und stellt auf das Überwiegen der Verdienstlichkeit ab, die jener Makler erbracht hat, der über die Nachweistätigkeit (Angebot) hinaus Verhandlungslösungen aufgezeigt hat, die letztlich zum Geschäftsabschluss geführt haben (z.B. Kaufpreisreduktion). In diesem Fall der "hypothetischen Kausalität" muss dem Aspekt der realen Verursachung besonderes Gewicht beigemessen werden.¹⁵¹

§ 6 Abs 5 MaklerG schützt und befreit den Auftraggeber bei mehrfachen Provisionsansprüchen vor Überzahlung, indem sich der/die verkürzte(n) Makler nur mehr an den anderen Makler halten können, an den der Auftraggeber ohne grobe Fahrlässigkeit zu viel an Provision bezahlt hat.¹⁵² Der Auftraggeber wird allerdings im Rahmen seiner Benachrichtigungspflicht gemäß § 3 Abs 3 MaklerG allen beteiligten Maklern Auskunft erteilen müssen, an welchen Makler er welche Provisionshöhe geleistet hat.¹⁵³

4.5. Durchführung Rechtsgeschäft – Nichtausführung

Entsprechend dem Erfolgsprinzip im Immobilienmaklerrecht entsteht der Provisionsanspruch mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts (§ 7 Abs 1 MaklerG). Gemäß Abs 2 entfällt der bereits erworbene Provisionsanspruch wiederum, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird.¹⁵⁴ Der Entfall setzt somit einen zunächst rechtswirksam geschlossenen Vertrag voraus.¹⁵⁵ Die Ausführungshandlungen des Geschäfts umfassen die von den Vertragsparteien zur Durchführung des Vertrags erforderlichen Handlungen wie die Errichtung bzw. Unterfertigung des grundbuchsfähigen Kaufvertrags und dessen

¹⁴⁸ OGH 21.05.2003, 9 Ob 47/03g; RS0113789.

¹⁴⁹ OGH 21.05.2003, 9 Ob 47/03g.

¹⁵⁰ *Jabornegg*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644.

¹⁵¹ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 84 f mwH.

¹⁵² OGH 18.11.1999, 2 Ob 308/98b.

¹⁵³ *Noss*, Maklerrecht 37 Rz 68 ff mwH; vgl ausführlich *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 46 ff.

¹⁵⁴ OGH 28.02.2005, 5 Ob 182/04g.

¹⁵⁵ OGH 16.05.2007, 13 R 57/07s.

Verbücherung, ebenfalls die Kaufpreiszahlung und die Übergabe des Vertragsobjekts.¹⁵⁶

4.5.1. Vertretbarkeit der Nichtausführung

Unterbleibt die Ausführung des Rechtsgeschäfts, ist zu prüfen, welcher Sphäre der Grund der Nichtausführung zuzuordnen ist.¹⁵⁷ Liegt der Grund hierfür beim Auftraggeber, bleibt der Provisionsanspruch bestehen. Der Provisionsanspruch des Maklers entfällt immer dann, wenn das vermittelte Geschäft aus einem wichtigen Grund nicht ausgeführt wird, der nicht auf ein Verhalten des Auftraggebers zurückzuführen ist, ungeachtet dessen, ob ein solcher Grund der Sphäre des Dritten oder keiner Sphäre der beiden Vertragsteile zuzuordnen ist. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere auch dann vor, wenn die Nichtausführung auf das Verhalten des Maklers zurückzuführen ist.¹⁵⁸ Um sich von seiner Provisionspflicht zu befreien, muss der Auftraggeber nachweisen, dass die Ausführung des Geschäfts ohne sein Verschulden unmöglich oder unzumutbar wurde. Sind die Gründe für die Nichtausführung weder vom Auftraggeber noch von einem ihm zurechenbaren Dritten zu vertreten, trägt der Makler das Risiko der Nichtausführung des Geschäfts.¹⁵⁹ Der Provisionsanspruch entfällt auch bei einvernehmlicher Vertragsauflösung, sofern sie aus objektiv wichtigem Grund erfolgt und nicht vom Auftraggeber zu vertreten ist.¹⁶⁰

Die Beweislast für das Vorliegen des wichtigen Grundes, der die Nichtausführung des Geschäfts rechtfertigt, trifft den Auftraggeber und ist von ihm vorzubringen. Kann er keinen berechtigten, wichtigen Grund hierfür vorbringen, bleibt die Provisionspflicht bestehen.¹⁶¹ Bei Leistungsverzug des Dritten hat der Auftraggeber bei sonstiger Provisionszahlungspflicht nachzuweisen, dass er alle zumutbaren Schritte unternommen hat, um den Dritten zur Leistung zu veranlassen (§ 7 Abs 2 S 2 MaklerG). Die Zumutbarkeit der zu unternehmenden Schritte ist einzelfallabhängig und kann auch in der Klageerhebung gegen den leistungsunwilligen Dritten bestehen.¹⁶²

¹⁵⁶ *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 109; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 11.

¹⁵⁷ Vgl *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 89 f.

¹⁵⁸ OGH 02.09.2009, 7 Ob 157/09b; vgl *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 114 f.

¹⁵⁹ RS0062994; OGH 30.04.2012, 9 Ob 12/12y.

¹⁶⁰ RS0062829; OGH 20.09.2012, 2 Ob 202/11m; *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 111 ff und 116; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 12 f mwH.

¹⁶¹ OGH 02.09.2009, 7 Ob 157/09b; OGH 28.02.2005, 5 Ob 182/04g; *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 121 ff; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 90.

¹⁶² OGH 22.11.2001, 1 Ob 250/01y; OGH 30.01.2001, 1 Ob 259/00w; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 14 mwN; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 91 f mwH; *Noss*, Maklerrecht 33 Rz 57 mwN; ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 22.

Der Auftraggeber muss jedenfalls nachweisen, dass die Ausführung des Geschäfts ohne sein Verschulden infolge einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse und ohne sein Verschulden unmöglich oder unzumutbar geworden ist.¹⁶³

Wurde beispielsweise der vermittelte Liegenschafts Kauf nicht von einer Finanzierungszusage abhängig gemacht (Finanzierungsvorbehalt), entfällt die Provisionspflicht des Auftraggebers nicht bei Unterbleiben einer Finanzierung des Ankaufs.¹⁶⁴ Erfolgt hingegen eine bereits zugesagte Fremdfinanzierung entgegen aller Erwartungen letztlich doch nicht, liegt hierbei ein vom Auftraggeber nicht zu vertretender Hinderungsgrund iSv § 7 Abs 2 MaklerG vor.¹⁶⁵

4.5.2. Nichtigkeit des Geschäfts – nachträgliche Vertragsaufhebung

Die Nichtigkeit des vermittelten Geschäfts verhindert grundsätzlich bereits das Entstehen des Provisionsanspruchs, § 7 Abs 2 MaklerG kommt somit gar nicht zur Anwendung.¹⁶⁶

Handelt es sich beim vermittelten Geschäft um ein Verbrauchergeschäft und hat der Auftraggeber gemäß § 30a KSchG den Rücktritt erklärt, so gilt der Vertrag als nie abgeschlossen.¹⁶⁷

Wird der vermittelte Vertrag im Nachhinein wieder aufgehoben – einvernehmliche Vereinbarung, Rücktritt nach § 918 ABGB, Wandlung nach § 932 ABGB, Anfechtung nach § 934 ABGB, Irrtum § 871 ABGB – richtet sich der Provisionsanspruch nach § 7 Abs 2 MaklerG; dies auch dann, wenn das Geschäft bereits ausgeführt und infolge der Aufhebung wieder rückabgewickelt wurde. Ob der Makler in solchen Fällen einen Provisionsanspruch hat, hängt davon ab, wer die Gründe der Vertragsaufhebung zu vertreten hat. Wird der Hauptvertrag wegen eines Wurzel mangels erfolgreich angefochten, entfällt die Provisionspflicht mit der ex tunc wirkenden Ver-

¹⁶³ RS0062829; RS0062994; OGH 02.09.2009, 7 Ob 157/09b; OGH 28.02.2005, 5 Ob 182/04g; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 15; *Noss*, Maklerrecht 33 Rz 57.

¹⁶⁴ OGH 02.09.2003, 1 Ob 304/02s; OGH 11.12.2001, 5 Ob 266/01f.

¹⁶⁵ *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 16 f.

¹⁶⁶ Vgl *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 79.

¹⁶⁷ *S. Bydlinski*, Maklergesetz § 7 Anm 5; vgl näher *Noss*, Maklerrecht 33 Rz 58.

tragsaufhebung. Weiters hat der Makler keinen Provisionsanspruch, wenn die Auflösung des Vertrags wegen eines Wurzel mangels einvernehmlich erfolgt.¹⁶⁸

¹⁶⁸ OGH 20.09.2012, 2 Ob 202/11m; OGH 30.09.2002, 1 Ob 209/02w; OGH 24.03.1998, 1 Ob 352/97i; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 7 Rz 20 ff; vgl *Fromherz*, MaklerG §§ 6, 7 Rz 92; *Noss*, Maklerrecht 35 Rz 59.

5. Folgegeschäfte am Immobilienmarkt

In den voranstehenden Kapiteln der Arbeit wurden der Immobilienmakler und die Voraussetzungen für den Provisionsanspruch dargestellt. Darauf aufbauend soll nun der Begriff des Folgegeschäfts im Immobilienbereich erläutert und die dazu in Lehre und Rechtsprechung ergangenen Ausführungen dargestellt werden.

5.1. Begriffserläuterung

Für den Begriff des Folgegeschäfts im (Immobilien-)Maklerrecht gibt es keine Legaldefinition des Gesetzgebers, es besteht somit keine gesetzliche Regelung, wonach auch Folgeverträge im Maklerrecht provisionspflichtig wären.¹⁶⁹

Anerkannt sind Provisionsansprüche für Folgegeschäfte bzw. Folgeverträge im Versicherungsmaklerrecht. Beim Versicherungsmakler wird in der Praxis häufig zwischen Erst- und Folgeprovision unterschieden. Erstprovision ist die sofort bei Vertragsabschluss fällig werdende Provision, Folgeprovisionen sind jene, die im Laufe des bestehenden Versicherungsverhältnisses fällig werden. Folgeprovisionen können hierbei "echte" erfolgsorientierte Abschlussprovisionen als auch erfolgsunabhängige Provisionen für die Verwaltung und Betreuung des Versicherungsverhältnisses sein. Weiters gebührt dem Versicherungsmakler (Folge-)Provision für Folgeverträge. Unter Folgeverträgen versteht man hierbei Versicherungsverträge, die an einen bereits bestehenden Versicherungsvertrag zeitlich anschließen und mit demselben Versicherer abgeschlossen werden. Wird ein Versicherungsvertrag etwa durch Zeitablauf, Aufhebungsvertrag oder Kündigung beendet und kommt es zu einem Folgevertrag, so entsteht dem Versicherungsmakler ein Provisionsanspruch; ebenso, wenn ein Versicherungsvertrag mit beinhalteter Verlängerungsklausel tatsächlich verlängert wird.¹⁷⁰

Im Unterschied zum Immobilienmakler handelt es sich beim Versicherungsmakler um einen Handelsmakler, der auf Grundlage eines Dauerschuldverhältnisses zwischen Versicherung und Makler Versicherungsverträge vermittelt (ständige Betrauung). Folgeprovisionen gelten hierbei vorbehaltlich der Ausführung der Versicherungsvertrags bereits mit Abschluss des vermittelten Versicherungsvertrags als ver-

¹⁶⁹ Noss, Maklerrecht 31 f Rz 55.

¹⁷⁰ Fromherz in Jabornegg, HGB § 30 Rz 10 und 45 ff.

dient und werden mit laufender, wiederkehrender Zahlung der Versicherungsprämie erworben (Grundsatz des gemeinsamen Schicksals von Prämie und Provision).¹⁷¹

Der Immobilienmakler als Zivilmakler vermittelt hingegen Geschäfte über unbewegliche Sachen für einen Anderen ohne ständige Betrauung im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses (vgl § 16 Abs 2 MaklerG). Eine analoge Anwendung der Provisionsgrundsätze aus dem Versicherungsmaklerrecht für Folgegeschäfte im Immobilienmaklerbereich scheiden somit aus, da der Immobilienmakler auch bei möglicher ständiger Betrauung typischerweise vom Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich unabhängig ist und der Maklervertrag kein Dauerschuldverhältnis begründet – die Immobilienmaklerprovision ist somit eine rein erfolgsabhängige Abschlussprovision, mit der keine laufenden Folgeprovisionen durch monatliche Mietzinszahlungen des vermittelten Mieters begründet werden.

Um eine mögliche Begriffsdefinition für Folgegeschäfte im Immobilienmaklergewerbe herleiten zu können, bedarf es vorab der Erläuterung, was man unter Folgegeschäften an sich versteht. Bei einem Folgegeschäft handelt es sich wortgemäß um ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft, das dem vom Immobilienmakler vermittelten Erst- oder Ursprungsgeschäft zeitlich nachfolgt und wiederum zwischen den Vertragsparteien des Ursprungsgeschäfts abgeschlossen wird. Im Fall von zweckgleichen Rechtsgeschäften gemäß § 6 Abs 3 MaklerG kann das abgeschlossene Folgegeschäft auch im Abschluss einer Geschäftsgelegenheit mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person oder über ein anderes Objekt erfolgen (siehe Ausführungen Pkt. 4.3.5.). Wesentlich für Folgegeschäfte ist, dass der Immobilienmakler durch seine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit für das Ursprungsgeschäft auch die Ausgangsbasis für Folgegeschäfte schafft, auf deren Grundlage weitere Rechtsgeschäfte zwischen den Vertragsparteien nachfolgen. Ob dieses Initiieren der zukünftigen Geschäfte bereits für eine Provisionsberechtigung ausreicht und in welchem Zeitraum überhaupt ein Folgegeschäft nachfolgen muss, um zu einem Provisionsanspruch des Maklers führen zu können, bedarf der näheren Erörterung. Dasselbe gilt für die darüber hinaus zu prüfenden Kriterien von Anspruchsgrundlage (Maklervertrag), Verdienstlichkeit, Kausalität und Adäquanzzusammenhang für das Folgegeschäft.

¹⁷¹ OGH 28.05.2002, 4 Ob 100/02p; Noss, Maklerrecht 120 Rz 181.

Eine mögliche Begriffsdefinition des Folgegeschäfts im Immobilienmaklerbereich könnte mE wie folgt lauten:

„Ein Folgegeschäft liegt vor, wenn dem vom Immobilienmakler erfolgreich vermittelten Ursprungsgeschäft weitere Rechtsgeschäfte zwischen den Vertragsparteien des Ursprungsgeschäfts nachfolgen.“

5.2. Folgegeschäfte am Immobilienmarkt

Folgegeschäfte treten überwiegend am gewerblichen Immobilienmarkt auf, am privaten Immobilienmarkt kommen sie eher selten, aber dennoch vor. Vor welchem Hintergrund und in welcher Ausgestaltung Folgegeschäfte im Maklerbereich stattfinden, soll in diesem Kapitel aufgezeigt werden.

Im Gewerbeimmobilienbereich agieren Unternehmen als Interessenten für gewerblich genutzte Immobilien, zu denen Büro-, Handels-, Lager- und Produktionsflächen sowie Gewerbegrundstücke zählen. Durch Unternehmenserfolg und stetiger Expansion wird sukzessive der Flächenbedarf an Standorten ausgebaut sowie neue Niederlassungen gegründet. In der aktuellen Zeit wachsen vor allem Unternehmen in zukunftssträchtigen Branchen wie IT-Business, E-Commerce, Pharma oder Automation. Im umgekehrten Fall kann es aber auch sein, dass die wirtschaftliche Lage den Kostendruck auf die Unternehmen erhöht, sodass sie mehrere Standorte zu einem Hauptstandort zusammenziehen (z.B. Vertriebsniederlassungen zu einer Vertriebszentrale oder regionale Außenlager zu einem Zentrallager). Hierbei können mehrere Mietverträge mit unterschiedlichen Kündigungsfristen vorliegen. Standorte werden auch oftmals in mehreren Bauphasen stufenweise ausgebaut und bedürfen langfristiger Flächensicherung.

Derartige Folgegeschäfte basieren in Fällen, in denen der Immobilienmakler das Ursprungsgeschäft vermittelt hat, auch häufig auf Grundlage der Vermittlungstätigkeit des Immobilienmaklers. Folgende Praxisbeispiele sollen dies veranschaulichen:

- Ein Immobilienmakler ist vom Abgeber mit der Vermietung eines Logistikobjekts mit einer Gesamtnutzfläche von 20.000 m² beauftragt, aktuell sind noch 10.000 m² Lagerflächen verfügbar. Ein Logistikunternehmen sucht 3.000 m² Lagerflächen zur Miete, über das Maklerangebot und über die Vermittlungstätigkeit kommt es zwischen Abgeber und Interessent zum Abschluss eines Mietvertrags über 3.000 m² Lagerflächen.

Sechs Monate später erweitert derselbe Mieter die Mietfläche um weitere 2.000 m² auf insgesamt 5.000 m² Lagerfläche (Folgegeschäft).

- Ein Produktionsbetrieb kauft über Vermittlung eines Immobilienmaklers von einem 50.000 m² großen Grundstück eine Teilfläche von 20.000 m², wobei dem Käufer für eine weitere Teilfläche von 10.000 m² für zwei Jahre eine Kaufoption eingeräumt wird.

Der Produktionsbetrieb übt die Kaufoption fristgerecht aus und erwirbt ein Jahr später das optionierte Erweiterungsgrundstück (Folgegeschäft).

- Ein IT-Unternehmen sucht über einen Immobilienmakler ein bestehendes Bürogebäude ausschließlich zum Kauf. Der Makler bietet dem Unternehmen zahlreiche Standorte an, das einzig passende Objekt kann nach dem Willen des Eigentümers nur gemietet werden. Es kommt zwischen Abgeber und Interessent zum Abschluss eines Mietvertrags über fünf Jahre.

Zwei Jahre später erfährt der Makler vom Verkauf des Objekts an den Mieter (Folgegeschäft).

Im Privatimmobilienbereich kommen die eben dargestellten Beispiele seltener vor. In der Praxis sind Fälle, in denen ein Wohnungsinteressent, der über einen Makler eine 2-Zimmer-Wohnung auf Mietbasis sucht, zuerst eine 2-Zimmer-Wohnung anmietet und dann in der Folge um die angrenzende Mietwohnung erweitert, eher auszuschließen, auch wenn sie dennoch stattfinden. Wie beim gewerblichen Immobilienmarkt sollen auch hier denkbare Beispiele zur Darstellung von möglichen Folgegeschäften angeführt werden:

- Ein vom Immobilienmakler vermitteltler Interessent schließt einen Mietvertrag über eine Wohnung auf eine Mietdauer von drei Jahren.

Nach Ablauf der drei Jahre verlängert der Mieter den Mietvertrag um weitere drei Jahre (Folgegeschäft).

- Der Eigentümer eines Baugrundstücks beauftragt einen Immobilienmakler mit dem Verkauf seines 2.000 m² großen Baugrundstücks. Das vom Makler vermittelte Ehepaar kauft aufgrund des finanziellen Rahmens nur eine Teilfläche mit 1.000 m² zur Errichtung eines Einfamilienhauses. Im Kaufvertrag wird dem Ehepaar ein Vorkaufsrecht über die zweite Teilfläche eingeräumt.

Zwei Jahre später übt das Ehepaar das Vorkaufsrecht aus und kauft die weitere Teilfläche dazu (Folgegeschäft).

- Über die Vermittlungstätigkeit des Immobilienmaklers kommt es zum Abschluss eines unbefristeten Mietvertrags über eine Wohnung.
Als der Mieter ein Jahr später von den Plänen des Vermieters erfährt, dass dieser die Wohnung als Anlageobjekt verkaufen will, kauft er die Wohnung selbst (Folgegeschäft).

5.3. Lehrmeinungen zu Folgegeschäften

In diesem Abschnitt sollen die aktuellen Lehrmeinungen in Bezug auf Folgegeschäfte im Immobilienmaklerbereich angeführt werden. Wie sich nachstehend zeigen wird, ist in Österreich kaum Literatur zu diesem Thema aufzufinden.

5.3.1. Lehrmeinungen in Österreich

In Österreich hat sich die Lehre mit dem Folgeprovisionsanspruch des Immobilienmaklers bis dato wenig auseinandergesetzt. In der österreichischen Literatur ist lediglich von Noss eine kurze Ausführung zum Thema zu finden.

Lehrmeinung Noss¹⁷²:

„Grundsätzlich bezieht sich der Maklervertrag nur auf das konkrete, im Vertrag bezeichnete Geschäft. Allerdings kann er sich konkludent auf weitere, künftige Verträge erstrecken. Im Einzelfall ist eine derartige Ausweitung, falls sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, im Wege der Auslegung festzustellen.“

5.3.2. Lehrmeinungen in Deutschland

In Deutschland wurde die gegenständliche Fragestellung bereits ausführlicher von Lehre und Rechtsprechung behandelt. Der nachfolgende Exkurs der deutschen Lehrmeinungen betreffend Folgegeschäfte im Immobilienmaklerbereich soll der rei-

¹⁷² Noss, Maklerrecht 31 Rz 55.

nen Informationsvermittlung an die Leser dieser Arbeit dienen, ohne dass in der Folge dieser Arbeit ein weiterer Rechtsvergleich gezogen werden soll.

- Lehrmeinung *Hamm/Schwerdtner*¹⁷³:

„Dem Makler steht, soweit keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde, grundsätzlich kein Anspruch auf eine Folgeprovision zu. Unter dem Aspekt der Kausalität ist zwar in den meisten Fällen davon auszugehen, dass das Folgegeschäft nicht zustande gekommen wäre, wenn der Abschluss des Erstvertrages unterblieben wäre.¹⁷⁴ Damit ist aber über die Provision für Folgegeschäfte noch nicht entschieden. Der Makler erhält nämlich die Provision dafür, dass infolge seiner Vermittlung oder seines Nachweises der Hauptvertrag zustande kommt, der nach dem Maklervertrag beabsichtigt war. Folgeverträge sind daher nur dann zu verprovisionieren, wenn der dem Makler erteilte Auftrag nicht nur auf das Zustandekommen des Hauptvertrages, sondern auch – zumindest konkludent – auf die Herbeiführung derartige Folgegeschäfte gerichtet war.¹⁷⁵ Dies ist danach eine Frage der Auslegung des Maklervertrages.¹⁷⁶ Ergibt die Auslegung, dass auch Folgeverträge provisionspflichtig sein sollen, so ist dennoch zu prüfen, ob nicht eine derartige Vereinbarung wegen sittenwidriger Knebelung nach § 138 BGB nicht ist.¹⁷⁷

Soweit dem Makler z.B. die Herbeiführung eines Miet- oder Pachtvertrages übertragen war, entspricht es in aller Regel nicht dem Parteiwillen, dass der Makler auch für Verlängerungsverträge, an deren Zustandekommen er nicht unmittelbar mitgewirkt hat, Provision erhält. Von solchen Geschäften erhält er nämlich als Vergütung in der Regel eine Monatsmiete oder ein Vielfaches davon; dagegen ist die Länge der Miet- oder Pachtzeit in der Regel für die Bemessung der Provision ohne Bedeutung.¹⁷⁸ Erst recht kann der Makler, der einen Miet- oder Pachtvertrag nachweisen sollte, keine Provision verlangen, wenn der Auftraggeber in der Folgezeit dieses

¹⁷³ *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht⁶ (2012) Rn 768 ff und 938 ff mwN zur Rsp.

¹⁷⁴ BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH WM 1986, 329.

¹⁷⁵ BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51; BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH NJW 1986, 1036; *Staudinger/Reuter*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (2010) §§ 652, 653 Rn 128.

¹⁷⁶ BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51; BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH NJW 1986, 1036; *Sprau in Palandt* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch⁷³ (2014) § 652 Rn 68.

¹⁷⁷ BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51.

¹⁷⁸ BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH WM 1986, 329; BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51.

*Objekt käuflich erwirbt. Bei Versicherungsmaklern als Handelsmaklern können bei Verlängerungsverträgen andere Grundsätze gelten.*¹⁷⁹

*Im Maklerrecht sind Folgeprovisionen, die der Auftraggeber nicht bereits aufgrund der Auslegung des Vertrages schuldet (Verlängerungsverträge Miete/Pacht), grundsätzlich nur im Wege einer Individualabrede begrenzt vereinbarungsfähig.*¹⁸⁰ *Derartige Individualvereinbarungen können den Provisionsanspruch des Maklers nicht auf unbeschränkte Zeit gesichert werden. Je größer der zeitliche Abstand des Folgegeschäfts zum Ursprungsgeschäfts, umso mehr verflüchtigt sich die Relevanz der Maklertätigkeit für das Folgegeschäft; die Folgeprovision erhält Schenkungscharakter. Einen längeren Zeitraum als fünf Jahre wird man bei sonstiger Sittenwidrigkeit nicht anerkennen können.*¹⁸¹

Eine weitere Maklervergütung für den Fall, dass der Mietvertrag eine Vertragsoption enthält, kann auf keinen Fall gefordert werden, wenn dem Auftraggeber insoweit nur eine unverbindliche Vertragsposition eingeräumt wird.

*Verträge, die von den zusammengeführten Parteien nach dem vermittelten oder nachgewiesenen Vertragsabschluss abgeschlossen werden, sind grundsätzlich nicht provisionspflichtig. Hat z.B. ein Makler einem Auftraggeber einen Mietvertrag über eine Wohnung vermittelt und kauft dieser später das Hauptgrundstück, so ist er dem Makler gegenüber nicht zur Zahlung der Käufer- oder Differenzprovision verpflichtet.*¹⁸² *Eine frühere, mitursächliche Vermittlungstätigkeit bei Abschluss des Mietvertrages für den späteren Kaufvertrag vermag eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung hinsichtlich dieses Geschäftsgegenstandes weder zu ersetzen noch zu begründen. War ein bestimmtes Geschäft von vornherein Vertragsgegenstand des Maklervertrags, so kann die spätere Aufteilung in zwei Hauptverträge die Provisionspflichtigkeit des Auftraggebers nichts ändern.*

*AGB oder vorformulierte Klauseln, die einen derartigen Anspruch auf Differenzprovisionen aus Folgegeschäften vorsehen, sind nach der Rsp des BGH unwirksam.*¹⁸³ *Würde man derartige Klauseln anerkennen, so erhielte der Makler auch bei völliger Untätigkeit und ohne jede Rücksicht auf die zum Vertragsabschluss führenden Um-*

¹⁷⁹ BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH WM 1986, 329.

¹⁸⁰ vgl. *Staudinger/Reuter*, BGB §§ 652, 653 Rn 263; aA *Roth*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV⁶ (2012) § 652 Rn 220.

¹⁸¹ Offen gelassen BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGH NJW 1973, 990; vgl. BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51.

¹⁸² BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGH NJW 1973, 990.

¹⁸³ BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGH NJW 1973, 990.

stände über einen bestimmten Zeitraum eine Provision, die gegenüber dem Ursprungsgeschäft ungleich höher wäre.¹⁸⁴

Die Vereinbarung von Folgeprovisionen in AGB ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf¹⁸⁵ gemäß §§ 305c, 307 Abs 2 Nr. 1 BGB für den Fall unwirksam, dass für den Fall der Vereinbarung einer Verlängerungsoption im Mietvertrag der Mieter als Maklerkunde eine gesonderte Provision entrichten soll. Wird in einem Mietvertrag bestimmt, dass (an den Makler) eine „Differenzgebühr“ zu zahlen ist, falls der Mieter das Objekt innerhalb von 5 Jahren ohne weiteres Zutun des Maklers kauft, so ist dies nur individual-vertraglich wirksam möglich.¹⁸⁶

- Lehrmeinung Roth¹⁸⁷:

„Die Auslegung des Maklervertrags kann auch ergeben, dass eine Provision für Folgegeschäfte geschuldet sein soll, selbst wenn die Parteien dazu keine ausdrückliche Regelung getroffen haben. Indiz dafür kann sein, dass der nachgewiesene Mieter bereits einen größeren Flächenbedarf angegeben hatte. So kann sich der dem Makler erteilte Auftrag nicht nur auf die Herbeiführung des ersten, sondern auch auf weitere Verträge beziehen. In diesem Fall kann der Makler für die weiteren Geschäfte Provision verlangen, die sich aus dem vermittelten oder nachgewiesenen Erstgeschäft ergeben, selbst wenn die Parteien dazu keine ausdrücklichen Vereinbarungen getroffen haben. Eine Vereinbarung kann sowohl durch Individualvertrag als auch in den ABG getroffen werden, weil es keine gesetzliche Regelung gibt, wonach Folgeverträge nicht provisionspflichtig seien.¹⁸⁸ Entscheidend ist stets die Auslegung des Maklervertrags und nicht so sehr die Frage der Kausalität. Zu beachten sind bestehende Handelsbräuche. Bei Miet- oder Pachtverträgen ist die Vereinbarung einer Provision für Folgegeschäfte in der Regel nicht anzunehmen.¹⁸⁹ Die Maklervergütung wird dort unabhängig von der Laufzeit solcher Verträge vereinbart. Unwirksam ist eine Klausel, wonach sich der Mieter bei einem späteren Ankauf des Grundstücks innerhalb von fünf Jahren nach Abschluss des Mietvertrages zur Zah-

¹⁸⁴ BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGH NJW 1973, 990.

¹⁸⁵ Staudinger/Reuter, BGB §§ 652, 653 Rn 135 lehnt die Vereinbarung durch AGB ab.

¹⁸⁶ BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGHZ 60, 243; Sprau in Palandt, BGB § 652 Rn 53.

¹⁸⁷ Roth, Münchner Kommentar § 652 Rn 114 und 220 mwN zur Rsp.

¹⁸⁸ BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH WM 1990, 1680, 1681 (gleichartige Folgeverträge); aA Staudinger/Reuter, BGB §§ 652, 653 Rn 263.

¹⁸⁹ BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH NJW 1986, 1036 (Versicherungsmakler).

lung einer Käuferprovision oder Differenzprovision verpflichtet.¹⁹⁰ Bei der Wohnungsvermittlung schließt § 2 Abs 2 Nr. 1 WoVermG¹⁹¹ einen Provisionsanspruch aus, wenn durch die Mietvertrag ein Mietverhältnis über dieselben Wohnräume fortgesetzt, verlängert oder erneuert wird. Eine Klausel, wonach weitere Geschäfte binnen zwei Jahren mit nachgewiesenen Interessenten provisionspflichtig sind, wurde im Wege der engen Auslegung nur auf den Nachweismakler bezogen. Großzügiger ist die Rechtsprechung aber für Folgeverträge bei einem Versicherungsmakler.¹⁹²

- Lehrmeinung Staudinger/Reuter¹⁹³:

„Nach Ansicht des BGH sind Folgeverträge - d.h. Verträge, die die Parteien im Anschluss an den nachgewiesenen bzw. vermittelten Vertrag abschließen - nicht provisionspflichtig, es sei denn, die Auslegung des Maklervertrages (oder auch Handelsbrauch) ergibt im Einzelfall etwas anderes.¹⁹⁴ So soll im Fall von Folgeverträgen von nachgewiesenen bzw. vermittelten Miet- oder Pachtverhältnissen die Provisionspflicht in der Regel entfallen, nicht dagegen im Fall von Folgeverträgen nachgewiesener oder vermittelter Versicherungsverhältnisse. Ausdrücklich wendet sich der BGH gegen die Ansicht, Folgeverträge könnten mit Rücksicht auf die insoweit vorliegende Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht stets nur aufgrund einer entsprechenden Individualabrede provisionspflichtig werden.¹⁹⁵ Dem ist mit Maßgabe zuzustimmen, dass die Folgeverträge Gegenstand der Nachweis- bzw. Vermittlungstätigkeit des Maklers sein müssen. Das trifft vorbehaltlich abweichender Vereinbarung, wie sie im Fall von Mietverhältnissen typischerweise aus der von der Dauer unabhängigen Provisionsberechtigung folgt, regelmäßig zu, wenn ein nachgewiesenes bzw. vermitteltes Vertragsverhältnis verlängert wird, nicht dagegen, wenn sich an den nachgewiesenen bzw. vermittelten Vertrag ein Vertrag ganz anderer Art anschließt (z.B. der Mieter des Hauses kauft dieses später). Unter der zuletzt genannten Voraussetzung hat der BGH die Begründung der Provisionsbezah-

¹⁹⁰ BGHZ 60 243, 246 f = NJW 1973, 990-991; zust. Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht Rn 768.

¹⁹¹ Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745, 1747), das durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. September 2013 (BGBl. I S. 3642) geändert worden ist.

¹⁹² BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH NJW 1986, 1036.

¹⁹³ Staudinger/Reuter, BGB §§ 652, 653 Rn 135 und 263 mwN zur Rsp.

¹⁹⁴ BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51; BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH NJW 1986, 1036.

¹⁹⁵ BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51.

pflicht ausdrücklich abgelehnt.¹⁹⁶ Soweit Folgeverträge wegen der von der Dauer unabhängigen Provisionsberechnung grundsätzlich nicht provisionspflichtig sind, kann die Provisionszahlungspflicht nur durch Individualabrede vereinbart werden.

Folgegeschäftsklauseln, wonach aus dem nachgewiesenen bzw. vermittelten Vertrag nachfolgende, weitere Geschäftsabschlüsse ebenfalls provisionspflichtig sein sollen, kann nur eine Provisionspflicht auslösen, wenn Folgegeschäfte gleicher bzw. anderer Art Gegenstand der Nachweis- bzw. Vermittlungstätigkeit gewesen sind.“

5.4. Judikatur zu Folgegeschäften

Nach den Ausführungen zu den Lehrmeinungen folgt in diesem Abschnitt die Darstellung der aufgefundenen, einschlägigen Judikatur bezüglich Folgegeschäfte und Provisionsanspruch des Immobilienmaklers. Dabei wird der jeweilige Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde liegt, zusammengefasst und die rechtliche Beurteilung der Gerichtsinstanzen anschließend dargestellt.

5.4.1. OGH 14.06.1994, 4 Ob 543/94

1. Zugrunde liegender Sachverhalt:

Anfang 1990 erteilten die Eigentümer eines 80.000 m² großen Betriebsgrundstücks (Beklagte) einem Immobilienmakler (Kläger) einen Vermittlungsauftrag für den Verkauf des halben Grundstück im Ausmaß von 40.000 m². Der Immobilienmakler bot einem Interessenten, der ein Grundstück mit 15.000 m² und späterer Erweiterungsmöglichkeit für weitere 10.000 m² suchte, die gegenständliche Liegenschaft an und machte den Kaufinteressenten beim Abgeber namhaft. In der Folge schlossen der Interessent und der Abgeber am 29.05.1990 einen mit "Verkaufsangebot" überschriebenen Optionsvertrag, der bis 31.12.1990 befristet war und einen pauschalierten Schadenersatz bei Nichtausübung der Option vorsah. Die Option berechnete den Interessenten als Optionsnehmer zum Liegenschafts Kauf von 15.000 m², für weitere 7.000 m² bis 10.000 m² wurde ihm ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Zusätzlich war der Optionsnehmer berechnete, die Optionsrechte aus dem Optionsvertrag Dritten weiterzugeben, was dieser auch fristgerecht tat. Nachfolgend schloss der neue Opti-

¹⁹⁶ BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGH NJW 1973, 990.

onsnehmer mit den Verkäufern der Liegenschaft am 08.02./15.02.1991 einen Kaufvertrag über 14.579 m² und erhielt zudem ein im Kaufvertrag eingeräumtes Vorkaufsrecht für weitere 7.000 m² bis 10.000 m² für fünf Jahre; am 07.03.1991 wurde zwischen den Vertragsparteien der weitere Kaufvertrag über zusätzliche 9.976 m² Grundstück geschlossen.

Der Immobilienmakler stellte den Verkäufern für den ersten Kaufvertrag über 14.579 m² eine Abgeberprovision von 3% des Kaufpreises in Rechnung, die diese bezahlten. Für die kausale Vermittlungstätigkeit des zweiten Kaufvertrags über die weiteren 9.976 m² Grund verlangte der Immobilienmakler weitere 3% des Kaufpreises, was die Verkäufer ablehnten. Als Begründung führten sie an, dass der Vermittlungsauftrag lediglich auf den Verkauf der ersten 15.000 m² beschränkt war und darin nicht der Verkauf der weiteren 10.000 m² umfasst gewesen sei. Weiters wurde dem vom Makler vermittelten Erstinteressenten hinsichtlich Erweiterungsfläche lediglich ein Vorkaufsrecht und keine Kaufoption eingeräumt; da dieser die gesamten Rechte aus dem Optionsvertrag an den Dritten als späteren Käufer abtrat, wurde dieses Vorkaufsrecht niemals vom vermittelten Erstinteressenten ausgeübt. Der weitere Ankauf sei letztlich ohne jedes Zutun des Maklers direkt zwischen den Vertragsparteien des ersten Kaufvertrags erfolgt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Das Erstgericht wies das Klagebegehren mit der Begründung ab, dass der zwischen den Parteien zustande gekommene Vermittlungsauftrag den Verkauf der Grundstücke mit 40.000 m² zum Inhalt hatte. Der Immobilienmakler habe zwar den Erstinteressent namhaft gemacht, dieser schloss mit den Verkäufern allerdings keinen Kaufvertrag, sondern lediglich einen Optionsvertrag ab. Somit sei das im Vermittlungsauftrag bezeichnete Rechtsgeschäft nicht rechtswirksam zustande gekommen.

Das Berufungsgericht ändert die Entscheidung des Erstgerichts ab und gab dem Klagebegehren mit der Begründung statt, dass die Vermittlungstätigkeit des Maklers auch für den Verkauf des zweiten Grundstückteils kausal war und ein zweckgleiches Rechtsgeschäft vorliegt, da der angestrebte Geschäftserfolg auch im Abschluss mit einem Dritten liegen kann. Der Verkauf der zweiten Teilfläche mit 9.976 m², auf die sich das vom Makler für den namhaft gemachten Erstinteressenten eingeräumte

Vorkaufsrecht für 7.000 bis 10.000 m² bezog, sei ein zweckgleiches Rechtsgeschäft. Der Vermittlungsauftrag sei zumindest schlüssig zustande gekommen.

Der OGH hob die Entscheidungen der Vorinstanzen wegen mangelhafter Beweisaufnahmen auf. Es fehlten Erhebungen, ob die letztlich gekaufte Erweiterungsfläche ident dem Vertragsobjekt des Vermittlungsauftrags war und ob der Makler den Interessenten, der die Options- und Vorkaufsrechte an den späteren Käufer weitergab, auch für die Erweiterungsfläche namhaft gemacht hatte. Grundsätzlich bejahte der OGH den Provisionsanspruch des Maklers für das Folgegeschäft, wenn das Objekt des Folgegeschäfts - hier zweiter Grundstückskauf - vom Vermittlungsauftrag umfasst sei und sich der vom Makler namhaft gemacht Interessent auch auf diese Fläche beziehe.¹⁹⁷

5.4.2. OGH 15.07.2011, 8 Ob 68/11z

1. Zugrunde liegender Sachverhalt:

Der Immobilienmakler (Kläger) wurde von einem Ehepaar als Verkäufer mit der Vermittlung der Liegenschaft samt Haus beauftragt. Am 02.04.2005 besichtigte der Makler mit dem späteren Mieter bzw. Käufer (Beklagter) die Liegenschaft und informierte ihn über die Provisionspflicht im Falle des Kaufs. Am 11.07.2005 wurde über Vermittlung des Maklers ein Mietvertrag über das Vertragsobjekt abgeschlossen. Rund ein Jahr später erfolgte am 05.09.2006 die Rangordnungsanmerkung des Liegenschaftsverkaufs zwischen dem Vermieter als Verkäufer und dem beklagten Mieter und dessen Ehegattin als spätere Käufer der Liegenschaft im Grundbuch.

Der Makler erfuhr erst nachträglich vom Verkauf und forderte für seine verdienstliche Vermittlungstätigkeit vom Beklagten ein Vermittlungshonorar von 3% des Kaufpreises abzüglich der bereits für den Mietvertragsabschluss geleisteten Provision ein. Der beklagte Käufer bestritt die Verdienstlichkeit der Maklertätigkeit für den Verkauf, wendete Verjährung des Anspruchs sowie mangelnde Solidarhaftung für den allfälligen Provisionsanteil seiner Ehegattin ein.

¹⁹⁷ Anmerkung des Autors: Bei Verneinung der Frage, ob der Vertragsgegenstand des Folgegeschäfts vom Vermittlungsauftrag umfasst ist, wäre das Vorliegen eines zweckgleichen Rechtsgeschäfts (anderes Objekt) gemäß § 6 Abs 3 MaklerG zu prüfen.

2. Rechtliche Beurteilung:

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren des Maklers statt, der Einwand der Verjährung sei nicht begründet sowie mangels teilbarer Leistung bzw. gegenteiliger Vereinbarung hafte der Beklagte für die gesamte Provision solidarisch.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten Folge und wies das Klagebegehren des Maklers gänzlich mit der Begründung ab, dass der Provisionsanspruch des Maklers für das Folgegeschäft verjährt sei. Der Makler hätte zur Hemmung der Verjährungsfrist und somit zur Wahrung seines Provisionsanspruchs regelmäßig den Grundbuchsstand überprüfen müssen, ob ein eventueller Verkauf der Liegenschaft erfolgt sei.

Der OGH wiederum hob das Urteil des Berufungsgerichts auf - das Berufungsgericht hatte die Mängel- und Beweistrübe des Beklagten nicht erledigt - und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung über die Berufung an das Berufungsgericht zurück. In Bezug auf die vom Beklagten erhobenen Einwände sprach der OGH aus:

- Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich mit Entstehen und Fälligkeit des rechtswirksamen Geschäfts zu laufen (§§ 7 iVm 10 MaklerG). Der Fristenlauf ist gemäß § 11 Abs 2 MaklerG gehemmt, solange der Makler vom Zustandekommen des Geschäfts keine Kenntnis erlangen konnte; Erkundigungs- oder Nachforschungspflichten treffen ihn nicht. Andernfalls würde der Geschäftsherr, dem gemäß § 3 Abs 3 MaklerG eine Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Makler über den Abschluss eines erfolgreich vermittelten Geschäfts obliegt, für ein erfolgreiches Verheimlichen des Geschäftsabschlusses geradezu belohnt werden.
- In Bezug auf den Einwand der mangelnden Verdienstlichkeit des Maklers beim Folgegeschäft sprach er aus, dass eine verdienstliche Tätigkeit nach der Rechtsprechung dann vorliegt, wenn sie den Anforderungen des Vermittlungsvertrags entspricht und ihrer Art nach geeignet ist, für den Geschäftsherrn potentielle Vertragspartner aufzufinden bzw. diese zum Vertragsabschluss zu bewegen. Im Geschäftszweig der gewerblichen Immobilienmakler reicht dabei die bloße Namhaftmachung des potentiellen Geschäftspartners aus. Zwischen der verdienstlichen Tätigkeit und dem Zustandekommen des Geschäfts muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Dabei ist

entscheidend, ob die an sich verdienstliche und zumindest (mit)kausale Tätigkeit des Immobilienmaklers für das letztlich zustande gekommene Geschäft bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände im konkreten Einzelfall als adäquat angesehen werden muss.¹⁹⁸

Im vorliegenden Fall bejahte der OGH die kausale Verdienstlichkeit der Vermittlungstätigkeit des Klägers ohne weiteres. Es bestünde nämlich kein Zweifel daran, dass der Kläger dem Beklagten das zu vermittelnde Objekt gezeigt und ihm mit dem damaligen Liegenschaftseigentümer zusammengebracht hat. Darüber hinaus war nach der vom Beklagten unbestrittenen Tatsachengrundlage bei der Vermittlungstätigkeit des Klägers auch schon ein möglicher Kauf der Liegenschaft Gesprächsthema. Ebenso wurde der Beklagte für den Fall des Kaufs auf eine vom Kaufpreis zu berechnende Provision hingewiesen.

- Den Einwand des Beklagten, dass er für den Provisionsanteil seiner Ehegattin nicht hafte, wies der OGH mit Verweis auf das Vorliegen eines zweckgleichen Rechtsgeschäfts gemäß § 6 Abs 3 MaklerG ab. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt wirtschaftliche Gleichwertigkeit im Sinn dieser Bestimmung unter anderem dann vor, wenn der Geschäftsabschluss mit einer letztlich vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person erfolgt, in deren Interesse jedoch der Auftrag erteilt wurde, wenn nur ein Vertrag, wie er dem dem Vermittler erteilten Auftrag entspricht, zustande gekommen ist und der Geschäftsabschluss durch den Dritten vom Vermittlungsauftrag ausdrücklich oder schlüssig umfasst ist.¹⁹⁹

Im vorliegenden Fall liege zweifellos der Abschluss eines zweckgleichwertigen Geschäfts vor. Das Hinzutreten der Ehegattin als Käuferin ist ebenso wenig wie etwa ein Personenwechsel im Familienverband für den Provisionsanspruch schädlich. Der Erwerb der Liegenschaft durch beide Ehegatten könne das Entstehen des vollen Provisionsanspruchs des Klägers gegenüber dem Beklagten daher nicht hindern.

¹⁹⁸ Vgl OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; RS0062723.

¹⁹⁹ OGH 30.03.2000, 2 Ob 75/00v; RS0062777.

5.4.3. OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12a

1. Zugrunde liegender Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall kam es über Vermittlung eines Immobilienmaklers (Kläger) im Jahr 2002 zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Teilfläche der Gesamtliegenschaft, für den die Käuferin (Beklagte) dem Makler Provision bezahlte. Auf Anraten des Maklers wurde auch ein Vorkaufsrecht für den weiteren Liegenschaftsanteil in den Kaufvertrag aufgenommen. Der Vertragsabschluss über die Gesamtliegenschaft scheiterte seinerzeit an deutlich unterschiedlichen Preisvorstellungen; die Käuferin wollte für die Gesamtliegenschaft nur 1.526.000 bzw 1.672.000 EUR anstatt der vom Makler angeratenen 1.900.000 EUR bezahlen.

Im Jahr 2008 nahm die beklagte Käuferin das vereinbarte Vorkaufsrecht in Anspruch, allerdings nicht gegenüber dem seinerzeitigen Verkäufer, sondern gegenüber den Erben und zu einem Kaufpreis von 2.200.000 EUR.

Der Immobilienmakler forderte nun von der Beklagten auch für den Ankauf des zweiten Liegenschaftsteils im Jahr 2008 ein Vermittlungshonorar, da seine Vermittlungstätigkeit, die zum Kaufvertragsabschluss des ersten Liegenschaftsteils im Jahr 2002 geführt hat, auch für den späteren Erwerb der Restliegenschaft im Jahr 2008 aufgrund des im ersten Kaufvertrag erwirkten Vorkaufsrechts adäquat verdienstlich gewesen sei. Die Kläger stützte sich hierbei vor allem auf die zuvor dargestellte Entscheidung 8 Ob 68/11z.

Die Beklagte bestritt die verdienstliche und kausale Tätigkeit des Maklers für das Folgegeschäft im Jahr 2008, da das Rechtsgeschäft ohne weiteres Zutun des Maklers mehr als fünf Jahre später zustande kam.

2. Rechtliche Beurteilung:

Das Erstgericht sprach dem Immobilienmakler den Provisionsanspruch für das Folgegeschäft zu. Der Makler habe dem Beklagten bei Vermittlung des Verkaufs der Teilliegenschaft durch Einräumung des Vorkaufsrechts erst die Möglichkeit zum späteren Erwerb der Gesamtliegenschaft geschaffen. Auf diese Weise habe der Makler das Folgegeschäft verdienstlich und kausal (mit-)verursacht, auch wenn der Geschäftsabschluss mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person er-

folgte, in deren Interesse der Auftrag erteilt wurde und der zustande gekommene Geschäftsabschluss vom Vermittlungsauftrag ausdrücklich und auch schlüssig umfasst ist (zweckgleiches Rechtsgeschäft gemäß § 6 Abs 3 MaklerG)²⁰⁰.

Das Berufungsgericht gab dem Beklagten Recht und wies das Klagebegehren des Immobilienmaklers ab. Das Berufungsgericht bestätigte in Bezug auf das Folgegeschäft die verdienstliche Tätigkeit des Maklers, der Makler hatte der Käuferin die Kaufgelegenheit im Jahr 2002 nachgewiesen. Es bestätigte auch die Kausalität der Maklertätigkeit, da der Kauf der Restliegenschaft durch Ausübung des Vorkaufsrechts nicht zustande gekommen wäre, wenn die Maklertätigkeit - Vermittlung des Kaufvertrags mit Verbücherung der Vorkaufsrechts im Jahr 2002 - weggedacht wird (conditio sine qua none). Das Gericht verneint jedoch den erforderlichen Adäquanzzusammenhang, der von der Rechtsprechung dann verneint wird, wenn die Verhandlungen wegen der Höhe des geforderten Preises gescheitert waren und der Vertrag erst einige Zeit später ausschließlich aufgrund anderer Umstände abgeschlossen wurde, beispielsweise aufgrund einer späteren Tätigkeit einer dritten Person.²⁰¹ Das Gericht beurteilte die Maklertätigkeit als inadäquat, da im vorliegenden Fall der Kauf der Gesamtliegenschaft im Jahr 2002 an den unterschiedlichen Preisvorstellungen scheiterte und der Abschluss des Folgegeschäfts erst rund sechs Jahre später zu einem höheren Kaufpreis und auch nicht zwischen den vom Makler vermittelten Parteien erfolgte (der Abschluss erfolgte zwischen dem Beklagten und den Erben der ursprünglichen Verkäuferin). Zusätzlich konnte das Gericht keine ausdrückliche oder zumindest konkludente Provisionsvereinbarung für das Folgegeschäft zwischen den Streitparteien feststellen.

Der OGH bestätigte die Entscheidung des Berufungsgerichts in Bezug auf die Verneinung des Adäquanzzusammenhangs. Als inadäquat ist eine an sich verdienstliche und (mit-)kausale Tätigkeit des Maklers anzusehen, wenn die ursprünglichen Vertragsverhandlungen an sehr unterschiedlichen Preisvorstellungen der Parteien gescheitert sind, die für den folgenden Vertragsabschluss maßgebliche spätere Eigeninitiative von der anderen Vertragspartei oder einem unbeteiligten Dritten ohne neuerliche Aktivität des Maklers ausgegangen ist und ein (sehr) langer Zeitabstand zwischen dem Tätigwerden des Maklers und dem Vertragsabschluss vorliegt.²⁰² Es liege kein Abgehen von der Rechtsprechungsgrundsätze vor, da in der Entschei-

²⁰⁰ RS0106605; OGH 20.06.2002, 2 Ob 122/01g; OGH 22.10.1996, 10 Ob 2119/96g.

²⁰¹ Vgl OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; OGH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d; OGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d; OGH 03.02.1970, 8 Ob 13/70.

²⁰² Vgl RS0062768; OGH 03.02.1970, 8 Ob 13/70.

dung 8 Ob 68/11z insbesondere ein zeitlich wesentlich engerer Zusammenhang zwischen der Maklertätigkeit und dem (Folge-)Geschäftsabschluss vorlag.

6. Provisionsanspruch für Folgegeschäfte

Nach den Ausführungen zu Lehre und Judikatur soll in diesem Kapitel der Folgeprovisionsanspruch des Immobilienmaklers untersucht werden, der anhand der möglichen Ausgestaltungsformen von Folgegeschäften dargestellt wird. Es soll der Frage nachgegangen werden, wann dem Immobilienmakler für das Folgegeschäft ein Provisionsanspruch zustehen kann und welche Voraussetzungen hierfür vorliegen müssen. Dabei wird im Rahmen dieser Arbeit vorausgesetzt, dass der Immobilienmakler das jeweilige Ursprungsgeschäft zwischen den Vertragsparteien erfolgreich vermittelt hat, ansonsten ein Folgegeschäft ausscheidet. Wird nämlich dem Immobilienmakler die Verdienstlichkeit am Abschluss des Rechtsgeschäfts abgesprochen oder liegt ein Fall überholender Kausalität eines anderen Maklers vor, der zur Verneinung des Provisionsanspruchs für das Ursprungsgeschäft führt, handelt es sich bei möglichen Involvierung desselben Maklers beim "zweiten" Geschäftsabschluss nach wie vor um ein Ursprungsgeschäft und um kein Folgegeschäft.

6.1. Vertragsverlängerungen – Vertragsumwandlungen

Bei dieser Art von Folgegeschäft handelt es sich um Bestandsverträge, dessen ursprünglicher Vertragsabschluss zwischen Vermieter und Mieter erfolgreich durch den Immobilienmakler vermittelt wurde (Ursprungsgeschäft) und es in der Folge zu einer Vertragsverlängerung oder einer Vertragsumwandlung kommt. Folgende Konstellationen sind denkbar:

1. Verlängerung eines befristeten Mietvertrags um eine weitere befristete Vertragsdauer
Beispiel: Der Mieter schließt einen Mietvertrag auf drei Jahre ab. In der Folge verlängert er denselben Mietvertrag um weitere drei Jahre.
2. Umwandlung eines befristeten Mietvertrags in einen unbefristeten Mietvertrag
Beispiel: Der Mieter schließt zunächst einen Mietvertrag über zwei Jahre ab. In der Folge wird der Mietvertrag in ein unbefristetes Mietverhältnis umgewandelt.

In beiden Fällen handelt es sich um befristete Mietverhältnisse, die nachträglich entweder nochmals verlängert oder in ein unbefristetes Mietverhältnis umgewandelt werden. In diesem Zusammenhang gilt es zu prüfen, auf welcher Anspruchsgrundlage dem Immobilienmakler auch für Vertragsverlängerungen bzw. Vertragsumwandlungen ein Provisionsanspruch zustehen kann.

An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass Vertragsverlängerungen sowie Vertragsumwandlungen der einzigen Fallgruppe von Folgegeschäften zuzuordnen sind, die der Gesetzgeber im Rahmen der sogenannten "Ergänzungsprovision" in den §§ 19 Abs 3 und 20 Abs 3 IMV einer gesetzlichen Regelung zugeführt hat. Da die zulässige Höhe der möglichen Ergänzungsprovision gemäß IMV-Höchstprovisionssätze nach der Sphäre des Vertragspartners (Vermieter/Mieter), des Vertragsobjekts (Gewerbeobjekt/Privatobjekt) und der Mietvertragsart (befristet/unbefristet) differenziert, erfolgt die Darstellung der zulässigen Ergänzungsprovision in der jeweiligen Sphäre des Auftraggebers.

6.1.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag

Wie bei den allgemeinen Provisionsvoraussetzungen bereits ausgeführt, setzt die Entstehung des Provisionsanspruchs des Maklers einen gültig zustande gekommenen Maklervertrag voraus.²⁰³ So wurde auch in den unter Pkt 5.4. angeführten drei Entscheidungen betreffend Folgegeschäfte – 4 Ob 543/94, 8 Ob 68/11z, 5 Ob 256/12a – immer eingangs durch das Gericht geprüft, ob ein gültiger Maklervertrag für das Ursprungsgeschäft vorlag.

Damit der Immobilienmakler überhaupt einen Provisionsanspruch auf eine Ergänzungsprovision erwerben kann, muss die Ergänzungsprovision nach dem Wortlaut der §§ 19 Abs 3 und 20 Abs 3 IMV zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden sein. Die Ergänzungsprovision kann nur von einem unabhängigen Immobilienmakler vereinbart werden, dem makelnden Hausverwalter fehlt mangels gesetzlicher Regelung in § 21 MaklerG die Berechtigung zur Vereinbarung einer Ergänzungsprovision.

Die Prüfung des Maklerauftrags hat wiederum für beide Sphären - Makler/Abgeber sowie Makler/Interessent - getrennt erfolgen.

²⁰³ OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h; OGH 28.07.1998, 1 Ob 204/98a.

6.1.1.1. Sphäre Makler – Abgeber

Der Immobilienmakler kann mit dem Abgeber nach § 19 Abs 3 MaklerG (Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume) sowie nach § 20 Abs 3 MaklerG (Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser) eine Ergänzungsprovision als Folgeprovision vereinbaren.

Der zwischen Makler und Abgeber geschlossene Maklervertrag für das Ursprungsgeschäft (Schlichter Maklervertrag, Alleinvermittlungsauftrag) kann grundsätzlich schriftlich, mündlich oder konkludent zustande gekommen sein; der gültige Abschluss eines Alleinvermittlungsauftrags mit einem Verbraucher setzt Schriftlichkeit iSv Unterfertigung voraus (§ 31 Abs 1 KSchG). Liegt nun ein mündlicher Vermittlungsauftrag mit dem Abgeber vor und wurde eine Ergänzungsprovision für Vertragsverlängerungen bzw. Vertragsumwandlungen tatsächlich vereinbart, wird der Makler die getroffene Vereinbarung der Folgeprovision bereits in der schriftlichen Bestätigung über den wesentlichen Vertragsinhalt gemäß § 4 Abs 1 Z 3 IMV angeführt haben müssen. Andernfalls wird die getroffene Vereinbarung der Folgeprovision in der Praxis nicht beweisbar sein können. Im Falle eines konkludent zustande gekommenen Maklervertrags wird der Makler ohne schriftliche Zusatzvereinbarung gar keinen Anspruch auf Ergänzungsprovision begründen können. Ist der Maklerauftrag schriftlich erteilt worden, was jedem Makler schon allein zu Dokumentationszwecken empfohlen wird, muss er zur Begründung eines Folgeprovisionsanspruchs eine Ergänzungsprovisionsklausel enthalten²⁰⁴:

„Bei der Vermittlung von befristeten Mietverträgen wird für den Fall der Verlängerung des Mietverhältnisses oder der Umwandlung in ein unbefristetes Mietverhältnis eine weitere Provision (Ergänzungsprovision) nach Maßgabe der Verlängerung in Höhe von BMM zzgl. 20% USt. vereinbart.“

Nachstehend soll ausgeführt werden, wie hoch die zulässige Ergänzungsprovision in der jeweiligen Vertragsart und Sphäre vereinbart werden darf:

- Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume:

Bei der Vermittlung von Geschäftsräumlichkeiten errechnet sich die Ergänzungsprovision gemäß § 19 Abs 3 MaklerG immer als Differenzbetrag der bereits erhaltenen Provision von der zulässigen Höchstprovision von 3 Bruttomonatsmieten (BMM).

²⁰⁴ Klausel aus ÖVI-Formular Besichtigungsschein, ÖVI-Form Nr. 20/9/2011.

Höchstprovisionsätze Vermieter Geschäftsräumlichkeit		
Dauer Mietvertrag	Höchstprovision	Ergänzungsprovision
unbefristet oder länger als 3 Jahre	3 BMM	Differenzbetrag zu 3 BMM
mindestens 2 und höchstens 3 Jahre	3 BMM	Differenzbetrag zu 3 BMM
weniger als 2 Jahre	3 BMM	Differenzbetrag zu 3 BMM

Um beim Beispiel zu bleiben: Der Mieter schließt zunächst einen Mietvertrag über drei Jahre ab, der Makler hat hierfür mit dem Vermieter eine Provision von 2 BMM vereinbart. Verlängert der Mieter den Mietvertrag in der Folge um weitere drei Jahre oder wandelt ihn in einen unbefristeten Mietvertrag um, so kann der Makler vom Vermieter eine Ergänzungsprovision von 1 BMM in Rechnung stellen, sofern er die Ergänzungsprovision vereinbart hat.

- Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser:

Bei der Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser darf die Ergänzungsprovision gemäß § 20 Abs 3 MaklerG maximal 0,5 Bruttomonatsmieten ausmachen.

Höchstprovisionsätze Vermieter Wohnung & Einfamilienhaus		
Dauer Mietvertrag	Höchstprovision	Ergänzungsprovision
unbefristet oder länger als 3 Jahre	3 BMM	max. 0,5 BMM
bis 3 Jahre	3 BMM	max. 0,5 BMM

Um beim Beispiel zu bleiben: Der Mieter schließt zunächst einen Mietvertrag über drei Jahre ab, der Makler hat hierfür mit dem Vermieter eine Provision von 2 BMM vereinbart. In der Folge verlängert der Mieter den Mietvertrag um weitere drei Jahre oder wandelt ihn in einen unbefristeten Mietvertrag um, so kann der Makler vom Vermieter eine Ergänzungsprovision von 0,5 BMM in Rechnung stellen, sofern er die Ergänzungsprovision vereinbart hat.

6.1.1.2. Sphäre Makler – Interessent

Der Maklervertrag zwischen Makler und Interessenten kann ebenfalls schriftlich, mündlich oder konkludent zustande gekommen sein. In der Regel entsteht ein schlichter Maklerauftrag, selten ein Alleinvermittlungsauftrag in Form eines exklusiven Suchauftrags.

Der schlichte Vermittlungsauftrag mit dem Interessenten kommt in der Regel konkludent zustande, indem sich der Interessent der Vermittlung des Maklers nutzbringend bedient, die für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht.²⁰⁵ Das bereits oben bei der Sphäre Makler/Abgeber Ausgeführte gilt auch hier. Mangels Vereinbarung der Ergänzungsprovision und den Hinweis auf die Provisionserwartung auch für das Folgegeschäft sowie entsprechender Dokumentation wird der Makler keinen Provisionsanspruch für das Folgegeschäft begründen können. Kann der Makler keine Vereinbarung vorweisen und bedient sich der Interessent für die Verlängerung bzw. Vertragsumwandlung des (neuen) Mietvertrag wiederum der Vermittlungstätigkeit des Maklers, kommt mE in diesem Fall ein neuer, konkludenter Maklervertrag mit dem Interessenten zustande, der einen originären Provisionsanspruch zu begründen vermag.

Erfolgt der Abschluss des Maklervertrags schriftlich, etwa durch Unterzeichnung des Besichtigungsscheins oder durch Abgabe eines schriftlichen Mietanbots, muss zur Provisionsbegründung für das Folgegeschäft darin wiederum die Klausel der Ergänzungsprovision enthalten sein. Gleiches gilt für den (schriftlichen) exklusiven Suchauftrag mit dem Interessenten.

Nachstehend soll auch hier gezeigt werden, wie hoch die zulässige Ergänzungsprovision des Maklers gegenüber dem Interessenten sein darf:

- Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume:

Bei der Vermittlung von Geschäftsräumlichkeiten errechnet sich die zulässige Ergänzungsprovision nach § 19 Abs 3 MaklerG aus der Erhebung der gesamten Vertragsdauer, die sich aus der ursprünglichen Mietvertragsdauer sowie der neu verlängerten oder umgewandelten Mietvertragsdauer ergibt.

Höchstprovisionsätze Mieter Geschäftsräumlichkeit		
Dauer Mietvertrag / Gesamtdauer Mietvertrag (GD)	Höchstprovision (HP)	Ergänzungsprovision abh. von Gesamtdauer
unbefristet oder länger als 3 Jahre	3 BMM	Differenzbetrag zu HP gem. GD
mindestens 2 und höchstens 3 Jahre	2 BMM	Differenzbetrag zu HP gem. GD
weniger als 2 Jahre	1 BMM	Differenzbetrag zu HP gem. GD

Beispiel: Der Mieter schließt zunächst einen Mietvertrag auf zwei Jahre ab, der Makler kann hierfür mit dem Interessenten eine Höchstprovision von 1 BMM vereinba-

²⁰⁵ LG Wiener Neustadt 01.12.1999, 17 R 88/99h.

ren. In der Folge verlängert der Mieter den Mietvertrag um weitere drei Jahre oder wandelt ihn in einen unbefristeten Mietvertrag um, so kann der Makler mit dem Interessenten maximal 2 BMM als Ergänzungsprovision vereinbaren.

- Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser:

Bei der Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser darf die Ergänzungsprovision gegenüber dem Interessenten nach § 20 Abs 3 MaklerG maximal 0,5 Bruttomonatsmieten ausmachen.

Höchstprovisionsätze Mieter Wohnung & Einfamilienhaus		
Dauer Mietvertrag	Höchstprovision	Ergänzungsprovision
unbefristet oder länger als 3 Jahre	2 BMM	0,5 BMM
bis 3 Jahre	1 BMM	0,5 BMM

Um beim Beispiel zu bleiben: Der Mieter schließt zunächst einen Mietvertrag auf zwei Jahre ab, der Makler kann hierfür mit dem Interessenten eine Höchstprovision von 1 BMM vereinbaren. In der Folge verlängert der Mieter den Mietvertrag um weitere drei Jahre oder wandelt ihn in einen unbefristeten Mietvertrag um, so kann der Makler dem Interessenten maximal 0,5 BMM als Ergänzungsprovision verrechnen.

6.1.2. Anspruchsgrundlage: Zusatzvereinbarung

Hat der Immobilienmakler es verabsäumt, die Ergänzungsprovision im Maklervertrag mit dem Abgeber oder dem Interessenten zu vereinbaren, kann ein Provisionsanspruch für die Verlängerung oder Umwandlung des vermittelten Mietvertrags nur durch Abschluss einer Zusatzvereinbarung mit dem jeweiligen Auftraggeber begründet werden. Idealerweise sollte die Zusatzvereinbarung vor Abschluss des Ursprungsgeschäfts erfolgen, vor allem wenn sich im Zuge der Anmietungsverhandlungen mit dem Interessenten Anzeichen für eine möglicherweise längere Gesamtmietdauer ergeben. Der Versuch des Immobilienmaklers, zeitlich nach dem abgeschlossenen Ursprungsgeschäft von den Auftraggebern eine Zusatzvereinbarung für die Nachverrechnung einer Ergänzungsprovision zu erlangen, wird in der Praxis kaum zu schaffen sein.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass sich der Makler den Folgeprovisionsanspruch jederzeit für sämtliche Arten von Folgegeschäften durch den Abschluss einer Individualvereinbarung absichern kann. Der gesonderte Anführung dieser möglichen An-

spruchsgrundlage wird demzufolge bei den nachfolgenden Folgegeschäftstypen unterbleiben.

6.1.3. Anspruchsgrundlage: AGB

Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) versteht man vorformulierte Vertragsbedingungen, zu denen eine Vertragspartei - idR Unternehmer - zum Vertragsabschluss bereit ist. Die AGB treten nur in Geltung, wenn der Verwender der AGB auf seinen Wunsch nach Geltung der AGB hingewiesen hat, der Kunde zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB hatte und er der Geltung der AGB ausdrücklich oder konkludent durch stillschweigende Unterwerfung zugestimmt hat.²⁰⁶ Selbst wenn die Geltungskontrolle ergibt, dass die AGB zwischen den Vertragsparteien gültig einbezogen wurden, werden gemäß § 864a ABGB Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragspartner verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen und dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den Anderen besonders darauf hingewiesen. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht somit der Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB vor.²⁰⁷

Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein „Überrumpfungseffekt“ innewohnen.²⁰⁸ Die Qualifikation einer Klausel als überraschend und ungewöhnlich hängt jeweils von den konkreten Umständen ab.²⁰⁹ Für das Unternehmer-Verbraucher-Geschäft ist zudem § 6 Abs 1 KSchG zu beachten.

So verstößt eine von den Immobilienmaklern verwendete AGB-Klausel, wonach der Auftraggeber bei Erhalt eines Standortangebots nur dann von der Provisionspflicht befreit ist, wenn er dem Makler unverzüglich eine Mitteilung über seine Vorkenntnis mittels eingeschriebenem Brief mitteilt, gegen § 15 MaklerG (sofern kein Alleinver-

²⁰⁶ *Rummel in Rummel*, ABGB § 864a Rz 1 ff.

²⁰⁷ RS0037089.

²⁰⁸ RS0014646; OGH 30.08.2011, 10 Ob 50/11t: Die Heranziehung einer weit vor Vertragsabschluss liegenden Wertindexzahl als Ausgangsbasis der Indexierung sei ungewöhnlich und entspreche angesichts der Überschrift „Wertsicherung“ nicht der Erwartungshaltung eines durchschnittlichen Kunden.

²⁰⁹ OGH 29.01.2003, 7 Ob 267/02v.

mittlungsauftrag vorliegt). Gegenüber Verbrauchern ist eine derartige Bestimmung zudem auch nach § 6 Abs 1 Z 2 und 4 KSchG unzulässig.²¹⁰

Um auf die Prüfung des Provisionsanspruchs des Immobilienmaklers für Folge- bzw. Ergänzungsprovisionen überzuleiten: Will der Makler seinen Provisionsanspruch über eine in den AGB enthaltene Folgeprovisions- bzw. Ergänzungsprovisionsklausel begründen, muss die Klausel der Geltungsprüfung nach § 864a ABGB sowie der nachfolgenden Inhaltsprüfung nach § 879 ABGB standhalten. Bei kritischer Betrachtung der Geltungsprüfung einer Folgeprovisionsklausel wird mE nach eine derartige Klausel für den Kunden als objektiv ungewöhnlich und überraschend zu beurteilen sein; sie gilt demnach schon von vornherein nicht als gültig einbezogen. So wird nämlich der durchschnittliche Auftraggeber des Maklers in jenen Fällen, in denen er bereits für das Zustandekommen des Ursprungsgeschäfts dem Makler eine Vermittlungsprovision bezahlt hat und nicht gesondert auch die Folgeprovisionsklausel hingewiesen wurde, idR nicht damit rechnen (müssen), dass er dem Makler auch bei Verlängerung oder Umwandlung des Mietvertrags noch eine Ergänzungsprovision zu zahlen hat. Man wird dem Makler unterstellen können, dass er seinen Auftraggeber nicht entsprechend über die "überraschende" Provisionspflicht bei Folgegeschäften aufgeklärt hat (Hinweis- und Aufklärungspflicht). Es ist anzunehmen, dass der Makler ansonsten eine diesbezügliche Ergänzungsprovisionsklausel in den Maklervertrag reklamiert oder auf den Abschluss einer Zusatzvereinbarung gedrängt hätte. Aus diesen Gründen wird mE die Anspruchsbegründung auf Grundlage einer in den AGB enthaltenen Folgegeschäftsklausel für den Auftraggeber als überraschend und objektiv benachteiligend anzusehen sein, außer er wurde speziell darauf hingewiesen. Folge dessen wird ein Folgeprovisionsanspruch des Maklers über die AGB grundsätzlich ausscheiden. Für den weiteren Verlauf der Arbeit unterbleibt somit die Anführung der AGB als mögliche Anspruchsgrundlage.

6.2. Flächenerweiterungen

Unter Flächenerweiterungen versteht man die Ausweitung des bisherigen Flächenbestands durch die Anmietung oder den Ankauf weiterer Flächen. Folgende Beispiele können zur Veranschaulichung angeführt werden:

²¹⁰ Noss, Maklerrecht 31 Rz 53.

- Ein Büromieter erweitert seine derzeit angemieteten Büroflächen um eine weitere Büroetage
- Ein Speditionsunternehmen mietet zusätzlich zur angemieteten Lagerhalle 1 auch noch Lagerhalle 2 dazu
- Ein Ehepaar kauft eine Grundstückshälfte, ein Jahr später erwerben sie auch die zweite Grundstückshälfte vom selben Verkäufer
- Ein Mann kauft eine Eigentumswohnung, bei Freiwerden der angrenzenden Nachbarwohnung kauft er auch diese dazu und vereint die beiden Wohnungen zu einer großen Wohnung

6.2.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag

Die Prüfung einer möglichen Provisionsberechtigung des Maklers für Flächenerweiterungen durch den vermittelten Mieter oder Käufer hat wiederum auf Grundlage des ursprünglichen Maklervertrags zwischen Makler und Auftraggebern zu erfolgen.

6.2.1.1. Sphäre Makler – Abgeber

Bei der Anspruchsprüfung des Maklers gegenüber dem Abgeber ist zu prüfen, ob die Erweiterungsfläche des Folgegeschäfts bereits beim Maklervertrag des Ursprungsgeschäfts als Vermittlungsgegenstand umfasst war. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist ein Provisionsanspruch für das Folgegeschäft grundsätzlich begründbar, wenn die Erweiterungsfläche bereits zum Zeitpunkt der Auftragserteilung vom Vermittlungsauftrag umfasst war (siehe Pkt 5.4.).²¹¹ So kann es sein, dass der Makler vom Auftraggeber exklusiv mit der Vermittlung des gesamten Bürohause oder des gesamten Logistikobjekts beauftragt ist. Mietet beispielsweise ein Büronutzer über Vermittlung des Maklers eine Büroeinheit und erweitert in der Folge um weitere Büroflächen, ist das Folgegeschäft vom Vermittlungsauftrag des Ursprungsgeschäfts grundsätzlich umfasst.

Ist nun die Erweiterungsfläche vom Vermittlungsauftrag umfasst, muss geprüft werden, ob die Parteien im Vermittlungsauftrag eine Folgegeschäfts-klausel aufgenom-

²¹¹ OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12a: Der Vermittlungsauftrag umfasste das Gesamtgrundstück, es erfolgte der Verkauf einer Teilfläche als Ursprungsgeschäft, der Verkauf der anderen Teilfläche als Folgegeschäft. Hier wurde der Provisionsanspruch für das Folgegeschäft mangels Adäquanzzusammenhang nach 5 Jahren verneint; OGH 14.06.1994, 4 Ob 543/94: Vermittlungsauftrag über ein Gesamtgrundstück von 40.000 m², Verkauf von 15.000 m² als Ursprungsgeschäft und Verkauf von weiteren 10.000 m² als Folgegeschäft.

men haben. Eine solche kann eine zeitliche Befristung vorsehen (z.B. 24 Monate), innerhalb der die Flächenerweiterung des vermittelten Interessenten eine Folgeprovision auslöst. Wurde darin keine Frist vorgesehen oder wurde in den Maklervertrag überhaupt keine Folgegeschäfts-klausel aufgenommen, muss ein möglicher Provisionsanspruch anhand des bestehenden Maklervertrags und immer anhand des Einzelfalls beurteilt werden. Schwierigkeiten könnten sich hierbei aus dem kausalen Adäquanzzusammenhang ergeben, wenn zwischen dem Abschluss des Ursprungsgeschäfts und der Flächenerweiterung ein sehr langer Zeitraum liegt oder die Flächenerweiterung nur aufgrund anderer wesentlicher Umstände zustande kam (z.B. wesentlich günstigere Gesamtkonditionen als Anlass der Erweiterung). Oft ist zudem zum Zeitpunkt der Flächenerweiterung bereits der Maklervertrag beendet und eine eventuell vereinbarte Kundenschutzklausel mit Befristung nach Auftragsbeendigung ausgelaufen. Zudem kann es vorkommen, dass Abgeber und Interessent aus dem Motiv der Provisionsumgehung zunächst ein "kleineres" Ursprungsgeschäft abschließen, das der beidseitigen Provisionsverrechnung mit dem Makler als Berechnungsgrundlage dienen soll; parallel zum Abschluss des Ursprungsgeschäfts wurde bereits die später stattfindende Flächenerweiterung vereinbart, die nicht mit dem Makler abgerechnet werden soll.

Die beste Absicherung des Maklers stellt somit eine Folgegeschäfts-klausel in jedem Maklervertrag dar, die mE wie folgt lauten könnte:

„Provision gebührt dem Makler auch für Folgegeschäfte. Ein Folgegeschäft liegt dann vor, wenn innerhalb von ... Monaten seit dem Zustandekommen des vermittelten Rechtsgeschäfts das ursprünglich abgeschlossene Rechtsgeschäft auf weitere Flächen des Objekts ausgeweitet wird oder weitere Rechtsgeschäfte zwischen dem Abgeber und dem vermittelten Interessenten abgeschlossen werden.“

Schwieriger gestaltet sich die Ausgangslage, wenn die Erweiterungsfläche zum Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht vom Vermittlungsauftrag umfasst war. In diesem Fall ist einzelfallabhängig zu prüfen, ob der Maklervertrag bereits während der Vermarktungstätigkeit des Objekts oder im Zuge der Verhandlungen mit dem Interessenten für das Ursprungsgeschäft konkludent um die Erweiterungsfläche erweitert wurde. Kommt man zum Ergebnis, dass keine konkludente Auftrags-erweiterung erfolgt ist, scheidet ein Provisionsanspruch für das Folgegeschäft auf Grundlage des Maklervertrags aus. Im Verlauf der Arbeit wird noch geprüft werden, ob in diesem Fall eine Anspruchsbegründung über das Institut des zweckgleichen Rechtsge-

schäfts (anderes Objekt) gemäß § 6 Abs 3 oder § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG erfolgreich sein kann (Pkt 6.2.2.).

6.2.1.2. Sphäre Makler – Interessent

Bei der Prüfung des Maklervertrags mit dem Interessenten in Bezug auf Flächenerweiterungen ist zu untersuchen, wie der Makler dem Interessenten die Geschäftsgelegenheit angeboten hat, was Gegenstand der Verhandlungen zwischen Abgeber und Interessent war und ob der Makler den Interessenten auf eine ggf. mögliche Flächenerweiterung hingewiesen hat.

Um Verdienstlichkeit am Folgegeschäft begründen zu können, muss das ursprüngliche Standortangebot des Maklers an den Interessenten bereits auch die Erweiterungsfläche umfassen. Bei der Vermittlung des als Beispiel genannten Bürohauses wird der Makler dem Interessenten idR das gesamte Bürohaus unter Anführung sämtlicher noch verfügbarer Mietflächen anzubieten haben. Sollte dies nicht passiert sein, müsste spätestens im Zuge der Anmietungs- bzw. Ankaufverhandlungen mit dem Abgeber ein solcher Hinweis ausdrücklich oder konkludent durch den Verlauf der Gespräche nachweisbar sein (Dokumentation empfohlen). Die Behauptungs- und Beweislast trifft den Makler. Weiters wird man vom Makler fordern müssen, dass er bei Anzeichen des Interessentens hinsichtlich später angedachter Flächenerweiterung rechtzeitig auf seine Provisionserwartung für das Folgegeschäft hinweist.

Ist die Erweiterungsfläche nicht vom Standortangebot umfasst und kann der Makler die geforderten Nachweise nicht erbringen, wird ein Provisionsanspruch aus dem Maklervertrag ausscheiden. Es kann somit nur - wie beim Abgeber bereits angeführt - das Vorliegen eines zweckgleichen Rechtsgeschäfts (anderes Objekt) geprüft werden.

Zusammenfassend ist der Makler gut beraten, beim Standortangebot auf die Formulierung zu achten, alles Verhandlungsgegenständliche entsprechend zu dokumentieren (Aktennotiz, Gesprächsprotokolle) sowie jedes vom Interessenten zu unterfertigende Miet- oder Kaufanbot mit einer Folgegeschäftsklausel zu versehen.

6.2.2. Anspruchsgrundlage: Zweckgleiches Rechtsgeschäft

Nach § 6 Abs 3 MaklerG hat der Immobilienmakler auch dann einen Provisionsanspruch, wenn *anstatt* des vertragsmäßig zu vermittelnden Geschäft ein diesem Zweck nach wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustande kommt. Festzuhalten ist, dass sich die Prüfung der Anspruchsgrundlage - § 6 Abs 1 oder § 6 Abs 3 MaklerG - auf den Vermittlungserfolg des Ursprungsgeschäfts bezieht. Wurde das im Maklervertrag zu vermittelnde Geschäft wie vereinbart vermittelt, entsteht der Provisionsanspruch nach § 6 Abs 1 MaklerG, ein Provisionsanspruch nach § 6 Abs 3 MaklerG scheidet daher aus. Bei der Prüfung des Provisionsanspruchs des Maklers geht es immer um die Beurteilung der Frage, ob der Provisionsanspruch "vertragsgemäß nach Abs 1" oder "zweckgleichwertig nach Abs 3" entstanden ist.

Bei Flächenerweiterungen wurde die vertragsgemäße Tätigkeit des Maklers bereits durch Vermittlung des abgeschlossenen Miet- oder Kaufvertrags des Ursprungsgeschäfts nach § 6 Abs 1 MaklerG erbracht, das zweckgleiche Rechtsgeschäft nach Abs 3 scheidet folglich aus. Werden zeitlich nachfolgend Flächen erweitert, handelt es sich – gleich dem abgeschlossenen Ursprungsgeschäft – ebenfalls um Vertragsabschlüsse in der vom Maklervertrag vorgesehenen Vertragsart (z.B. der Büromieter erweitert seine Mietflächen, der Käufer des Grundstücks kauft eine weitere Teilfläche dazu); der einzige Unterschied liegt darin, dass sich die Erweiterungsfläche erst nachträglich auf ein "anderes Objekt" bezieht, wenn die Erweiterungsfläche nicht vom Maklervertrag umfasst ist. Da der Anwendungsbereich des zweckgleichen Rechtsgeschäfts durch das Ursprungsgeschäft nach Abs 1 bereits ausgeschlossen wurde, kann demzufolge ein Folgeprovisionsanspruch des Maklers wiederum nur auf Grundlage des Maklervertrags begründbar werden.

Trotz der Verneinung der Anspruchs begründung über das zweckgleiche Rechtsgeschäft nach § 6 Abs 3 MaklerG soll hierbei geprüft werden, ob eine Anspruchs begründung nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG möglich sein kann. Bei ausdrücklicher Vereinbarung dieses § 15-Tatbestands im Maklervertrag können die Parteien vereinbaren, dass über die Grenzen der Zweckgleichwertigkeit von § 6 Abs 3 MaklerG hinaus der Auftraggeber eine Provision iSv Aufwandsentschädigung zu zahlen hat, wenn mit dem vom Makler vermittelten Dritten ein anderes als das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft zustande kommt, sofern die Vermittlung in den Tätigkeitsbe-

reich des Maklers fällt.²¹² Dass damit Folgegeschäfte eingefangen werden können, die außerhalb des Maklervertrags liegen, erscheint mE über die Vereinbarung nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG noch eher möglich als eine großzügige Ausweitung des Anwendungsradius von § 6 Abs 3 MaklerG. Ob damit der Wille des Gesetzgebers (Aufwandsersatz des Maklers für fehlenden Vermittlungserfolg²¹³) verwirklicht wäre, sei dahingestellt. Bejaht man die Zulässigkeit der Anspruchsbegründung für Folgegeschäft über § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG, würde man den Makler, der keine Folgegeschäfts-klausel im Maklervertrag vereinbart hat und bereits beim Ursprungsgeschäft eine Provision erhalten, gegenüber dem Auftraggeber, den eine Vertragsstrafe für das Folgegeschäft mit dem Dritten außerhalb des Maklervertrag trifft, bevorzugen. Auf der anderen Seite könnten über diese Bestimmung Provisionsumgehungsversuche gelöst werden, wenn Abgeber und Interessent bereits beim Ursprungsgeschäft bewusst zusammenwirken, indem die Erweiterungsfläche, die außerhalb des Maklervertrags liegt, nicht offenkundig in die Verhandlungen gegenüber dem Makler miteinbezogen wurden, um sich die Folgeprovision mangels Gegenstand des Maklervertrags zu ersparen.

Um sich Auslegungsprobleme iZm § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG zukünftig zu ersparen, ist jeder Makler gut beraten, einfach eine Folgegeschäfts-klausel im Maklervertrag mit den Auftraggebern zu vereinbaren, die Transparenz hinsichtlich Anspruchsgrundlage schafft. Die § 15-Tatbestände müssen ohnehin auch ausdrücklich vereinbart werden.

6.3. Veränderung des Rechtsgeschäftstyps (Miete – Kauf)

Eine weitere Konstellation eines Folgegeschäfts kann dann vorliegen, wenn der vom Makler vermittelte Mieter zunächst einen Mietvertrag und dann in der Folge einen Kaufvertrag über das vermittelte Objekt abschließt. Der umgekehrte Fall, dass ein Objekteigentümer den Makler mit der Investorensuche beauftragt, um das Objekt nach dem Verkauf an den Investor wieder selbst zurück zu mieten (sale-and-lease-back), ist zwar denkbar, kommt aber in der Maklerpraxis sehr selten vor.

²¹² vgl ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 20 und 24; kritisch *Fromherz*, Maklergesetz § 7 Rz 68 mwH, wodurch neue Auslegungsprobleme zwischen § 6 Abs 3 und § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG wie vor der IMV 1978 wiederhergestellt wurden; *Gartner/Karandi*, Maklergesetz § 6 Rz 28.

²¹³ ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 20.

6.3.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag

Kommt es im Anschluss an einen vermittelten Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter zu einem nachfolgenden Kauf, ist wieder der Maklervertrag als Anspruchsgrundlage einer Folgeprovision zu prüfen.

6.3.1.1. Sphäre Makler – Abgeber

Für einen möglichen Folgeprovisionsanspruch für den nachfolgenden Kaufvertrag ist die Ausgestaltung des Maklervertrags entscheidend. So können aus der unter Pkt 5.4.2 angeführten Entscheidung 8 Ob 68/11z nachstehenden Ausführungen zum Folgeprovisionsanspruch abgeleitet werden.

Wurde der Makler im Rahmen des Maklervertrags beauftragt, für das Objekt des Abgebers Mieter oder Käufer zu finden, so entsteht dem Makler im Fall des nachfolgenden Kaufvertrags mit dem vermittelten Interessenten ein Folgeprovisionsanspruch nach § 6 Abs 1 MaklerG aus dem Maklervertrag. Eine Folgegeschäftsklausel im Maklervertrag wäre hierbei nicht zwingend notwendig, außer man will den Zeitraum des anspruchsbegründenden Folgegeschäfts explizit definieren; ansonsten steht der Folgeprovisionsanspruch dem Makler aufgrund der verdienstlichen Tätigkeit und dem (mit-)kausal Adäquanzzusammenhangs aus dem Maklervertrag zu.²¹⁴ Im Zusammenhang mit dem Adäquanzzusammenhang muss im Einzelfall immer geprüft werden, ob die Maklertätigkeit aufgrund der zwischenzeitlichen Umstände und des zwischen Abschluss des Miet- und Kaufvertrags liegenden Zeitraums noch als adäquat mitverursacht zu beurteilen ist.

Bezieht sich der Maklerauftrag nur auf die Vermietung und war bis zum Abschluss des Mietvertrags ein Kauf nicht Thema der Verhandlungen (Auftragserweiterung), kann ein Folgeprovisionsanspruch des Maklers für den Kaufvertrag nur über eine im Maklervertrag enthaltene Folgegeschäftsklausel oder eventuell über eine Vereinbarung von § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG begründet werden. Ein Folgeprovisionsanspruch über ein zweckgleiches Rechtsgeschäft nach § 6 Abs 3 MaklerG (anderer Vertragstyp) scheidet mangels Anwendbarkeit aus.²¹⁵ Hat der Makler keine Folgegeschäftsklausel im Maklervertrag vorgesehen, scheidet ein Provisionsanspruch für das Folgegeschäft grundsätzlich aus.

²¹⁴ OGH 15.07.2011, 8 Ob 68/11z (siehe Pkt 5.4.2.).

²¹⁵ Vgl *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht 71.

6.3.1.2. Sphäre Makler – Interessent

Die oben beim Abgeber dargestellten Folgeprovisionsvoraussetzungen für den nachfolgenden Kaufvertrag müssen beim Interessenten in spiegelgleicher Form vorliegen.

Hat der Makler dem Interessenten die Geschäftsgelegenheit sowohl zur Miete als auch zum Kauf angeboten und folgt auf den Abschluss des Mietvertrags ein Kaufvertrag nach, so entsteht dem Makler gegenüber dem Interessent aus dem Maklervertrag der Folgeprovisionsanspruch (Provisionshinweis Mieter -und Käuferprovision Standortangebot!).

Hat der Makler das Objekt dem Interessenten nur zur Miete angeboten, weil ein Verkauf bei Auftragserteilung nicht beabsichtigt war und auch keine nachträgliche Auftragsweiterung im Zuge der Verhandlungen stattfand (z.B. durch Abgabe eines Kaufanbots des Interessenten für das Objekt), hat der Makler nur dann einen Folgeprovisionsanspruch, wenn er mit dem Interessenten eine Folgeprovision vereinbart hat (Folgegeschäftsklausel, Zusatzvereinbarung). In Ermangelung einer solchen Vereinbarung scheidet ein Folgeprovisionsanspruch des Maklers für den Verkauf aus; gleiches gilt für das zweckgleiche Rechtsgeschäft nach § 6 Abs 3 MaklerG (anderer Vertragstyp).

6.4. Optionsrechte

Wie bereits unter Pkt. 4.3.2. ausgeführt, handelt es sich bei einem Optionsvertrag um einen (aufschiebend) bedingten Vertrag, der dem Optionsberechtigten ein Gestaltungsrecht einräumt, das darin enthaltene Optionsrecht durch einseitige Erklärung auszuüben.

Bei der Untersuchung des Provisionsanspruchs des Maklers für Folgegeschäfte durch die Ausübung von Optionsrechten muss eingangs zwischen Provisionen aus dem Ursprungsgeschäft und Provisionen aus dem Folgegeschäft unterschieden werden. Im ersten Fall vermittelte der Makler das Optionsrecht, das durch Ausübung des Optionsberechtigten zum Abschluss des Ursprungsgeschäfts selbst führt. Hierbei kann der Makler dem Interessenten als Optionsberechtigten nach § 14 IMV die Hälfte der Höchstprovision bereits bei Vermittlung des Optionsrechts verrechnen, wenn es vereinbart wurde. Die andere Provisionshälfte, die auch als eine Art Folge-

provision gesehen werden kann, steht dem Makler erst bei Ausübung des Optionsrechts zu.

Im zweiten und für diese Arbeit wesentlichen Fall handelt es sich um Provisionsansprüche aus Optionsrechten betreffend Immobiliengeschäfte, die dem Abschluss des Ursprungvertrags zeitlich nachfolgen, auch wenn das Ursprungsgeschäft selbst seinerzeit über die Einräumung eines Optionsrechts zustande kam. Folgende Beispiele zur Veranschaulichung:

- Der Makler vermittelt den Abschluss eines Mietvertrags über die Lagerhalle A. Der Mietvertrag enthält das Optionsrecht, das den Mieter zur Anmietung der anschließenden Lagerhalle B im Falle fristgerechter Optionsausübung innerhalb von 6 Monaten berechtigt.
- Ein Bauträger kauft über Vermittlung eines Maklers ein Baugrundstück mit 10.000 m². Die Realisierung des Bauvorhaben soll in mehreren Bauabschnitten über 3 Jahre erfolgen, er sichert hierfür über ein Optionsrecht im Kaufvertrag den Ankauf weiterer 10.000 m² Baugrund.
- Eine Handelsfirma mietet ein Handelsobjekt auf zwei Jahre. Sollten sich die Umsätze planmäßig entwickeln, will er das Objekt über die vereinbarte Kaufoption erwerben.

6.4.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag

Eine Untersuchung des Provisionsanspruchs für Folgegeschäfte durch die Ausübung von Optionsrechten muss wieder getrennt für beide Auftraggeber erfolgen.

6.4.1.1. Sphäre Makler – Abgeber

Gleich den anderen, voranstehenden Fällen von Folgegeschäften muss sich auch hier das Folgegeschäft aus dem ursprünglichen Maklervertrag ableiten lassen, um einen Folgeprovisionsanspruch des Maklers begründen zu können. Wie der Entscheidung 4 Ob 543/94 entnommen werden kann, muss der Gegenstand des zeitlich nachfolgenden Optionsgeschäfts vom seinerzeit dem Makler erteilten Vermittlungsauftrag umfasst sein, sofern er nicht nachträglich ausdrücklich oder schlüssig erweitert wurde.²¹⁶ Des Weiteren muss die Einräumung des Optionsrechts über die

²¹⁶ OGH 14.06.1994, 4 Ob 543/94: hier keine inhaltliche Entscheidung des OGH, da strittig, ob der Gegenstand des Optionsgeschäfts als Folgegeschäft vom Maklervertrag umfasst war.

Vermittlungstätigkeit des Maklers bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Geschäftsabschlusses mit dem vermittelten Interessenten erfolgt sein. Folglich wird im vermittelten Kaufvertrag bereits eine Kaufoption bzw. im vermittelten Mietvertrag eine Miet- oder Kaufoption enthalten sein müssen, die durch fristgerechte Ausübung des Interessenten das Folgegeschäft und somit den Folgeprovisionsanspruch entstehen lässt.

Ist die Fläche des Optionsgeschäfts nicht vom Vermittlungsauftrag umfasst, scheidet ein Folgeprovisionsanspruch aus dem Maklervertrag aus. Fraglich ist, wie mit Optionsrechten umzugehen ist, die erst nachträglich, also nach Abschluss des Ursprungsgeschäfts, zwischen den Parteien vereinbart wurden (z.B. in Form eines Nachtrags zum Miet-/Kaufvertrag). ME teilen sie das Schicksal des vermittelten Vertrags, auf den sie sich beziehen. Es wird im Einzelfall zu beurteilen sein, ob sie aufgrund der zeitlichen Nähe zum Abschluss des Ursprungsgeschäfts der Vermittlungstätigkeit des Maklers zugerechnet werden können oder die nachträgliche Options-einräumung nur aufgrund anderer, wesentlicher Umstände erfolgte und der Folgeprovisionsanspruch mangels kausalem Adäquanzzusammenhangs zu verneinen ist. Im zweiten Fall wäre dem Makler zur Anspruchsabsicherung die Vereinbarung einer Folgegeschäftsklausel im Maklervertrag anzuraten. Nochmals anzuführen ist, dass der Makler den Folgeprovisionsanspruch gegenüber dem Abgeber wiederum erst bei Ausübung des Optionsrechts durch den optionsberechtigten Interessenten erwirbt.

In der Praxis werden Optionsrechte auch oftmals an Dritte weitergegeben. Nun hat der Makler dem Abgeber den Interessenten namhaft gemacht und das Ursprungsgeschäft mit Optionsrecht vermittelt; nach Abschluss des Ursprungsgeschäfts überträgt der Interessent das Optionsrecht einem Dritten, der zum Makler in keiner Verbindung steht. Der OGH hat in der Entscheidung 4 Ob 543/94 grundsätzlich ausgeführt, aber nicht inhaltlich entschieden, dass der Makler nur dann einen Folgeprovisionsanspruch gegenüber dem Abgeber hat, wenn der Makler den vermittelten Interessenten, der letztlich das Optionsrecht an den Dritten weitergegeben hat, auch für den Optionsgegenstand des Folgegeschäfts namhaft gemacht hat.

Im Zusammenhang mit Optionsrechten kommt es auch vor, dass dem vermittelten Mieter für das Mietobjekt eine Kaufoption eingeräumt wird. War ein möglicher Verkauf bereits im Umfang des Vermittlungsauftrag enthalten, erwirbt der Makler bei Abschluss des Mietvertrags die Vermieterprovision und bei Ausübung der Kaufopti-

on den Folgeprovisionsanspruch auf die volle Verkäuferprovision. Der Makler muss sich hierbei nicht die bereits erhaltene Vermieterprovision auf die Verkäuferprovision anrechnen lassen, wie es vor Inkrafttreten des MaklerG in § 9 Abs 2 ImmMV geregelt war.²¹⁷ War der mögliche Verkauf nicht bereits vom Maklervertrag umfasst und kommt die Einräumung der Kaufoption über die Vermittlung des Mietinteressenten zustande, muss mE zumindest eine konkludente Erweiterung des Maklervertrags erfolgt sein. Haben die Vertragsparteien den Verkauf nicht in Form einer Provisionsvereinbarung geregelt, steht dem Makler nur die ortsübliche und angemessene Provision zu. Kommt auch hier die Kaufoption erst nach dem Abschluss des Ursprungsgeschäfts (Mietvertrag) zustande, kann die bereits oben angeführte Problematik bezüglich Adäquanzzusammenhang entstehen.

Wurde im Maklervertrag der Fall des möglichen Verkaufs und somit die Kaufoption mit dem Abgeber nicht geregelt und auch keine Folgegeschäfts-klausel vereinbart, scheidet ein Folgeprovisionsanspruch aufgrund von zwei getrennten Geschäftsabschlüssen aus; das Problem ergibt sich wiederum aus dem Umstand, dass das Ursprungsgeschäft vereinbarungsgemäß nach § 6 Abs 1 MaklerG zustande kam, ein Folgeprovisionsanspruch aus dem zweckgleichen Rechtsgeschäft für den Verkauf nach § 6 Abs 3 MaklerG somit ausscheidet. Auch hier kann folglich nur ein Folgeprovisionsanspruch aus einer Folgegeschäfts-klausel oder eventuell über die Vereinbarung nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG gesichert werden (siehe dazu obige Ausführung Pkt. 6.2.2)

6.4.1.2. Sphäre Makler – Interessent

Damit der Makler gegenüber dem Interessenten einen Folgeprovisionsanspruch aus der Vermittlung von Optionsrechten erwerben kann, muss auch der (konkludent) zustande gekommene Maklervertrag mit dem Interessenten die gegenständliche Optionsfläche umfassen (Nachweisung der Geschäftsgelegenheit). Der Makler muss dem Interessenten den Miet-/Kaufgegenstand des Ursprungsgeschäfts und ebenfalls den Miet-/Kaufgegenstand, auf den sich das vermittelte Optionsrecht bezieht, angeboten haben. Fällt die Einräumung des Optionsrechts innerhalb derselben Vertragsart mit dem Anschluss des Ursprungsgeschäfts zusammen – der Mieter erhält im Mietvertrag eine Mietoption bzw. der Käufer im Kaufvertrag eine Kaufoption auf weitere Flächen – so ist das Folgegeschäft bereits mit Abschluss des

²¹⁷ Knittl/Holzapfel, Maklerrecht 292.

Ursprungsvertrags begründet. Gleiches gilt, wenn Optionsrechte bereits in Miet-/Kaufanboten des Interessenten oder Punktationen für das Ursprungsgeschäft enthalten sind. Der Makler kann bereits mit Abschluss des Ursprungsgeschäfts – ist zugleich Zustandekommen der Einräumung des Optionsrechts – dem Interessenten zusätzlich zur Provision für das Ursprungsgeschäft auch noch die Hälfte der Optionsprovision für die Vermittlung des Optionsrechts verrechnen, sofern mit dem Interessenten vereinbart (§ 14 IMV); andernfalls steht dem Makler der volle Provisionsanspruch erst mit Ausübung des Optionsrechts zu.

Bezieht sich die mit Abschluss des Ursprungsgeschäfts eingeräumte Option auf eine Optionsfläche, die nicht vom Maklervertrag bzw. Standortangebot des Maklers umfasst ist, wird wiederum von einer konkludenten Erweiterung des Vermittlungsgegenstands wie beim Abgeber auszugehen sein.

Erfolgte die Optionseinräumung erst nach Abschluss des Ursprungsgeschäfts (Nachtrag), kann auf die beim Abgeber gemachten Ausführungen verwiesen werden; ebenso, wenn es eine Kaufoption betrifft, die auf den vermittelten Mietvertrag nachfolgt. Der Makler müsste zur Anspruchssicherung wiederum eine entsprechende Folgegeschäftsklausel im Miet-/Kaufanbot sowie Besichtigungsschein vorsehen oder eine (nachträgliche) Zusatzvereinbarung versuchen zu erlangen.

6.5. Vorkaufsrecht – Vormietrecht

Das Vorkaufsrecht sowie das Vormietrecht ist das höchstpersönliche und nicht übertragbare Recht, ein Vertragsverhältnis durch einseitige Erklärung und ohne Mitwirkung der Gegenseite innerhalb von 30 Tagen ab Anbietung gemäß § 1075 ABGB zustande zu bringen (§ 1072 ABGB). Es handelt sich hierbei um einen Unterfall des Optionsrechts als Gestaltungsrecht.²¹⁸

Das Vorkaufsrecht begründet die Befugnis zum bevorzugten Erwerb der Sache, sollte der Verpflichtete sie verkaufen wollen. Für den Verpflichteten entsteht aber nur in Bezug auf die Person des Käufers eine Bindung, in der Verkaufsentscheidung selbst bleibt er frei. Hierbei hat der Vorkaufsberechtigte das Recht, nur in den bereits ausgehandelten und fertig vorliegenden Kaufvertrag einzutreten und den Kaufvertrag durch Einlösungserklärung zustande kommen zu lassen, ohne dass ein

²¹⁸ Aicher in Rummel, ABGB § 1072 Rz 2; F. Bydlinski in Klang/Gschnitzer, ABGB § 749 ff; Binder in Schwimann, ABGB § 1072 Rz 4 und 10.

zusätzlicher rechtsgeschäftlicher Wille beim Verpflichteten gebildet werden müsste (Klage auf Vertragserfüllung möglich).²¹⁹

Beim Vormiet- und Vorpachtrecht verpflichtet sich der Eigentümer des Bestandsobjekts, dieses Objekt oder Flächen davon vor Weitervermietung oder Weiterverpachtung an einen Dritten dem Berechtigten anzubieten. Das Vormiet-/Vorpachtrecht ist nach denselben Grundsätzen wie das Vorkaufsrecht zu behandeln und erzeugt bei Verletzung einen Schadenersatzanspruch. Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht wird das Vorbestandsrecht nicht für verbücherungsfähig gehalten.²²⁰

Da das Vorkaufsrecht bzw. das Vormietrecht ein Unterfall des unter Pkt. 6.4. behandelten Optionsrechts darstellt, sollen sich die nachfolgenden Ausführungen nur mehr auf daraus ergebende Besonderheiten beziehen. Aufgrund der Höchstpersönlichkeit und Nichtübertragbarkeit des Vorkaufs/Vormietrechts auf Dritte entfällt eine derartige Prüfung der Weitergabe iZm Folgeprovisionsansprüchen.

6.5.1. Anspruchsgrundlage: Maklervertrag

Vorkaufsrechte werden idR unbefristet erteilt, sie können sich auf die gegenständliche Liegenschaft selbst oder auf andere Liegenschaftsteile beziehen (z.B. dem Mieter der Liegenschaft wird ein Vorkaufsrecht eingeräumt; dem Käufer einer Teilliegenschaft wird ein Vorkaufsrecht an der angrenzenden Teilliegenschaft eingeräumt).

Vormietrechte werden idR befristet erteilt, eine unbefristete Einräumung ist auch möglich; Vormietrechte beziehen sich grundsätzlich auf Teilflächen von bebauten oder unbebauten Liegenschaften (z.B. dem Mieter einer Bürofläche wird ein Vormietrecht an der angrenzenden Büroeinheit eingeräumt).

Im Zusammenhang mit dem Folgeprovisionsanspruch des Maklers ist wiederum zu prüfen, wann der Makler für die Vermittlung von Vorkaufs- und Vormietrechten folgeprovisionsberechtigt sein kann.

²¹⁹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB § 1072 Rz 1 f und 4 mwH.

²²⁰ *Binder* in *Schwimann*, ABGB § 1072 Rz 10 mwN.

6.5.1.1. Sphäre Makler – Abgeber

Der Makler hat grundsätzlich Anspruch auf Folgeprovision aus dem Maklervertrag, wenn aufgrund seiner Vermittlungstätigkeit beim Ursprungsgeschäft dem Interessenten ein Vorkaufsrecht oder ein Vormietrecht eingeräumt wird (siehe Ausführungen zur Entscheidung 5 Ob 256/12a²²¹). Beim Maklervertrag ist wiederum zu prüfen, auf welche Liegenschaft oder Liegenschaftsteile sich das Vorkaufs- bzw. Vormietrecht bezieht und wann die Einräumung des Vorkaufs-/Vormietrechts zeitlich erfolgte.

Erfolgte die Einräumung des Vorkaufs-/Vormietrechts aufgrund der Vermittlungstätigkeit des Maklers mit Abschluss des Ursprungsgeschäfts und war die gegenständliche (Teil-)Fläche vom Maklervertrag umfasst – oder wurde nachträglich ausdrücklich oder konkludent um diese (Teil-)Fläche erweitert – so kann der Makler einen Folgeprovisionsanspruch bei Ausübung des Vorkaufs-/Vormietrechts durch den Berechtigten begründen (verdienstliche und (mit-)kausale Maklertätigkeit). Probleme könnten sich in diesem Zusammenhang aus dem Adäquanzzusammenhang ergeben, wenn Vorkaufs-/Vormietrechte unbefristet eingeräumt wurden und die Ausübung erst nach einem sehr langen Zeitraum und/oder die Ausübung nur aufgrund wesentlich geänderter Umstände erfolgt (z.B. wesentlich günstigere Mietkonditionen als Anreiz zur Flächenerweiterung, ohne dass ein dritter Interessent vorhanden wäre).

Erfolgte die Einräumung des Vorkaufs-/Vormietrechts zeitlich erst nach Abschluss des Ursprungsgeschäfts, aber aufgrund des dazwischen liegenden Zeitraums nicht dem Ursprungsgeschäft zurechenbar (Nachtrag zum Miet-/Kaufvertrag), scheidet ein Folgeprovisionsanspruch aus dem Maklervertrag aus, außer es wurde im Maklervertrag eine Folgegeschäftsklausel vereinbart. Gleiches gilt, wenn die nachträgliche Einräumung eine vom Maklervertrag nicht umfasste (Teil-)Fläche darstellt.

Der Folgeprovisionsanspruch entsteht grundsätzlich erst mit Ausübung des Vorkaufs-/Vormietrechts durch den vermittelten Berechtigten.

²²¹ OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12a: verdienstliche Vermittlung des Vorkaufsrechts für die zweite Teilliegenschaft durch den Makler, kausaler Adäquanzzusammenhang bei Ausübung des Vorkaufsrechts nach 6 Jahren und aufgrund anderer, wesentlicher Umstände verneint.

6.4.1.2. Sphäre Makler – Interessent

Damit dem Makler gegenüber dem Interessenten ein Folgeprovisionsanspruch aus der Vermittlung eines Vorkaufs-/Vormietrechts entstehen kann, muss der (konkludent) zustande gekommene Maklervertrag die gegenständliche (Teil-)Fläche umfassen (Nachweisung der Geschäftsgelegenheit); die Einräumung des Vorkaufs-/Vormietrechts muss auf Grundlage der Vermittlungstätigkeit erfolgt sein. Folglich wird der Makler dem Interessenten die Gesamtliegenschaft(en) bzw. die gesamten Objektflächen anzubieten haben, selbst wenn der Interessent nur eine Teilfläche davon benötigt. Begründet wird der Folgeprovisionsanspruch auch dann, wenn das Vorkaufs-/Vormietrecht bereits Bestandteil eines Miet-/Kaufanbots oder der Punktationen beim Ursprungsgeschäft war. Erfolgte die Einräumung des Vorkaufs-/Vormietrechts im Zuge des Ursprungsvertrags, so stellt sich die Frage, ob der Makler berechtigt ist, dem Interessenten für die Vermittlung des Vorkaufs-/Vormietrechts (= Optionsrecht) die Hälfte der Provision nach § 14 IMV bei Vereinbarung zu verrechnen? ME nicht, da der Miet-/Kaufpreis des zukünftigen Miet-/Kaufvertrags, der zur Einlösung des Vormiet-/Vorkaufsrechts führen könnte, zum Zeitpunkt der Einräumung des Gestaltungsrechts noch unbestimmt ist. Wäre er im Ursprungsvertrag bestimmt und festgelegt, handelt es sich um eine reines Optionsrecht, dass den Berechtigten zur jederzeitigen Einlösung berechtigt; es läge eine Miet-/Kaufoption vor. Der Provisionsanspruch entsteht somit erst mit Ausübung des Vorkaufs-/Vormietrechts.

Ein Folgeprovisionsanspruch scheidet hingegen aus, wenn sich das dem Interessenten eingeräumte Vorkaufs-/Vormietrecht auf einen Gegenstand bezieht, der vom Maklervertrag nicht umfasst ist und auch nicht in diese Richtung (konkludent) erweitert wurde. Gleiches gilt, wenn die Einräumung erst nach dem Abschluss des Ursprungsgeschäfts erfolgte und der Nachtrag zum Ursprungsvertrag diesem nicht zurechenbar ist. Für diese Fälle müsste der Makler eine entsprechende Folgegeschäftsklausel im Miet-/Kaufanbot, im Besichtigungsschein oder als Zusatzvereinbarung vorweisen können, um einen Folgeprovisionsanspruch begründen zu können.

6.6. Folgegeschäft & Kausaler Adäquanzzusammenhang

Gemäß § 6 Abs 1 MaklerG hat der Makler gegenüber dem Auftraggeber einen Provisionsanspruch, wenn der Geschäftsabschluss aufgrund seiner verdienstlichen und adäquat kausalen Vermittlungstätigkeit erfolgte.²²²

Sollte man bei den oben dargestellten Arten von möglichen Folgegeschäften im Immobilienmaklerbereich zum Ergebnis kommen, dass sich ein Provisionsanspruch des Maklers für das vorliegende Folgegeschäft auf der jeweiligen Anspruchsgrundlagen begründen ließe, bleibt es dennoch immer eine einzelfallabhängige Entscheidung, ob die verdienstliche und zumindest (mit-)kausale Tätigkeit des Maklers für das letztlich zustande gekommene Folgegeschäft bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände als noch adäquat anzusehen ist und der Folgeprovisionsanspruch dem Makler zusteht.²²³

Als inadäquat ist eine an sich verdienstliche und (mit-)kausale Tätigkeit des Maklers anzusehen, wenn die ursprünglichen Vertragsverhandlungen an sehr unterschiedlichen Preisvorstellungen der Parteien gescheitert sind, die für den folgenden Vertragsabschluss maßgebliche spätere Eigeninitiative von der anderen Vertragspartei oder einem unbeteiligten Dritten ohne neuerliche Aktivität des Maklers ausgegangen ist und ein (sehr) langer Zeitabstand zwischen dem Tätigwerden des Maklers und dem Vertragsabschluss vorliegt.²²⁴

So werden bei der Prüfung eines möglichen Folgeprovisionsanspruchs des Maklers folgende Kriterien bei der letztendlichen Entscheidung der Gerichte im Einzelfall von Bedeutung sein:

- Zeitraum zwischen Abschluss Ursprungsgeschäft und Abschluss Folgegeschäft: mE ist aus den unter Pkt 4.4.2. dargestellten Entscheidungen seitens Judikatur ein Zeitraum von 12 Monaten nicht schädlich, um den zeitlichen Adäquanzzusammenhang der mit-(kausalen) Maklertätigkeit zu unterbrechen; eventuell könnte sogar ein Zeitraum von bis zu 24 Monaten noch als adäquat an zu sehen sein. Ein über 2 Jahre hinausgehender Zeitraum wird mE von der Judikatur uU als inadäquat beurteilt werden, sofern der Makler zwischenzeitlich keine weiteren Schritte hinsichtlich Folgegeschäft gesetzt hat (Förderung Folgegeschäftsabschluss usw.)

²²² RS0062723; RS0062747.

²²³ RS0062878; OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m; GH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d; OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b.

²²⁴ Vgl RS0062768; OGH 03.02.1970, 8 Ob 13/70.

- Erfolgt der Abschluss des Folgegeschäfts nach Scheitern der Gespräche erst durch Vermittlung einer dritten Person? Z.B. überholende Kausalität aufgrund der Initiative eines andern Maklers
- Liegen wesentlich geänderte Umstände vor, die schließlich zum Abschluss des Folgegeschäfts führten? Z.B. wesentliche Reduktion des Kaufpreises um mehr als 25% als vom Makler bekanntgegeben

Zusammenfassend wird immer der Einzelfall genau zu untersuchen sein, ob der Makler aufgrund seiner verdienstlichen und mit-(kausalen) Tätigkeit, die nicht inadäquat sein darf, einen Provisionsanspruch für das zustande gekommen Folgegeschäft begründen kann.

7. Schlussfolgerungen

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurde erarbeitet, wann die Tätigkeit des Immobilienmaklers zur Begründung eines (Folge-)Provisionsanspruchs führen kann. Der Immobilienmakler erwirbt nach § 6 Abs 1 MaklerG einen Provisionsanspruch, wenn das abgeschlossene Rechtsgeschäft durch seine vertragsgemäße Vermittlungstätigkeit zustande gekommen ist, wobei zwischen Maklertätigkeit und Geschäftsabschluss ein verdienstlicher und (mit-)kausaler, adäquater Zusammenhang bestehen muss. Nach § 6 Abs 3 MaklerG gebührt dem Immobilienmakler auch dann ein Provisionsanspruch, wenn durch seine verdienstliche, (mit-)kausale und adäquate Vermittlungstätigkeit nicht das vertragsgemäße, aber ein diesem Zweck nach wirtschaftlich gleichwertiges Rechtsgeschäft zustande gekommen ist (§ 6 Abs 3 MaklerG).

In dieser Arbeit konnte aufgezeigt werden, dass dem Immobilienmakler auch für Folgegeschäfte ein Provisionsanspruch entstehen kann. Es wurde erläutert, welche Arten von Folgegeschäfte im Immobilienbereich auftreten können und welche Judikatur dazu bereits ergangen ist.

Bei der Prüfung des Provisionsanspruchs des Immobilienmaklers für Folgegeschäfte ist immer auf die vorliegenden Umstände des jeweiligen Einzelfalls abzustellen. Es muss anhand des konkreten Folgegeschäftsabschluss geprüft werden, ob der Abschluss des Folgegeschäfts der erbrachten Vermittlungstätigkeit des Maklers zugerechnet werden kann. Für eine Bejahung des Folgeprovisionsanspruchs müssen – wie auch beim Provisionsanspruch für das Ursprungsgeschäfts – neben dem Folgegeschäftsabschluss und der tatsächlichen Ausführung des Folgegeschäfts auch die Voraussetzung von Maklervertrag, Verdienstlichkeit, Kausalität und Adäquanzzusammenhang vorliegen.

Auf welcher Anspruchsgrundlage ein Folgeprovisionsanspruch ableitbar ist, ist in erster Linie davon abhängig, in welcher Ausgestaltungsform der Maklervertrag zwischen Makler und Auftraggeber(n) abgeschlossen wurde bzw. zustande kam. Haben die Parteien bereits im Maklervertrag den Abschluss von Folgegeschäften einer Regelung zugeführt (Folgegeschäfts-klausel, Ergänzungsprovisionsklausel), entsteht der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers nach § 6 Abs 1 MaklerG auf Grundlage des Maklervertrags. Wurde im Maklervertrag keine derartige Regelung für Folgegeschäfte getroffen, steht dem Makler dennoch ein Provisionsanspruch für Folgegeschäfte nach § 6 Abs 1 MaklerG zu, wenn der Abschluss des Folgegeschäfts

vom Umfang des ursprünglich erteilten Vermittlungsauftrag ausdrücklich umfasst war. Gleiches gilt für Folgegeschäftsfälle, die vom ursprünglichen Maklervertrag nicht umfasst waren, aber im Zuge der Verhandlungen mit dem Interessenten nachträglich um das Folgegeschäft zumindest konkludent erweitert wurden.

Kein Folgeprovisionsanspruch steht dem Makler nach § 6 Abs 1 MaklerG zu, wenn das Folgegeschäft vom ursprünglich erteilten Maklervertrag nicht umfasst war und auch nachträglich nicht um dieses erweitert wurde. Für diese Fälle außerhalb der Anspruchsgrundlage des Maklervertrags wurde zudem untersucht, ob sich ein Folgeprovisionsanspruch auf das Rechtsinstitut des zweckgleichen Rechtsgeschäfts nach § 6 Abs 3 MaklerG, auf den zu vereinbarenden Tatbestand des § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG sowie auf eine Folgegeschäftsklausel in den AGB des Maklers stützen lässt.

Wie in der Arbeit aufgezeigt wurde, scheidet ein Folgeprovisionsanspruch über das Institut des zweckgleichen Rechtsgeschäfts nach § 6 Abs 3 MaklerG aus, wenn bereits das Ursprungsgeschäft als vertragsgemäßes Geschäft nach § 6 Abs 1 MaklerG zustande kam; die Anwendbarkeit von § 6 Abs 3 MaklerG auf das Folgegeschäft scheidet folglich aus. Im umgekehrten Fall kann der Makler einen Folgeprovisionsanspruch nach § 6 Abs 1 MaklerG begründen, wenn das Ursprungsgeschäft als zweckgleiches Rechtsgeschäft nach § 6 Abs 3 MaklerG zustande kam, das spätere Folgegeschäft aber vom ursprünglich erteilten Maklervertrag nach § 6 Abs 1 MaklerG umfasst ist.

Weitergehend wurde in dieser Arbeit erörtert, ob trotz der Nichtanwendbarkeit von § 6 Abs 3 MaklerG auf Folgegeschäfte die Vereinbarung des Tatbestands § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG einen Folgeprovisionsanspruch begründen kann. Ob ein Folgegeschäft als ein anderes als ein zweckgleiches Rechtsgeschäft beurteilt werden kann, muss im Rahmen der weiteren Rechtsprechung und Literatur weiter erörtert werden.

Zudem wurde ausgeführt, dass eine Folgegeschäftsklausel in den AGB des Maklers aufgrund des objektiv ungewöhnlichen Inhalts und des innewohnenden Überraschungseffekts nicht geeignet ist, einen Folgeprovisionsanspruch des Maklers aus den AGB herzuleiten.

Abschließend wird jedem Immobilienmakler zu empfehlen sein, dass er seine Dienstleistung auf einem seriösen und qualitativ hochwertigen Niveau erbringen wird müssen. Dazu wird der Makler auf die entsprechende Ausgestaltung der Mak-

lerverträge, die notwendige Dokumentation seiner Geschäftsfälle und die Einhaltung der erforderlichen Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber seinen Auftraggebern achten müssen. Dies dient neben der Sicherung von möglichen Folgeprovisionsansprüchen gleichzeitig auch der gewünschten Imageverbesserung des Maklerberufs.

KURZFASSUNG

Der Immobilienmakler erwirbt nach § 6 Abs 1 MaklerG einen Provisionsanspruch, wenn das abgeschlossene Rechtsgeschäft durch seine vertragsgemäße Vermittlungstätigkeit zustande gekommen ist, wobei zwischen Maklertätigkeit und Geschäftsabschluss ein verdienstlicher und (mit-)kausaler, adäquater Zusammenhang bestehen muss. Nach § 6 Abs 3 MaklerG gebührt dem Immobilienmakler auch dann ein Provisionsanspruch, wenn durch seine verdienstliche, (mit-)kausale und adäquate Vermittlungstätigkeit nicht das vertragsgemäße, aber ein diesem Zweck nach wirtschaftlich gleichwertiges Rechtsgeschäft zustande gekommen ist (§ 6 Abs 3 MaklerG).

Bei Folgegeschäften handelt es sich um Geschäftsabschlüsse, die dem vom Immobilienmakler vermittelten Ursprungsgeschäft zeitlich nachfolgen und zwischen den Vertragsparteien des Ursprungsgeschäfts oder diesen zurechenbaren Dritten abgeschlossen werden. Folgegeschäfte können somit sein: Vertragsverlängerungen, Vertragsumwandlungen, Flächenerweiterungen, Veränderung des Rechtsgeschäftstyps (z.B. aus Miete wird Kauf) sowie Folgegeschäfte durch Ausübung von Optionsrechten (Mietoption, Kaufoption, Vormietrecht, Vorkaufsrecht). Der Immobilienmakler ist auch für Folgegeschäfte provisionsberechtigt, wenn der Abschluss des Folgegeschäfts von der verdienstlichen, (mit-)kausalen und noch als adäquat einzustufenden Vermittlungstätigkeit, die er im Zusammenhang mit dem Abschluss des Ursprungsgeschäfts erbracht hat, umfasst ist. Hierfür bedarf es immer der Beurteilung und Prüfung des jeweiligen Einzelfalls.

Ein Folgeprovisionsanspruch lässt sich auf Grundlage des Maklervertrags begründen, wenn er das später abgeschlossene Folgegeschäft umfasste bzw. nachträglich um dieses zumindest konkludent erweitert wurde. Gleiches gilt bei einer im Maklervertrag enthaltenen Folgegeschäfts-klausel bzw. Ergänzungsprovisionsklausel sowie bei Vorliegen einer zwischen den Parteien abgeschlossenen Zusatzvereinbarung.

Kein Folgeprovisionsanspruch lässt sich auf Grundlage einer in den AGB des Maklers enthaltenen Folgegeschäfts-klausel begründen. Dasselbe gilt für die Anspruchsbegründung über das Institut des zweckgleichen Rechtsgeschäfts nach § 6 Abs 3 MaklerG, wenn bereits das Ursprungsgeschäft vertragsgemäß nach § 6 Abs 1 MaklerG zustande kam. Offen bleibt, ob ein Folgeprovisionsanspruch über § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG hergeleitet werden kann, obwohl § 6 Abs 3 MaklerG nicht anwendbar ist.

GESETZESTEIL

I. Höchstprovisionssätze IMV

▪ **Vermittlungsprovision bei Kauf/Verkauf/Tausch²²⁵**

1. Höchstprovisionssätze gemäß § 15 IMV bei Kauf, Verkauf oder Tausch von

- Liegenschaften oder Liegenschaftsanteilen
- Liegenschaftsanteilen, an denen Wohnungseigentum besteht oder vereinbarungsgemäß begründet wird
- Unternehmen aller Art
- Abgeltungen für Superädifikate auf einem Grundstück

bei einem Wert

- bis EUR 36.336,42: je 4 %
- von EUR 36.336,43 bis EUR 48.448,50: EUR 1.453,46 *
- ab EUR 48.448,51: je 3 %

von beiden Auftraggebern (Verkäufer und Käufer) jeweils zzgl. 20 % USt.

* Schwellenwertregelung gem. § 12 Abs. 4 IMV

2. Bei Vermittlung von Optionen: 50 % der Provision gem. Punkt 1., welche im Fall des Kaufes durch den Optionsberechtigten angerechnet werden.

▪ **Vermittlungsprovision bei Hypothekendarlehen**

Die Vermittlungsprovision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung eines Hypothekendarlehens darf gemäß § 17 IMV den Betrag von 2 % der Darlehenssumme nicht übersteigen, sofern die Vermittlung des Hypothekendarlehens im Zusammenhang mit einer Vermittlung gemäß § 15 Abs 1 IMV (Kauf/Tausch von Immobilien und Unternehmen) steht. Besteht kein solcher Zusammenhang, so darf die Provision oder sonstige Vergütung 5 % der Darlehenssumme nicht übersteigen.

²²⁵ ÖVI-Form Nr. 13K /1/2013, Nebenkostenübersicht und weitere Informationen für den Kauf bzw. Verkauf einer Immobilie.

▪ **Vermittlungsprovision bei Baurechten**²²⁶

Gemäß § 18 IMV beträgt die Höchstprovision bei der Vermittlung von Baurechten jeweils bei einer Dauer des Baurechts von

- 10 bis 30 Jahren: 3 %
- über 30 Jahren: 2 %

des auf die Dauer des vereinbarten Baurechtes entfallenden Bauzinses.

Bei einer Baurechtsdauer von mehr als 30 Jahren darf anstelle der 2 % eine Pauschalprovision in Höhe von jeweils 3 % zzgl. USt. berechnet vom Bauzins für 30 Jahre vereinbart werden (Wertgrenzenregelung § 12 Abs 4 IMV). Da die Obergrenze mit 2 % des auf 45 Jahre entfallenden Bauzinses limitiert ist, stellt dieser Betrag unabhängig von einer länger vereinbarten Vertragsdauer gleichzeitig die Höchstprovision dar.

▪ **Vermittlungsprovision bei Mietverträgen**²²⁷

Für die Berechnung der Vermittlungsprovision wird der Bruttomietzins (BMM) gemäß § 24 IMV herangezogen. Dieser besteht aus:

- Haupt- oder Untermietzins,
- anteilige Betriebskosten und laufende öffentliche Abgaben,
- Anteil für allfällige besondere Aufwendungen (z. B. Lift),
- allfälliges Entgelt für mitvermietete Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände oder sonstige zusätzliche Leistungen des Vermieters.

Für die Berechnung der Provisionsgrundlage ist die Umsatzsteuer nicht in den Bruttomietzins einzurechnen. Die Heizkosten sind ebenso wenig mit einzurechnen, wenn es sich um die Vermittlung von Mietverhältnissen an einer Wohnung handelt, bei der nach den mietrechtlichen Vorschriften die Höhe des Mietzinses nicht frei vereinbart werden darf (angemessener Mietzins, Richtwertmietzins). Eine Provision

²²⁶ ÖVI-Form Nr. 13M /1/2013, Nebenkostenübersicht und weitere Informationen Miete, Pacht, Baurecht.

²²⁷ ÖVI-Form Nr. 13M /1/2013, Nebenkostenübersicht und weitere Informationen Miete, Pacht, Baurecht.

für besondere Abgeltungen in der Höhe von bis zu 5 % kann zusätzlich mit dem Vormieter vereinbart werden (§ 22 IMV).

Höchstprovisionssätze gemäß §§ 19 bis 2 IMV:

Vermittlung von Mietverträgen (Haupt- und Untermiete) über Wohnungen und Einfamilienhäuser	Höchstprovision (zzgl. 20 % USt.)	
	Vermieter	Mieter
Unbefristet oder Befristung länger als 3 Jahre	3 BMM	2 BMM
Befristung bis zu 3 Jahren	3 BMM	1 BMM
Vereinbarung einer Ergänzungsprovision bei Verlängerung oder Umwandlung in ein unbefristetes Mietverhältnis	Ergänzung auf Höchstbetrag unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer, höchstens je- doch 1/2 BMM	Ergänzung auf Höchstbetrag unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer, höchstens jedoch 1/2 BMM
Vermittlung von Wohnungen durch einen mit der Verwaltung des Objekts betrauten Hausverwalter *	Höchstprovision (zzgl. 20 % USt.)	
	Vermieter	Mieter
Unbefristet oder Befristung länger als 3 Jahre	2 BMM	1 BMM
Befristung auf mind. 2 jedoch nicht mehr als 3 Jahre	2 BMM	1/2 BMM
Befristung kürzer als 2 Jahre	1 BMM	1/2 BMM
Vereinbarung einer Ergänzungsprovision bei Verlängerung oder Umwandlung in ein unbefristetes Mietverhältnis	Ergänzung auf Höchstbetrag unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer, höchstens je- doch 1/2 BMM	Ergänzung auf Höchstbetrag unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer, höchstens je- doch 1/2 BMM
Vermittlung von Geschäftsräumen aller Art (Haupt- und Untermieten)	Höchstprovision (zzgl. 20 % USt.)	
	Vermieter	Mieter
Unbefristet oder Befristung länger als 3 Jahre	3 BMM	3 BMM
Befristung auf mind. 2 jedoch nicht mehr als 3 Jahre	3 BMM	2 BMM
Befristung kürzer als 2 Jahre	3 BMM	1 BMM
Vereinbarung einer Ergänzungsprovision bei Verlängerung oder Umwandlung in ein unbefristetes Mietverhältnis		Ergänzung auf Höchstbetrag unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer
Die Überwälzung der Vermieterprovision (max. 3 BMM) auf den Geschäftsraummieter kann vereinbart werden (§ 12 IMVO).		

* Nicht anzuwenden, wenn an der vermittelten Wohnung Wohnungseigentum besteht und der Auftraggeber nicht Mehrheitseigentümer ist.

▪ **Vermittlungsprovision bei Pachtverträgen²²⁸**

1. Höchstprovisionssätze bei Pachtverhältnissen insbesondere in der Land- und Forstwirtschaft (§ 25 IMV):

Für die Vermittlung der Verpachtung von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen darf mit beiden Auftraggebern eine Provision vereinbart werden, die mit einem Prozentsatz des auf die Pachtdauer entfallenden Pachtzinses festgelegt ist.

a) bei unbestimmter Pachtdauer: 5 % des auf 5 Jahre entfallenden Pachtzinses

b) bei bestimmter Pachtdauer:

- bis zu 6 Jahren: 5 %
- bis zu 12 Jahren: 4 %
- bis zu 24 Jahren: 3 %
- über 24 Jahre: 2 %

jeweils plus 20 % USt.

Für die Vermittlung von Zugehör darf zusätzlich jeweils eine Provision von 3 % des Gegenwertes plus 20 % USt. vereinbart werden.

2. Höchstprovisionssätze bei Unternehmenspacht (§ 26 IMV):

a) bei unbestimmter Pachtdauer: 3-facher monatlicher Pachtzins

b) bei bestimmter Pachtdauer:

- bis zu 5 Jahren: 5 %
- bis zu 10 Jahren: 4 %
- über 10 Jahre: 3 %

jeweils plus 20 % USt.

Für die Vermittlung von Abgeltungen für Investitionen oder Einrichtungsgegenständen darf mit dem Verpächter oder Vorpächter 5 % des vom Pächter hierfür geleisteten Betrages vereinbart werden.

²²⁸ ÖVI-Form Nr. 13M /1/2013, Nebenkostenübersicht und weitere Informationen Miete, Pacht, Baurecht.

▪ **Vermittlungsprovision sonstiger Gebrauchs- und Nutzungsrechte**

Die mit dem Überlasser vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für eine nicht unter die §§ 18 bis 26 fallende Vermittlung von Verträgen, aus denen ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht an Geschäftsräumen aller Art oder an Wohnungen oder Einfamilienhäusern erfließt, darf den Betrag des dreifachen monatlichen Bruttoentgeltes nicht übersteigen. Die mit dem Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigten vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für eine nicht unter die §§ 18 bis 26 fallende Vermittlung von Verträgen, aus denen ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht an Wohnungen oder Einfamilienhäusern erfließt, darf den Betrag des zweifachen monatlichen Bruttoentgeltes nicht übersteigen. §§ 20 bis 22 und 24 sind sinngemäß anzuwenden (§ 27 IMV).

II. Maklergesetz (MaklerG)

Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler (Maklergesetz - MaklerG)

StF: BGBl 1996/262 idF BGBl I 2001/98, 2004/131, 2010/28, 2010/29, 2010/58 und 2012/34

1. Teil: ALLGEMEINER TEIL

Begriff und Tätigkeit des Maklers

Begriff

§ 1. Makler ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein.

Befugnisse des Maklers

§ 2. (1) Ohne ausdrückliche Vereinbarung ist der Makler nicht befugt, für den Auftraggeber das vermittelte Geschäft zu schließen oder Zahlungen vom Dritten entgegenzunehmen.

(2) Der Auftraggeber kann, solange ihm der Dritte weder bekannt ist noch bekannt sein muß, Erklärungen zur Wahrung seiner Rechte an den Makler richten, wenn der Makler befugt ist, Erklärungen, die zum Abschluß des Vertrags mit dem Dritten führen können, mit Rechtswirkung für den Dritten entgegenzunehmen.

Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag

Interessenwahrung und Unterstützung

§ 3. (1) Der Makler hat die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Dies gilt auch, wenn er zugleich für den Dritten tätig ist.

(2) Der Auftraggeber hat den Makler bei der Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit redlich zu unterstützen und eine Weitergabe von mitgeteilten Geschäftsgelegenheiten zu unterlassen.

(3) Makler und Auftraggeber sind verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben.

(4) Bei Verletzung der Pflichten nach den Abs. 1 bis 3 kann Schadenersatz verlangt werden. Soweit dem Makler ein Provisionsanspruch zusteht, kann der Auftraggeber wegen Verletzung wesentlicher Pflichten auch eine Mäßigung nach Maßgabe der durch den Pflichtverstoß bedingten geringeren Verdienstlichkeit des Maklers verlangen.

Vermittlung; Abschluß

§ 4. (1) Mangels anderer Vereinbarung ist der Makler nicht verpflichtet, sich um die Vermittlung zu bemühen.

(2) Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, das angebahnte Geschäft zu schließen.

Doppeltätigkeit

§ 5. (1) Der Makler darf ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers nicht zugleich für den Dritten tätig werden oder von diesem eine Belohnung annehmen, wenn nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.

(2) Bei Zuwiderhandeln kann der Auftraggeber vom Makler die Herausgabe der unrechtmäßig empfangenen Belohnung und den Ersatz des diesen Betrag übersteigenden Schadens verlangen. § 3 Abs. 4 zweiter Satz bleibt unberührt.

(3) Sobald der Makler als Doppelmakler tätig wird, hat er dies beiden Auftraggebern mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht entfällt, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist.

Provision

§ 6. (1) Der Auftraggeber ist zur Zahlung einer Provision für den Fall verpflichtet, daß das zu vermittelnde Geschäft durch die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustandekommt.

(2) Die bloße Namhaftmachung des Dritten begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.

(3) Der Makler hat auch dann Anspruch auf Provision, wenn auf Grund seiner Tätigkeit zwar nicht das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft, wohl aber ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustandekommt.

(4) Dem Makler steht keine Provision zu, wenn er selbst Vertragspartner des Geschäfts wird. Dies gilt auch, wenn das mit dem Dritten geschlossene Geschäft wirtschaftlich einem Abschluß durch den Makler selbst gleichkommt. Bei einem sonstigen familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten, das die Wahrung der Interessen des Auftraggebers beeinträchtigen könnte, hat der Makler nur dann Anspruch auf Provision, wenn er den Auftraggeber unverzüglich auf dieses Naheverhältnis hinweist.

(5) Liegen die Provisionsvoraussetzungen für ein vermitteltes Geschäft bei zwei oder mehreren Maklern vor, so schuldet der Auftraggeber gleichwohl die Provision nur einmal.

Provisionsberechtigt ist der Makler, dessen Verdienstlichkeit an der Vermittlung eindeutig überwogen hat. Läßt sich ein solches Überwiegen nicht feststellen, so ist die Provision nach Maßgabe der Verdienstlichkeit aufzuteilen, im Zweifel zu gleichen Teilen. Hat der Auftraggeber einem von mehreren beteiligten Maklern ohne grobe Fahrlässigkeit zuviel an Provision bezahlt, so ist er von seiner Schuld im Betrag der Überzahlung gegenüber sämtlichen verdienstlichen Maklern befreit. Dadurch verkürzte Makler können von den anderen Maklern den Ausgleich verlangen.

Entstehen des Provisionsanspruchs

§ 7. (1) Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Der Makler hat keinen Anspruch auf einen Vorschuß.

(2) Der Anspruch auf Provision entfällt, wenn und soweit feststeht, daß der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird. Bei Leistungsverzug des Dritten hat der Auftraggeber nachzuweisen, daß er alle zumutbaren Schritte unternommen hat, um den Dritten zur Leistung zu veranlassen.

Höhe des Provisionsanspruchs

§ 8. (1) Ist über die Provisionshöhe nichts Besonderes vereinbart, so gebührt dem Makler die für die erbrachten Vermittlungsleistungen ortsübliche Provision. Läßt sich eine solche

nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellen, steht eine angemessene Provision zu.

(2) Nachlässe, die der Auftraggeber dem Dritten gewährt, vermindern nur dann die Berechnungsgrundlage der Provision, wenn sie schon beim Abschluß des Geschäfts vereinbart worden sind.

(3) Der Berechnung der Provision dürfen keine unzulässigen Entgelte zugrundegelegt werden.

Ersatz von Aufwendungen

§ 9. Für die durch den Geschäftsbetrieb entstandenen allgemeinen Kosten und Auslagen kann der Makler keinen Ersatz verlangen. Aufwendungen des Maklers auf Grund von zusätzlichen Aufträgen sind nur dann zu ersetzen, wenn die Ersatzpflicht ausdrücklich vereinbart worden ist. Dies gilt auch dann, wenn das angestrebte Rechtsgeschäft nicht zustande kommt.

Fälligkeit

§ 10. Der Provisionsanspruch und der Anspruch auf den Ersatz zusätzlicher Aufwendungen werden mit ihrer Entstehung fällig.

Verjährung

§ 11. Ansprüche aus dem Maklervertragsverhältnis verjähren in drei Jahren ab Fälligkeit. Die Verjährung ist gehemmt, solange der Makler vom Zustandekommen des vermittelten Geschäfts keine Kenntnis erlangen konnte.

Beendigung des Vertragsverhältnisses

Fristablauf; vorzeitige Auflösung

§ 12. (1) Ein auf bestimmte Zeit geschlossener Maklervertrag endet mit dem Ablauf der Zeit, für die er eingegangen wurde.

(2) Bei Vorliegen wichtiger Gründe kann der Maklervertrag von jedem Vertragspartner ohne Einhaltung einer Frist vorzeitig aufgelöst werden.

Kündigung

§ 13. Ist keine bestimmte Vertragsdauer vereinbart, so kann der Maklervertrag von jedem Vertragspartner jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.

Besondere Vereinbarungen

Alleinvertmittlungsauftrag

§ 14. (1) Verpflichtet sich der Auftraggeber, für das zu vermittelnde Geschäft keinen anderen Makler in Anspruch zu nehmen, so liegt ein Alleinvertmittlungsauftrag vor. Bei diesem muß sich der Makler nach Kräften um die Vermittlung bemühen.

(2) Der Alleinvertmittlungsauftrag kann nur befristet auf angemessene Dauer abgeschlossen werden. Gleiches gilt für jede Verlängerung.

Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs

§ 15. (1) Eine Vereinbarung, wonach der Auftraggeber, etwa als Entschädigung oder Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltung, auch ohne einen dem Makler zurechenbaren Vermittlungserfolg einen Betrag zu leisten hat, ist nur bis zur Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision und nur für den Fall zulässig, daß

1. das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustandekommt, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterläßt;
2. mit dem vom Makler vermittelten Dritten ein anderes als ein zweckgleichwertiges Geschäft zustandekommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt;
3. das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft nicht mit dem Auftraggeber, sondern mit einer anderen Person zustandekommt, weil der Auftraggeber dieser die ihm vom Makler bekanntgegebene Möglichkeit zum Abschluß mitgeteilt hat oder das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten, sondern mit einer anderen Person zustande-

- kommt, weil der vermittelte Dritte dieser die Geschäftsgelegenheit bekanntgegeben hat, oder
4. das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten zustandekommt, weil ein gesetzliches oder ein vertragliches Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrecht ausgeübt wird.
- (2) Eine solche Leistung kann bei einem Alleinvermittlungsauftrag weiters für den Fall vereinbart werden, daß
1. der Alleinvermittlungsauftrag vom Auftraggeber vertragswidrig ohne wichtigen Grund vorzeitig aufgelöst wird;
 2. das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags vertragswidrig durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustandegekommen ist, oder
 3. das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags auf andere Art als durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustandegekommen ist.
- (3) Leistungen nach Abs. 1 und Abs. 2 gelten als Vergütungsbetrag im Sinn des § 1336 ABGB.

2. Teil: IMMOBILIENMAKLER

Begriff

§ 16. (1) Immobilienmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt.

(2) Die für Immobilienmakler geltenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf den anzuwenden, der von einem Auftraggeber ständig betraut ist oder der eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübt.

Besondere Aufklärungspflicht

§ 17. Wird der Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen.

Zwingende Bestimmungen

§ 18. Von § 4 Abs. 2, § 6, § 7 und § 13 kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgegangen werden.

3. Teil: HANDELSMAKLER

Allgemeine Bestimmungen

Begriff

§ 19. (1) Handelsmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt.

(2) Die für Freie Makler im Sinn des § 57 BörseG, BGBl. Nr. 555/1989, geltenden Vorschriften und Handelsbräuche bleiben unberührt.

Doppeltätigkeit

§ 20. (1) Der Handelsmakler kann grundsätzlich für beide Parteien des zu vermittelnden Geschäfts tätig werden und hat in diesem Fall die Interessen beider Auftraggeber redlich und sorgfältig zu wahren.

(2) Wird der Handelsmakler auftragsgemäß nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen.

Schlußnote

§ 21. (1) Der Handelsmakler hat, sofern nicht die Parteien des Geschäfts ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschluß des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, die die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung enthält.

(2) Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

(3) Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmakler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

Vorbehalt der Bezeichnung des Vertragspartners

§ 22. (1) Nimmt der Auftraggeber eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmakler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist er an das Geschäft mit der Partei, welche ihm nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

(2) Die Bezeichnung der anderen Partei ist innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist vorzunehmen.

(3) Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Partei begründete Einwendungen zu erheben, so ist der Auftraggeber befugt, den Handelsmakler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich der Auftraggeber über Aufforderung des Handelsmaklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob er die Erfüllung verlange.

Provision

§ 23. Ist der Handelsmakler für beide Parteien tätig und fehlen eine besondere Vereinbarung und ein abweichender Ortsgebrauch, so gebührt ihm nach Maßgabe der §§ 6 bis 8 eine Provision, die von beiden Auftraggebern je zur Hälfte zu entrichten ist.

Tagebuch

§ 24. (1) Der Handelsmakler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle geschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken:

sie haben die im § 21 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist vom Handelsmakler täglich zu unterzeichnen.

(2) § 190 und die §§ 212 bis 216 HGB über die Aufbewahrung und Vorlage von Unterlagen sind auch auf das Tagebuch des Handelsmaklers anzuwenden.

(3) Der Handelsmakler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuch zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist. Dies gilt auch für den Fall der automationsunterstützten Führung des Tagebuchs, bei welcher der Handelsmakler für die inhaltsgleiche, vollständige und geordnete Wiedergabe zu sorgen hat.

Krämermakler

§ 25. Auf Handelsmakler, die die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen, sind die Bestimmungen über Schlußnoten und Tagebücher nicht anzuwenden.

Besondere Bestimmungen für Versicherungsmakler

Begriff

§ 26. (1) Versicherungsmakler ist, wer als Handelsmakler Versicherungsverträge vermittelt. Eine bloße Rahmenprovisionsvereinbarung mit einem Versicherer ändert nichts an der Eigenschaft als Versicherungsmakler, ebensowenig eine ständige Betrauung durch den Versicherungskunden.

(2) Die für Versicherungsmakler geltenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf den anzuwenden, der eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübt. Weiters sind sie anzuwenden, solange ein Versicherungsvermittler den Versicherungskunden nicht darüber informiert hat, dass er nicht als Versicherungsmakler tätig ist.

(3) Soweit die §§ 43 ff. des Versicherungsvertragsgesetzes 1958, BGBl. Nr. 2/1959, anzuwenden sind, ist dieses Bundesgesetz auf die dort geregelten Fragen nicht anzuwenden.

(4) Die Bestimmungen über Schlußnoten und Tagebücher sind auf den Versicherungsmakler nicht anzuwenden.

Doppeltätigkeit mit überwiegender Interessenwahrung; Vermittlungspflicht

§ 27. (1) Der Versicherungsmakler hat trotz Tätigkeit für beide Parteien des Versicherungsvertrags überwiegend die Interessen des Versicherungskunden zu wahren.

(2) Der Versicherungsmakler hat gegenüber dem Versicherungskunden die Pflicht, die Informationen gemäß § 137f Abs. 7 bis 8 und § 137g der GewO 1994 unter Beachtung des § 137h der GewO 1994 zu erteilen und sich nach Kräften um die Geschäftsvermittlung zu bemühen.

(3) Der Versicherungsmakler ist mangels abweichender Vereinbarung mit dem Versicherer nicht befugt, Erklärungen und Zahlungen des Versicherungskunden für den Versicherer rechtswirksam entgegenzunehmen. § 2 Abs. 2 bleibt unberührt. Er hat kein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht an Zahlungen, die er für den Versicherungskunden oder für den Versicherer entgegennimmt.

Wahrung der Interessen des Versicherungskunden

§ 28. Die Interessenwahrung gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 3 und gemäß § 27 Abs. 1 umfaßt die Aufklärung und Beratung des Versicherungskunden über den zu vermittelnden Versicherungsschutz sowie insbesondere auch folgende Pflichten des Versicherungsmaklers:

1. Erstellung einer angemessenen Risikoanalyse und eines angemessenen Deckungskonzeptes sowie Erfüllung der Dokumentationspflicht gemäß § 137g GewO 1994;
2. Beurteilung der Solvenz des Versicherers im Rahmen der zugänglichen fachlichen Informationen, soweit dies bei der Auswahl des Versicherers zur sorgfältigen Wahrung der Interessen des Versicherungskunden im Einzelfall notwendig ist;
3. Vermittlung des nach den Umständen des Einzelfalls bestmöglichen Versicherungsschutzes, wobei sich die Interessenwahrung aus sachlich gerechtfertigten Gründen auf bestimmte örtliche Märkte oder bestimmte Versicherungsprodukte beschränken kann, sofern der Versicherungsmakler dies dem Versicherungskunden ausdrücklich bekanntgibt;
4. Bekanntgabe der für den Versicherungskunden durchgeführten Rechtshandlungen sowie Aushändigung einer Durchschrift der Vertragserklärung des Versicherungskunden, sofern sie schriftlich erfolgte; Aushändigung des Versicherungsscheins (Police) sowie der dem Vertrag zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen einschließlich der Bestimmungen über die Festsetzung der Prämie;
5. Prüfung des Versicherungsscheins (Police);
6. Unterstützung des Versicherungskunden bei der Abwicklung des Versicherungsverhältnisses vor und nach Eintritt des Versicherungsfalles, namentlich auch bei Wahrnehmung aller für den Versicherungskunden wesentlichen Fristen;
7. laufende Überprüfung der bestehenden Versicherungsverträge sowie gegebenenfalls Unterbreitung geeigneter Vorschläge für eine Verbesserung des Versicherungsschutzes.

Wahrung der Interessen des Versicherers

§ 29. Im Verhältnis zum Versicherer hat der Versicherungsmakler vorwiegend jene Interessen zu wahren, die auch der Versicherungskunde selbst vor und nach Abschluß des Versicherungsvertrags dem Versicherer gegenüber zu beachten hat. Im besonderen ist der Versicherungsmakler verpflichtet, den Versicherer bei der Vertragsanbahnung über ihm bekannte oder erkennbare besondere Risiken zu informieren.

Provision

§ 30. (1) Wenn nicht ausdrücklich und schriftlich etwas Abweichendes vereinbart ist, steht dem Versicherungsmakler aus dem Maklervertrag mit dem Versicherungskunden keine Provision, sonstige Vergütung oder Aufwandsentschädigung zu. Bei erfolgreicher Vermittlung gebührt ihm Provision aus dem mit dem Versicherer geschlossenen Maklervertrag nach Maßgabe des § 6, § 7 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 und Abs. 3.

(2) Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts, wenn und soweit der Versicherungskunde die geschuldete Prämie bezahlt hat oder zahlen hätte müssen, hätte der Versicherer seine Verpflichtungen erfüllt. Wenn der Versicherer gerechtfertigte Gründe für eine Beendigung des Versicherungsvertrags oder eine betragsmäßige Herabsetzung der Versicherungsprämie hat, entfällt bzw. vermindert sich der Provisionsanspruch.

(3) Eine überwiegende Verdienstlichkeit im Sinn des § 6 Abs. 5 liegt bei dem Versicherungsmakler vor, der den vom Versicherungskunden unterfertigten Antrag an den Versicherer weitergeleitet hat.

(4) Ist im Maklervertrag mit dem Versicherer bestimmt, daß dem Versicherungsmakler nach Beendigung des Vertragsverhältnisses für bereits erfolgreich vermittelte Versicherungsverträge weitere Abschlußprovisionen nicht mehr zustehen, so ist diese Vereinbarung insoweit unwirksam, als der Versicherer den Maklervertrag einseitig aufgelöst hat, ohne daß dafür wichtige, vom Versicherungsmakler verschuldete Gründe vorliegen.

Abrechnung und Fälligkeit

§ 31. Die Abrechnung der Provisionsansprüche durch den Versicherer hat längstens einen Monat nach der Entstehung des Provisionsanspruchs zu erfolgen. Die Fälligkeit tritt an dem Tag ein, an dem die Abrechnung erfolgt oder spätestens zu erfolgen hat.

§ 31a. Vom Versicherungskunden für den Versicherer oder vom Versicherer für den Versicherungskunden bestimmte Geldbeträge sind stets über streng getrennte, bei einem Kreditinstitut geführte Kundenkonten (offene Treuhandkonten, Anderkonten) weiterzuleiten. Für diese Konten gelten zugunsten der berechtigten Versicherungskunden das Widerspruchsrecht gemäß § 37 EO sowie das Aussonderungsrecht gemäß § 44 IO Vom Makler entgegengenommene Barbeträge sind unverzüglich auf diese Kundenkonten einzuzahlen.

Zwingende Bestimmungen

§ 32. Von § 4 Abs. 2, § 13, § 27 und § 28 erster Satz und Z 1 bis Z 3 kann nicht zum Nachteil des Versicherungskunden abgegangen werden.

4. Teil: PERSONALKREDITVERMITTLER

Begriff

§ 33. Personalkreditvermittler ist, wer als Makler gewerbsmäßig für Kreditwerber Kreditgeschäfte (Geldkreditverträge und Gelddarlehen) im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 3 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993 (BWG), vermittelt, die nicht durch Hypotheken sichergestellt sind.

Wirksamkeit des Kreditvermittlungsvertrags

§ 34. (1) Der Kreditvermittlungsvertrag ist nur rechtswirksam, wenn er schriftlich in ein und derselben Sprache verfaßt ist und ausdrücklich auf die Vermittlung eines Kredits oder eines Darlehens lautet. Eine durch den Kreditvermittler für den Kreditwerber hergestellte Übersetzung des Kreditvermittlungsvertrags oder sonstiger damit im Zusammenhang stehender Schriftstücke in eine andere Sprache muß den gesamten Text erfassen.

(2) Der Kreditvermittlungsvertrag hat bei sonstiger Unwirksamkeit folgende Angaben zu enthalten:

1. Die genaue Bezifferung der gewünschten Kredithöhe; dies ist jener Betrag, der ohne Abzüge tatsächlich an den Kreditnehmer ausbezahlt wird (Nettokredit); diese Bezifferung darf durch den ausdrücklichen Zusatz ergänzt werden, daß der Kreditwerber mit der Vermittlung des Kredits in einer geringeren als der genau bezifferten Höhe einverstanden ist; in diesem Fall ist jedoch die Kredithöhe, die zumindest vermittelt werden muß, genau zu beziffern;
2. als Höchstbeträge die in § 9 Abs. 2 Z 4, 7 und 8 VKrG angeführten Angaben sowie die ziffernmäßig ausgedrückte Höchstprovision; die höchstmögliche Gesamtbelastung, aufgliedert in die höchstmögliche Kreditbelastung und die höchstmögliche Provision;
3. den spätesten Zeitpunkt für das Vorliegen der Kreditzusage, die Mindest- und Höchstlaufzeit des Kredits und sämtliche Bedingungen für die Kreditgewährung, die der Kreditwerber zu akzeptieren bereit ist, wie eine Zinsgleitklausel, die an objektive Maßstäbe zu binden ist (§ 6 Abs. 1 Z 5 KSchG), die Gehaltsverpfändung, die Bestellung eines Bürgen, die Ausstellung eines Blankowechsels und die Vereinbarung der Folgen des Zahlungsverzugs unter Angabe des höchstmöglichen Verzugszinssatzes.

Befristung

§ 35. Der Kreditvermittlungsvertrag kann nur befristet auf die Dauer von höchstens vier Wochen abgeschlossen werden. Diese Frist beginnt zu dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem die

vom Kreditwerber für die Einräumung des Kredits nachzuweisenden Voraussetzungen beim Personalkreditvermittler vorliegen.

Inkassotätigkeit des Personalkreditvermittlers

§ 36. Eine Vereinbarung, wonach der Vermittler gegenüber dem Kreditgeber die Einziehung fälliger Forderungen aus von ihm vermittelten Krediten übernimmt, ist unwirksam, es sei denn, daß es sich um eine für den Kreditnehmer kostenlose Einziehung fälliger Forderungen handelt.

Unzulässige Vergütungen

§ 37. Vergütungen wie Einschreib-, Vormerk- und Bearbeitungsgebühren sowie eine Vergütung für eine durch den Kreditvermittler für den Kreditwerber hergestellte Übersetzung des Kreditvermittlungsvertrags oder sonstiger damit in Zusammenhang stehender Schriftstücke können nicht rechtswirksam vereinbart werden. Dasselbe gilt für Ablichtungen oder Gleichschriften des Kreditvermittlungsvertrags.

Vermittlung unzulässiger Kreditverträge

§ 38. Die Vermittlung eines Kreditvertrags oder eines Darlehens ist unzulässig, ein Provisionsanspruch entsteht nicht, wenn

1. vom Darlehenswerber die Unterfertigung eines Blankowechsels verlangt wird, in dem nicht das Kreditinstitut, das das Darlehen gewährt, als Wechselnehmer (Remittent) angeführt ist;
2. bei einem nicht von einem Kreditinstitut zu gewährenden Darlehen vom Darlehenswerber die Unterfertigung eines Blankowechsels verlangt wird und die Begebung dieses Blankowechsels nicht Zug um Zug mit der Zuzählung des gesamten Darlehensbetrags, sondern zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen soll;
3. vom Kreditwerber die Unterfertigung eines Blankowechsels verlangt wird und die Begebung dieses Blankowechsels vor der Einigung über die Einräumung des Kredits erfolgen soll;
4. entgegen § 11 KSchG die Übergabe eines Orderwechsels vereinbart ist.

Informationspflicht

§ 39. (1) Der Personalkreditvermittler ist verpflichtet, spätestens bei der Zuzählung des vermittelten Kredits dem Kreditwerber Namen und Anschrift des Kreditgebers mitzuteilen.

(2) Verletzt der Kreditvermittler diese Pflicht, so hat der Kreditnehmer

1. dem Kreditvermittler keine Provision oder sonstigen Vergütungen und
2. dem Kreditgeber die vereinbarten Zinsen und sonstigen Vergütungen nur soweit zu zahlen, als sie das Zweifache des im Zeitpunkt der Schließung des Kreditvertrages festgesetzten Basiszinssatzes nicht übersteigen.

(3) Ist der Kreditvermittler nur auf Veranlassung des Kreditwerbers tätig geworden, so gilt der Abs. 2 Z 2 nicht. Hat infolgedessen der Kreditnehmer mehr zu zahlen, als er bei dessen Geltung zu zahlen hätte, so hat der Kreditvermittler den Kreditwerber von der Pflicht zur Zahlung dieser Mehrbeträge an den Kreditgeber zu befreien beziehungsweise dem Kreditnehmer bereits gezahlte Beträge zu vergüten.

4) Im Übrigen treffen den Personalkreditvermittler die Informationspflichten gemäß § 136a Abs. 1a Gewerbeordnung 1994.

(5) Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditvermittler bleiben davon unberührt.

Zwingende Bestimmungen

§ 40. Von § 4 Abs. 2, § 6, § 7 und § 13 kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgegangen werden.

§ 41. (1) § 26 Abs. 2, § 27 Abs. 2, § 28 Z 1 und § 31a in der Fassung BGBl. I Nr. 131/2004 treten mit 15. Jänner 2005 in Kraft.

(2) § 28 Z 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 34/2012 tritt mit 1. Juli 2012 in Kraft.

Artikel III

Inkrafttreten, Übergangsbestimmungen, Aufhebung von Rechtsvorschriften, Verweisungen und Vollziehungsklausel

- (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Juli 1996 in Kraft.
- (2) Die Bestimmungen des Artikels I und des Artikels II, ausgenommen dessen § 30a, sind auf vor seinem Inkrafttreten geschlossene Maklerverträge nicht anzuwenden.
- (3) Die in Abs. 5 angeführten Rechtsvorschriften bleiben auf am 1. Juli 1996 bestehende Vertragsverhältnisse betreffend Versicherungsmakler bis 30. Juni 1997 weiterhin anwendbar.
- (4) Die Bestimmung des § 30a in Artikel II ist auf Vertragserklärungen anzuwenden, die ein Verbraucher nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes abgegeben hat.
- (5) Mit Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes treten folgende Rechtsvorschriften außer Kraft:
 1. § 29 des Handelsvertretergesetzes, BGBl. Nr. 348/1921, in der bei Ablauf des 30. Juni 1996 geltenden Fassung, das ist die Fassung der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBL. I S 1999/1938, des Bundesgesetzes vom 13. Juli 1960, BGBl. Nr. 153, und des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1978, BGBl. Nr. 305 und die in dieser Bestimmung angeführten für andere Geschäftsvermittler geltenden Bestimmungen, soweit sie für andere Geschäftsvermittler in Kraft sind.
 2. Die §§ 93 bis 104 des Handelsgesetzbuches, dRGBL. 1897 S 219, sowie Art. 6 Nr. 13 der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBL. I S 1999/1938.
- (6) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.
- (7) Soweit in anderen Bundesgesetzen und Verordnungen auf Bestimmungen verwiesen ist, die durch dieses Bundesgesetz geändert oder aufgehoben werden, erhält die Verweisung ihren Inhalt aus den entsprechenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.
- (8) Der Begriff „Handelsmäkler“ wird in allen bundesgesetzlichen Regelungen durch den Begriff „Handelsmakler“ ersetzt. Dasselbe gilt für Wortformen und Wortverbindungen.
- (9) Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

III. Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (IMV)

Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler

StF: BGBl. 1996/297 idF BGBl II 2001/490 und 2010/268

Präambel/Promulgationsklausel

Auf Grund des § 69 Abs. 2 und des § 73 Abs. 3 der Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 314/1994 wird - hinsichtlich der §§ 1 bis 7 im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Gesundheit und Konsumentenschutz - verordnet:

Text

1. ABSCHNITT

Anwendungsbereich

§ 1. Diese Verordnung ist anzuwenden auf:

1. die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von bebauten und unbebauten Grundstücken, Wohnungen, Geschäftsräumen, Fertighäusern und Unternehmen sowie Unternehmensbeteiligungen,
2. die Vermittlung von Bestandverträgen (Miet- und Pachtverträgen) sowie die Vermittlung sonstiger Rechte einschließlich der Vermittlung von Teilzeitznutzungsrechten und Optionsrechten über bebaute und unbebaute Grundstücke, Wohnungen, Geschäftsräume und Unternehmen,
3. die Vermittlung von Hypothekendarlehen und
4. die Vermittlung von Anteilscheinen und Beteiligungen an Immobilienfonds.

2. ABSCHNITT

Standes- und Ausübungsregeln

Standesgemäßes Verhalten

§ 2. Die Immobilienmakler haben ihren Beruf gewissenhaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Immobilienmaklers auszuüben. Sie sind verpflichtet, jedes standeswidrige Verhalten zu unterlassen.

§ 3. Standeswidrig ist ein Verhalten im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern oder ein Verhalten anderen Berufsangehörigen gegenüber, das geeignet ist, das Ansehen des Berufsstandes zu beeinträchtigen oder gemeinsame Interessen des Berufsstandes zu schädigen.

§ 4. (1) Die Immobilienmakler verhalten sich im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern insbesondere dann standeswidrig, wenn sie

1. ohne Einverständnis mit den Verfügungsberechtigten Vermittlungen anbieten oder durchführen oder
2. Vermittlungen anbieten oder durchführen, ohne auf ihre Eigenschaft als Immobilienmakler, auf die Provisionspflicht des Auftraggebers bei erfolgreicher Vermittlung und auf die Höhe der Provision ausdrücklich hinzuweisen oder
3. einen Maklervertrag abschließen, ohne dem Auftraggeber unverzüglich eine schriftliche Bestätigung über den wesentlichen Vertragsinhalt zu geben oder
4. eine Privatperson (§ 57 Abs. 1 GewO 1994), mit der sie einen Maklervertrag abgeschlossen haben oder abzuschließen beabsichtigen, auf die Möglichkeit einer teilweisen oder gänzlichen Fremdfinanzierung des zu vermittelnden Geschäftes hinweisen, ohne den Auftraggeber spätestens vor Abgabe seiner Vertragserklärung über die finanzielle Gesamtbelastung, insbesondere über allenfalls zu leistende Anzahlungen und die Höhe der Rückzahlungsraten sowie gegebenenfalls über die Voraussetzungen für die Übernahme von Wohnbauförderungsmitteln aufzuklären oder
5. anvertraute Gelder, die nicht unverzüglich weitergegeben werden, nicht auf ein Anderkonto einlegen oder
6. Gelder oder Urkunden rechtswidrig zurückbehalten oder
7. vor Ablauf der Rücktrittsfrist gemäß § 30a des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 262/1996, oder vor dem rechtswirksamen Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes ein Angeld, Reugeld, eine Anzahlung, Provisionszahlungen oder Teile von Provisionszahlungen entgegennehmen oder
8. Hypothekendarlehen vermitteln, ohne den Auftraggeber in schriftlicher Form über die in § 33 Abs. 2 Z 1, 2 und 5 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993, angeführten Beträge aufzuklären oder
9. Privatpersonen (§ 57 Abs. 1 GewO 1994) in deren Wohnstätte aufsuchen, um Aufträge zur Vermittlung von Hypothekarkrediten zu erhalten, ohne hiezu ausdrücklich aufgefordert worden zu sein.

(2) Abs. 1 Z 2 ist nicht anzuwenden, wenn es sich um eine Berufstätigkeit in den für den Kundenverkehr des Immobilienmaklers bestimmten Geschäftsräumen handelt.

§ 5. Die Immobilienmakler verhalten sich bei Ausübung ihres Gewerbes anderen Berufsangehörigen gegenüber insbesondere dann standeswidrig, wenn sie

1. die Berufsangabe unterlassen oder
2. mit Personen regelmäßig zusammenarbeiten, von denen sie bei Anwendung entsprechender Sorgfalt wissen müssen, daß sie das Gewerbe der Immobilienmakler oder das Gewerbe der Immobilienverwalter oder das Gewerbe der Bauträger unbefugt ausüben oder
3. in Fällen gemeinsamer Auftragsbearbeitung ohne ausdrückliche Zustimmung des beauftragten Immobilienmaklers mit dem Auftraggeber direkt in Verbindung treten oder
4. insbesondere in Fällen gemeinsamer Auftragsbearbeitung einem anderen Immobilienmakler infolge Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Immobilienmaklers über das zu vermittelnde Rechtsgeschäft oder über Umstände, die für die Beurteilung des Rechtsgeschäftes wesentlich sind (zB Beschaffenheit des Hauses oder der Wohnung, Immissionen von einem Nachbarn), unzutreffende oder unzureichende Mitteilungen machen oder
5. einen Maklervertrag abschließen, obwohl sie wissen oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Immobilienmaklers wissen müssen, daß der einem anderen befugten Immobilienmakler erteilte Alleinvermittlungsauftrag noch aufrecht ist oder
6. die unentgeltliche Durchführung von Vermittlungen anbieten oder diese Vermittlungen zu Bedingungen (insbesondere Provisionen oder sonstigen Vergütungen) anbieten oder durchführen, die einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsführung widersprechen oder
7. unlautere Kundenabwerbung betreiben.

Inserate

§ 6. (1) Aus Inseraten muß hervorgehen, daß sie von einem Immobilienmakler stammen. Ein Hinweis auf eine Provisionspflicht des Auftraggebers und auf die Höhe der Provision ist abweichend von § 4 Abs. 1 Z 2 nicht erforderlich.

(2) Machen Immobilienmakler Kaufpreisangaben in Inseraten, so ist im Falle der Angabe einer Anzahlung auf die Höhe der laufenden Rückzahlung sowie auf den Gesamtbetrag hinzuweisen.

(3) In Inseraten über Mietwohnungen haben Immobilienmakler Angaben über die monatliche Belastung in Form der Gesamtbelastung sowie – sofern es sich nicht um einen Pauschalmietzins handelt – Angaben über den Hauptmietzins, die Betriebs- und Heizkostenkonti und die Umsatzsteuer zu machen.

Verschwiegenheit

§ 7. (1) Immobilienmakler sind zur Verschwiegenheit über alle ihnen im Rahmen ihrer Berufsausübung bekanntgewordenen Tatsachen verpflichtet. Sie haben auch ihre Arbeitnehmer und sonstigen Mitarbeiter zu dieser Verschwiegenheit zu verpflichten.

(2) Die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht nicht, soweit den Immobilienmakler gegenüber dem Auftraggeber Beratungs- und Aufklärungspflichten treffen oder dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben sind. Der Immobilienmakler ist von der Pflicht zur Verschwiegenheit weiters entbunden, soweit es für die Durchsetzung von Provisionsansprüchen erforderlich ist.

Einstellung und Ruhen der Gewerbeausübung

§ 8. Die Immobilienmakler haben die Einstellung oder das Ruhen der Gewerbeausübung ihren Auftraggebern rechtzeitig, spätestens aber drei Wochen vorher anzuzeigen.

Arbeitnehmer

§ 9. (1) Die Immobilienmakler haben der zuständigen Landesinnung der Immobilien- und Vermögenstreuhänder die Aufnahme und die Beendigung der Tätigkeit ihrer Arbeitnehmer und sonstigen Mitarbeiter umgehend, spätestens aber zwei Wochen nach dem Zeitpunkt der Aufnahme oder der Beendigung der Tätigkeit schriftlich mitzuteilen.

(2) In der Mitteilung gemäß Abs. 1 sind neben dem Vor- und Familiennamen der betreffenden Arbeitnehmer und sonstigen Mitarbeiter auch deren Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit und Unterkunft (Wohnung) anzugeben.

3. ABSCHNITT

Geschäftsbedingungen

Mitteilung von Geschäftsbedingungen an den Verein für Konsumenteninformation

§ 10. Die Immobilienmakler haben die von ihnen verwendeten Geschäftsbedingungen dem Verein für Konsumenteninformation zu übermitteln, es sei denn, sie verwenden nur jene Geschäftsbedingungen, deren Verwendung von der Bundesinnung der Immobilien- und Vermögenstreuhänder empfohlen wird.

4. ABSCHNITT

Höchstbeträge

Höchstbeträge der Provisionen oder sonstigen Vergütungen

§ 11. Dieser Abschnitt gilt nicht für die Vermittlung einer Burg, eines Schlosses oder eines Klosters.

§ 12. (1) Wird mit dem Auftraggeber eine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf die Provision oder sonstige Vergütung die sich aus den Abs. 2 bis 4 und aus den §§ 15 bis 27 ergebenden Höchstbeträge nicht übersteigen. Wird auch mit dem anderen Auftraggeber eine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf auch diese den jeweils festgelegten Höchstbetrag nicht übersteigen. Die Umsatzsteuer ist in den festgelegten Höchstbeträgen nicht enthalten.

(2) Die mit dem Auftraggeber vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung darf den zulässigen Höchstbetrag bis zu 100 Prozent überschreiten, sofern mit dem anderen Teil keine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart wird. Wird der festgelegte Höchstbetrag durch die mit dem einen Auftraggeber vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung nicht ausgeschöpft, so darf die mit dem anderen Auftraggeber vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung den festgelegten Höchstbetrag höchstens um jenen Betrag überschreiten, um den die mit dem einen Auftraggeber vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung den festgelegten Höchstbetrag unterschreitet.

(3) Betrifft die Vermittlung eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus, so darf die mit dem Wohnungssuchenden vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung den Höchstbetrag gemäß Abs. 2 nicht überschreiten.

(4) Ist der gemäß einer bestimmten Ziffer des § 15 Abs. 2 oder des § 18 oder des § 25 Abs. 1 oder des § 26 Abs. 1 zu berechnende Provisionsbetrag geringer als der mit dem Prozentsatz der nächstniederen Ziffer vom Höchstbetrag dieser Ziffer berechnete Provisionsbetrag, so gilt der Provisionsbetrag gemäß der nächstniederen Ziffer als Höchstbetrag.

§ 13. Die Immobilienmakler haben in den für den Kundenverkehr bestimmten Geschäftsräumen die für Vermittlungen zulässigen Höchstbeträge der Provisionen oder sonstigen Vergütungen mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß es sich um Höchstbeträge handelt, ersichtlich zu machen. Diese Ersichtlichmachung hat auch dann zu erfolgen, wenn die Vermittlung von Rechtsgeschäften betreffend bestimmte Objekte in Schaufenstern, Schaukästen und dergleichen angeboten wird. Bei der Ersichtlichmachung ist auch auf die Höhe der Umsatzsteuer hinzuweisen.

§ 14. Vermittelt der Immobilienmakler einen Vertrag, mit dem einem Auftraggeber das zeitlich befristete Recht eingeräumt wird, durch einseitige Erklärung das betreffende Geschäft zustande zu bringen (Optionsvertrag), so darf die mit diesem Auftraggeber vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung die Hälfte des für das im Maklervertrag genannte Geschäft festgelegten Höchstbetrages nicht übersteigen. Macht der Auftraggeber von seinem Optionsrecht Gebrauch, so darf die für diesen Fall vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung die Differenz zwischen dem für das betreffende Geschäft festgelegten Höchstbetrag und der für die Vermittlung des Optionsvertrages zu bezahlenden Provision oder sonstigen Vergütung nicht übersteigen.

Vermittlung von Kauf- und Tauschgeschäften über Immobilien und Unternehmen

§ 15. (1) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung

1. des Kaufes, Verkaufes oder Tausches einer Liegenschaft oder eines Liegenschaftsanteiles oder

2. des Kaufes, Verkaufes oder Tausches eines Liegenschaftsteiles, an dem Wohnungseigentum besteht oder vereinbarungsgemäß begründet wird oder
3. des Kaufes, Verkaufes oder Tausches von Unternehmen aller Art oder
4. von Beteiligungen aller Art an Unternehmen oder
5. einer Abgeltung für ein Superädifikat auf einem zu verpachtenden oder zu vermietenden Grundstück

darf den im Abs. 2 jeweils angeführten Höchstbetrag nicht übersteigen.

(2) Als Höchstbetrag wird in Prozenten des Wertes (§ 16) festgelegt:

1. bei einem Wert bis 36 336,42 Euro 4 Prozent
2. bei einem Wert von mehr als 36 336,42 Euro 3 Prozent

Berechnung des Wertes

§ 16. (1) Der Wert gemäß § 15 Abs. 2 ist nach dem zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreis für das Objekt und dem Betrag, der den vom Käufer übernommenen Verpflichtungen, den Hypotheken und sonstigen geldwerten Lasten sowie den Haftungsübernahmen entspricht, zu berechnen. Im Falle des Erwerbes von Gesellschaftsanteilen werden überdies die diesen Anteilen zuzuordnenden Verbindlichkeiten hinzugerechnet. Der Verkehrswert der Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände, Warenlager, Maschinen und Geräte und sonstiger Betriebsmittel jeder Art ist hinzuzurechnen, sofern er nicht schon im Kaufpreis für das Objekt enthalten ist.

(2) Wird im Alleinvermittlungsauftrag vereinbart, daß der Auftraggeber die Provision auch ohne Vermittlungserfolg zu bezahlen hat, wenn das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags auf andere Art als durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustande gekommen ist, so ist der Berechnung der Provisionshöhe der im Alleinvermittlungsauftrag festgelegte Preis zugrunde zu legen, wenn der vereinbarte Kaufpreis höher ist.

(3) Im Falle eines Tausches gilt als Wert gemäß § 15 Abs. 2 bei Objekten mit gleichem Verkehrswert der einfache Verkehrswert, bei Objekten mit unterschiedlichem Verkehrswert der höhere Verkehrswert.

(4) Bei der Bestimmung des Verkehrswertes eines Objektes gemäß Abs. 3 sind auch die Verkehrswerte der Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände, Warenlager, Maschinen und Geräte und sonstiger Betriebsmittel jeder Art in Rechnung zu stellen, sofern diese nicht bereits im Verkehrswert enthalten sind.

Vermittlung von Hypothekendarlehen

§ 17. Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung eines Hypothekendarlehens darf den Betrag von zwei Prozent der Darlehenssumme nicht übersteigen, sofern die Vermittlung des Hypothekendarlehens im Zusammenhang mit einer Vermittlung gemäß § 15 Abs. 1 steht. Besteht kein solcher Zusammenhang, so darf die Provision oder sonstige Vergütung fünf Prozent der Darlehenssumme nicht übersteigen.

Vermittlung von Baurechten

§ 18. (1) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung von Baurechten darf den im folgenden jeweils angeführten Höchstbetrag nicht übersteigen:

Dauer des Baurechtes	Höchstbetrag der Provision oder sonstigen Vergütung in Prozenten des auf die Dauer des vereinbarten Baurechtes entfallenden Bauzinses
1. von 10 bis 30 Jahren	3 Prozent
2. über 30 Jahre	2 Prozent

(2) Der Höchstbetrag gemäß Abs. 1 Z 2 darf höchstens von einem Baurechtszins für 45 Jahre berechnet werden.

Vergütung bei der Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume

§ 19. (1) Die mit dem Mieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung eines unbefristeten oder auf mehr als drei Jahre befristeten Haupt- oder Untermietvertrages über Geschäftsräume aller Art (Lokale, Verkaufsräume, Magazine, Garagen, Werkstätten, Arbeits-, Büro- oder Kanzleiräume, Lager- und Einstellplätze usw.) darf den Betrag des dreifachen monatlichen Bruttomietzinses (§ 24) nicht übersteigen. Ist der Miet-

vertrag auf mindestens zwei, jedoch nicht mehr als drei Jahre befristet, so darf die Vergütung den Betrag des zweifachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen. Ist der Mietvertrag auf weniger als zwei Jahre befristet, so darf die Vergütung den Betrag des einfachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen.

(2) Die mit dem Vermieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung eines befristeten oder unbefristeten Haupt- oder Untermietvertrages über Geschäftsräume darf den Betrag des dreifachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen.

(3) Wird für den Fall einer Verlängerung eines befristeten Mietvertrages über Geschäftsräume aller Art eine weitere Provision oder sonstige Vergütung vereinbart und beträgt die Mietdauer insgesamt höchstens drei Jahre, so darf die weitere Provision oder sonstige Vergütung jenen Betrag nicht übersteigen, der die zuerst vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung auf jenen Betrag ergänzt, der unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer den jeweils festgelegten Höchstbetrag der Provision oder sonstigen Vergütung bildet. Wird für den Fall einer Verlängerung eines befristeten Mietvertrages über Geschäftsräume aller Art eine weitere Provision oder sonstige Vergütung vereinbart und beträgt die Mietdauer insgesamt mehr als drei Jahre oder wird für den Fall der Umwandlung des befristeten in einen unbefristeten Mietvertrag eine weitere Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf sowohl die mit dem Mieter als auch die mit dem Vermieter vereinbarte weitere Provision oder sonstige Vergütung jenen Betrag nicht übersteigen, der die zuerst vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung auf den dreifachen monatlichen Bruttomietzins ergänzt.

Vergütung bei der Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

§ 20. (1) Die mit dem Mieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung eines unbefristeten oder auf mehr als drei Jahre befristeten Haupt- oder Untermietvertrages über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus darf den Betrag des zweifachen monatlichen Bruttomietzinses (§ 24) nicht übersteigen. Ist der Mietvertrag auf nicht mehr als drei Jahre befristet, so darf die Vergütung den Betrag des einfachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen.

(2) Die mit dem Vermieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung eines befristeten oder unbefristeten Haupt- oder Untermietvertrages über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus darf den Betrag des dreifachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen. Dies gilt nicht für die Vermittlung eines Mietvertrages über Wohnungen, die Mietern als Ersatzwohnungen zur Verfügung gestellt werden, sofern der Immobilienmakler nur mit dem ihn beauftragenden Eigentümer oder Bauorganisator eine Vereinbarung über eine Provision oder sonstige Vergütung trifft.

(3) Wird für den Fall einer Verlängerung eines befristeten Mietvertrages über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus eine weitere Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf die weitere Provision oder sonstige Vergütung jenen Betrag nicht übersteigen, der die zuerst vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung auf jenen Betrag ergänzt, der unter Berücksichtigung der gesamten Vertragsdauer den Höchstbetrag der Provision oder sonstigen Vergütung bildet, höchstens jedoch einem halben monatlichen Bruttomietzins entspricht. Wird für den Fall der Umwandlung des befristeten Mietvertrages über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus in einen unbefristeten Mietvertrag eine weitere Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf sowohl die mit dem Mieter als auch die mit dem Vermieter vereinbarte weitere Provision oder sonstige Vergütung jenen Betrag nicht übersteigen, der die zuerst vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung auf den Höchstbetrag nach § 20 Abs. 1 oder Abs. 2 ergänzt, höchstens jedoch einem halben monatlichen Bruttomietzins entspricht.

Vergütung bei der Vermittlung von Mietverträgen durch Hausverwalter

§ 21. (1) Vermittelt ein Immobilienverwalter einen Mietvertrag über eine Wohnung, die in einem Haus gelegen ist, mit dessen Verwaltung er betraut ist, so darf die mit dem Mieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung die Hälfte der nach § 20 Abs. 1 zu berechnenden Beträge nicht übersteigen. § 20 Abs. 3 ist sinngemäß anzuwenden. Die mit dem Vermieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung darf den Betrag des zweifachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen.

(2) Vermittelt ein Immobilienverwalter einen kürzer als auf zwei Jahre befristeten Mietvertrag über eine Wohnung, die in einem von ihm verwalteten Haus gelegen ist, so darf die

mit dem Vermieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung den Betrag des einfachen monatlichen Bruttomietzinses nicht übersteigen.

(3) Abs. 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn an der vermittelten Wohnung Wohnungseigentum besteht und der Auftraggeber nicht Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist.

Vermittlung besonderer Abgeltungen

§ 22. Die mit dem Vermieter und mit dem Vormieter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung einer Abgeltung für Investitionen, Einrichtungsgegenstände oder die Einräumung von Rechten darf jeweils fünf Prozent des vom Mieter hierfür geleisteten Betrages (einschließlich einer allfälligen Umsatzsteuer) nicht übersteigen.

Vermittlung der Untermiete an einzelnen Wohnräumen

§ 23. Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung der Untermiete an einzelnen Wohnräumen darf den Betrag des einfachen monatlichen Mietzinses nicht übersteigen.

Bruttomietzins

§ 24. (1) Der Bruttomietzins besteht aus dem Haupt- oder Untermietzins, dem auf den Mietgegenstand entfallenden Anteil an den Betriebskosten und den von der Liegenschaft zu entrichtenden laufenden öffentlichen Abgaben, dem auf den Mietgegenstand entfallenden Anteil für allfällige besondere Aufwendungen und dem Entgelt für mitvermietete Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände oder sonstige Leistungen, die der Vermieter über die Überlassung des Mietgegenstandes hinaus erbringt. Die zu entrichtende Umsatzsteuer ist nicht in den Bruttomietzins einzurechnen. Zu den Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen gehören insbesondere auch Maschinen und Geräte und sonstige Betriebsmittel sowie Organisationsmittel jeder Art. Eine zeitlich befristete Mietzinsreduktion oder Mietzinsfreistellung bleibt unberücksichtigt.

(2) Bei der Berechnung der Provision oder der sonstigen Vergütung für die Vermittlung von Mietverhältnissen an einer Wohnung, für die nach den mietrechtlichen Vorschriften die Höhe des Mietzinses nicht frei vereinbart werden darf, sind die Heizkosten nicht in den Bruttomietzins einzurechnen.

Vermittlung von Pachtverhältnissen insbesondere in der Land- und Forstwirtschaft

§ 25. (1) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung der auf bestimmte Dauer vereinbarten Pacht von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen, wie insbesondere von land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken (Gütern), oder von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben darf den im folgenden jeweils angeführten Höchstbetrag nicht übersteigen:

Dauer des Pacht	Höchstbetrag der Provision oder sonstigen Vergütung in Prozenten des auf die Pachtdauer entfallenden Pachtschillings
1. bis zu 6 Jahren	5 Prozent
2. bis zu 12 Jahren	4 Prozent
3. bis zu 24 Jahren	3 Prozent
4. über 24 Jahre	2 Prozent

(2) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung der nicht auf bestimmte Dauer vereinbarten Pacht von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen, wie insbesondere von land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken (Gütern), oder von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben darf den Betrag von fünf Prozent des auf die Pachtdauer von fünf Jahren entfallenden Pachtschillings nicht übersteigen.

(3) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung einer Ablöse für Vieh-, Feld- und Gutsinventar, Erntevorrat o. dgl. darf drei Prozent des Gegenwertes dieses Zugehört nicht übersteigen.

Vermittlung von Pachtverhältnissen an Unternehmen

§ 26. (1) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung der auf bestimmte Dauer vereinbarten Pacht von nicht durch § 25 erfaßten Unternehmen aller Art darf den im folgenden jeweils angeführten Höchstbetrag nicht übersteigen:

Dauer des Pacht	Höchstbetrag der Provision oder sonstigen Vergütung in Prozenten des auf die Pachtdauer entfallenden Pachtschillings
1. bis zu 5 Jahren	5 Prozent
2. bis zu 10 Jahren	4 Prozent
3. über 10 Jahre	3 Prozent

(2) Die Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung der nicht auf bestimmte Dauer vereinbarten Pacht von nicht durch § 25 erfaßten Unternehmen aller Art darf den Betrag des auf die Pachtdauer von drei Monaten entfallenden Pachtschillings nicht übersteigen.

(3) Die mit dem Verpächter und mit dem Vorpächter vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für die Vermittlung einer Abgeltung für Investitionen oder Einrichtungsgegenstände darf jeweils fünf Prozent des vom Pächter hierfür geleisteten Betrages nicht übersteigen.

Vergütung bei der Vermittlung sonstiger Gebrauchs- und Nutzungsrechte

§ 27. Die mit dem Überlasser vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für eine nicht unter die §§ 18 bis 26 fallende Vermittlung von Verträgen, aus denen ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht an Geschäftsräumen aller Art oder an Wohnungen oder Einfamilienhäusern erfließt, darf den Betrag des dreifachen monatlichen Bruttoentgeltes nicht übersteigen. Die mit dem Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigten vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung für eine nicht unter die §§ 18 bis 26 fallende Vermittlung von Verträgen, aus denen ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht an Wohnungen oder Einfamilienhäusern erfließt, darf den Betrag des zweifachen monatlichen Bruttoentgeltes nicht übersteigen. §§ 20 bis 22 und 24 sind sinngemäß anzuwenden.

5. ABSCHNITT

Inkrafttreten

§ 28. (1) Gleichzeitig mit dem Inkrafttreten dieser Verordnung tritt die Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 16. Juni 1978, BGBl. Nr. 323, über Ausübungsregeln für Immobilienmakler, zuletzt geändert durch die Verordnung BGBl. Nr. 66/1994, außer Kraft.

(2) § 15 Abs. 2 Z 1 und 2 in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 490/2001 tritt mit 1. Jänner 2002 in Kraft.

(3) Die §§ 6 Abs. 3 19, 20, 21, 27 und 29 samt Überschriften in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 268/2010 treten mit 1. September 2010 in Kraft.

Übergangsbestimmungen

§ 29. Auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung BGBl. II Nr. 268/2010 bereits vereinbarten Provisionen und sonstigen Vergütungen sind die bisherigen Vorschriften weiterhin anzuwenden.

IV. Konsumentenschutzgesetz (KSchG)

Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG)

StF: BGBl. 1979/140, zuletzt geändert durch BGBl. I 2013/50

[Auszug]

Rücktritt von Immobiliengeschäften

§ 30a. (1) Gibt ein Verbraucher eine Vertragserklärung, die auf den Erwerb eines Bestandrechts, eines sonstigen Gebrauchs- oder Nutzungsrechts oder des Eigentums an einer Wohnung, an einem Einfamilienwohnhaus oder an einer Liegenschaft, die zum Bau eines Einfamilienwohnhauses geeignet ist, am selben Tag ab, an dem er das Vertragsobjekt das erste Mal besichtigt hat, so kann er von seiner Vertragserklärung zurücktreten, sofern der Erwerb der Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Verbrauchers oder eines nahen Angehörigen dienen soll.

(2) Der Rücktritt kann binnen einer Woche nach der Vertragserklärung des Verbrauchers erklärt werden. Ist ein Makler eingeschritten und wird die Rücktrittserklärung an diesen gerichtet, so gilt der Rücktritt auch für einen im Zug der Vertragserklärung geschlossenen Maklervertrag. Im übrigen gilt für die Rücktrittserklärung § 3 Abs. 4.

(3) Die Frist des Abs. 2 beginnt erst zu laufen, sobald der Verbraucher eine Zweitschrift seiner Vertragserklärung und eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht erhalten hat. Das Rücktrittsrecht erlischt jedoch spätestens einen Monat nach dem Tag der erstmaligen Besichtigung.

(4) Die Zahlung eines Angelds, Reugelds oder einer Anzahlung vor Ablauf der Rücktrittsfrist kann nicht wirksam vereinbart werden.

Besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers

§ 30b. (1) Der Immobilienmakler hat vor Abschluß des Maklervertrags dem Auftraggeber, der Verbraucher ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Immobilienmaklers eine schriftliche Übersicht zu geben, aus der hervorgeht, daß er als Makler einschreitet, und die sämtliche dem Verbraucher durch den Abschluß des zu vermittelnden Geschäfts voraussichtlich erwachsenden Kosten, einschließlich der Vermittlungsprovision, ausweist. Die Höhe der Vermittlungsprovision ist gesondert anzuführen; auf ein allfälliges wirtschaftliches oder familiäres Naheverhältnis im Sinn des § 6 Abs. 4 dritter Satz MaklerG ist hinzuweisen. Wenn der Immobilienmakler kraft Geschäftsgebrauchs als Doppelmakler tätig sein kann, hat diese Übersicht auch einen Hinweis darauf zu enthalten. Bei erheblicher Änderung der Verhältnisse hat der Immobilienmakler die Übersicht entsprechend richtigzustellen. Erfüllt der Makler diese Pflichten nicht spätestens vor einer Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft, so gilt § 3 Abs. 4 MaklerG.

(2) Der Immobilienmakler hat dem Auftraggeber die nach § 3 Abs. 3 MaklerG erforderlichen Nachrichten schriftlich mitzuteilen. Zu diesen zählen jedenfalls auch sämtliche Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind.

Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen

§ 30c. (1) Die Dauer von Alleinvermittlungsaufträgen (§ 14 Abs. 2 MaklerG) von Verbrauchern darf höchstens vereinbart werden mit

1. drei Monaten für die Vermittlung von Bestandverträgen über Wohnungen oder sonstigen den Gebrauch oder die Nutzung von Wohnungen betreffenden Verträgen;
2. sechs Monaten für die Vermittlung von Verträgen zur Veräußerung oder zum Erwerb des Eigentums an Wohnungen, Einfamilienwohnhäusern und einzelnen Grundstücken, die zum Bau eines Einfamilienwohnhauses geeignet sind.

(2) Wenn besondere Umstände vorliegen, die die Vermittlung wesentlich erschweren oder verzögern, darf auch eine entsprechend längere als die in Abs. 1 bestimmte Frist vereinbart werden.

III. HAUPTSTÜCK

Ergänzende Bestimmungen

Schriftlichkeit und zwingende Bestimmungen beim Maklervertrag

§ 31. (1) Die folgenden Vereinbarungen sind nur rechtswirksam, wenn sie ausdrücklich und schriftlich erfolgen:

1. Vereinbarung des Ersatzes von Aufwendungen auf Grund von zusätzlichen Aufträgen (§ 9 MaklerG);
2. Abschluß und Verlängerung von Alleinvermittlungsaufträgen (§ 14 MaklerG);
3. besondere Vereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs (§ 15 MaklerG).

(2) Von den Bestimmungen der §§ 30a bis 31 Abs. 1 sowie von § 2 Abs. 2, § 3, § 9, § 10, § 28 Z 4 und Z 5 sowie § 39 MaklerG darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgegangen werden.

V. Gewerbeordnung 1994 (GewO)

Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994

StF: BGBl 1994/194, zuletzt geändert durch BGBl I 2013/212

[Auszug]

1. Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

§ 69. (1) Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten kann zur Vermeidung einer Gefährdung von Leben oder Gesundheit von Menschen oder zur Vermeidung von Belastungen der Umwelt (§ 69a) durch Verordnung festlegen, welche Maßnahmen die Gewerbetreibenden bei der Gewerbeausübung hinsichtlich der Einrichtung der Betriebsstätten, hinsichtlich der Waren, die sie erzeugen oder verkaufen oder deren Verkauf sie vermitteln, hinsichtlich der Einrichtungen oder sonstigen Gegenstände, die sie zur Benützung bereithalten, oder hinsichtlich der Dienstleistungen, die sie erbringen, zu treffen haben. In der Verordnung kann auch festgelegt werden, wie der Gewerbetreibende die Erfüllung der vorgeschriebenen Maßnahmen nachzuweisen hat. Gewerbetreibende haben in jenen Betriebsstätten, in denen das Gewerbe der Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Bandagisten, Orthopädietechniker, Orthopädienschuhmacher, Zahntechniker, Friseure und Perückenmacher, Masseur, Kosmetiker (Schönheitspfleger) oder Fußpfleger ausgeübt wird und in denen sie

nicht selbst überwiegend tätig sind, einen fachkundigen Arbeitnehmer, der nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtig ist, hauptberuflich zu beschäftigen. Soweit durch Verordnung nicht anderes festgelegt ist, ist eine Person jedenfalls dann als fachkundig anzusehen, wenn sie die Lehrabschlußprüfung in dem Lehrberuf erfolgreich abgelegt hat, der dem in der Betriebsstätte ausgeübten Gewerbe entspricht. Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten kann durch Verordnung festlegen, daß der Nachweis der Fachkundigkeit durch andere Prüfungen als die Lehrabschlußprüfung oder durch sonstige Ausbildungsgänge oder Verwendungszeiten zu erbringen ist. Die Verpflichtung zur Beschäftigung eines fachkundigen Arbeitnehmers besteht ab 1. Jänner 1996.

(2) Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten hat im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz durch Verordnung festzulegen, welche Maßnahmen die Gewerbetreibenden bei der Gewerbeausübung hinsichtlich der Einrichtung der Betriebsstätten, hinsichtlich der Waren, die sie erzeugen, verkaufen oder vermieten oder deren Verkauf sie vermitteln, hinsichtlich der Einrichtungen oder sonstigen Gegenstände, die sie zur Benützung bereithalten, oder hinsichtlich der Dienstleistungen, die sie erbringen, zu treffen haben, soweit dies zum Schutz der Interessen der von der Gewerbeausübung betroffenen Personen, insbesondere zum Schutz vor Vermögensschäden oder vor Belästigung wie etwa durch Eindringen in die Privatsphäre, erforderlich ist (Ausübungsregeln). Bei der Erlassung solcher Verordnungen ist insbesondere auch auf die Beobachtungen und Berichte von Konsumentenberatungseinrichtungen sowie auf die Berichte des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz über die Lage der Verbraucher Bedacht zu nehmen. Weiters kann der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten nach Anhörung der zuständigen Gliederung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft durch Verordnung Regeln über die Verhaltensweisen, die bei der Ausübung eines bestimmten Gewerbes einzuhalten sind, und über die für die Gewerbeausübung erforderliche Betriebsausstattung festlegen (Standesregeln); hiebei ist auf die Gewohnheiten und Gebräuche, die in diesem Gewerbe von Personen, die die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden, eingehalten werden und auf die Anforderungen, die von den die Leistungen dieses Gewerbes in Anspruch nehmenden Personen üblicherweise gestellt werden, sowie darauf Bedacht zu nehmen, daß das Ansehen des betreffenden Gewerbes und das Vertrauen aller von der Gewerbeausübung berührten Personen in die das Gewerbe ausübenden Gewerbetreibenden gewahrt bleibt; soweit dabei der Schutz des Vertrauens der von der Gewerbeausübung betroffenen Personen im Vordergrund steht, insbesondere hinsichtlich der Festlegung von Höchstbeträgen im Sinne der Z 5, ist hiebei das Einvernehmen mit dem Bundesminister für Gesundheit und Konsumentenschutz herzustellen. Verordnungen über Standesregeln können zum Gegenstand haben zum Beispiel Bestimmungen über

1. das standesgemäße Verhalten im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern,
2. das standesgemäße Verhalten gegenüber anderen Berufsangehörigen oder Angehörigen anderer Berufe, die durch die Gewerbeausübung berührt werden,
3. das standesgemäße Verhalten gegenüber Personen, die weder Auftraggeber noch Berufsangehörige sind, auf die sich aber die Gewerbeausübung bezieht oder die von der Gewerbeausübung betroffen sind,
4. die Ausstattung des Betriebes, die eine standesgemäße Berufsausübung gewährleistet,
5. für das Gewerbe der Arbeitsvermittlung (§ 94 Z 1), der Immobilienmakler (§ 94 Z 35), der Immobilienverwalter (§ 94 Z 35), der Inkassoinstitute (§ 94 Z 36) und der Personalkreditvermittler (§ 94 Z 75) die Höchstbeträge der den Gewerbetreibenden gebührenden Provisionssätze oder sonstigen Vergütungen.

(3) Die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 gelten nicht auf den Gebieten des Gesundheitswesens, der Nahrungsmittelkontrolle, der Arzneimittelkontrolle, des Giftwesens sowie des Arbeitnehmerschutzes.

(4) Die Bezirksverwaltungsbehörde kann erforderlichenfalls einem Gewerbetreibenden Maßnahmen im Sinne des Abs. 1 mit Bescheid auftragen, wenn diesbezüglich keine Regelung in einer Verordnung gemäß Abs. 1 erlassen worden ist.

(5) Die Bezirksverwaltungsbehörde kann auf Antrag von den Bestimmungen einer Verordnung gemäß Abs. 1 abweichende Maßnahmen im Sinne des Abs. 1 mit Bescheid zulassen, wenn hiedurch der gleiche Schutz erreicht wird.

(6) Beziehen sich die Maßnahmen, die gemäß Abs. 4 mit Bescheid aufgetragen oder gemäß Abs. 5 mit Bescheid zugelassen werden sollen, nur auf die Gewerbeausübung in

einer weiteren Betriebsstätte, so ist zur Erlassung der Bescheide gemäß Abs. 4 oder 5 die für die weitere Betriebsstätte zuständige Bezirksverwaltungsbehörde berufen.

Immobilientreuhänder

§ 117. (1) Das Gewerbe der Immobilientreuhänder (§ 94 Z 35) umfasst die Tätigkeiten der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger.

(2) Der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers umfasst

1. die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von unbebauten und bebauten Grundstücken und von Rechten an Immobilien einschließlich der Vermittlung von Nutzungsrechten an Immobilien (wie sie zB durch Timesharing-Verträge erworben werden) und der Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von Wohnungen, Geschäftsräumen, Fertigteilhäusern und Unternehmen;
2. die Vermittlung von Bestandverträgen über Immobilien einschließlich der Vermittlung von Bestandverträgen über Wohnungen, Geschäftsräume und Unternehmen;
3. den Handel mit Immobilien einschließlich des Mietkaufes. Dazu zählt auch die Errichtung von Bauten, die der Makler als Bauherr durch befugte Gewerbetreibende zum Zweck der Weiterveräußerung als Ganzes ausführen lässt;
4. die Vermittlung von Beteiligungen an Immobilienfonds;
5. die Beratung und Betreuung für die in Z 1 bis 4 angeführten Geschäfte. Gewerbetreibende, die zur Ausübung dieser Tätigkeiten berechtigt sind, sind auch zur Vermittlung von Hypothekarkrediten sowie zur Vermittlung von Privatzimmern an Reisende zu vorübergehendem Aufenthalt sowie zur Führung eines Gästezimmernachweises berechtigt;
6. die Durchführung der öffentlichen Versteigerung von Liegenschaften, Superädifikationen und Baurechten nach § 87c NO;
§ 158 ist anzuwenden.

(3) Der Tätigkeitsbereich des Immobilienverwalters umfasst sämtliche Tätigkeiten, die zur Verwaltung von bebauten und unbebauten Liegenschaften, deren Erhaltung, Instandsetzung, Verbesserung und Sanierung notwendig und zweckmäßig sind. Dazu zählt auch das Inkasso von Geldbeträgen sowie die Leistung von Zahlungen, die im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit stehen. Immobilienverwalter sind weiters berechtigt,

1. im Rahmen des Verwaltungsvertrages Haus- und Wohnungseigentümer in Steuerangelegenheiten zu beraten sowie Schriftstücke und Eingaben zu verfassen;
2. Verwaltungstätigkeiten für einzelne Miteigentümer einer Liegenschaft durchzuführen, sofern dadurch kein Interessenkonflikt mit der Eigentümergemeinschaft entsteht, deren Liegenschaft sie verwalten;
3. bei den von ihnen verwalteten Objekten einfache Reparatur- und Ausbesserungsarbeiten durchzuführen.

(4) Der Tätigkeitsbereich des Bauträgers umfasst die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung sowie die hinsichtlich des Bauaufwandes einem Neubau gleichkommende Sanierung von Gebäuden. Der Bauträger ist auch berechtigt, diese Gebäude zu verwerten.

(5) Immobilientreuhänder sind auch berechtigt, im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung und ihres Auftrages ihre Auftraggeber vor Verwaltungsbehörden, Fonds, Förderungsstellen und Körperschaften öffentlichen Rechts sowie bei Gericht zu vertreten, sofern kein Anwaltszwang besteht.

(6) Die Vertragserrichtung durch Immobilientreuhänder ist dann zulässig, wenn diese im Ausfüllen formularmäßig gestalteter Verträge besteht.

(7) Die zur Ausübung des Gewerbes der Immobilienmakler (§ 94 Z 35) berechtigten Gewerbetreibenden haben für ihre Berufstätigkeit eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens 100 000 Euro pro Schadensfall abzuschließen. Für diese Pflichtversicherungssumme darf ein Selbstbehalt von höchstens fünf vH dieser Summe pro Schadensfall vereinbart werden. Es ist zulässig, die Versicherungsleistung pro jährlicher Versicherungsperiode auf 300 000 Euro zu beschränken. Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung muss bei einem Unternehmen erfolgen, das zum Geschäftsbetrieb in Österreich befugt ist.

Die zur Ausübung des Gewerbes der Immobilienverwalter (§ 94 Z 35) berechtigten Gewerbetreibenden haben für ihre Berufstätigkeit eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens 400 000 Euro pro Schadensfall abzuschließen. Für diese Pflichtversicherungssumme darf ein Selbstbehalt von höchstens fünf vH dieser Summe pro Schadensfall vereinbart werden. Es ist zulässig, die Versicherungsleistung pro jährlicher Versicherungsperiode auf 1 200 000 Euro zu beschränken. Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung muss bei einem Unternehmen erfolgen, das zum Geschäftsbetrieb in Österreich befugt ist.

Die zur Ausübung des Gewerbes der Bauträger (§ 94 Z 35) berechtigten Gewerbetreibenden haben für ihre Berufstätigkeit eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens 1 000 000 Euro pro Schadensfall abzuschließen. Für diese Pflichtversicherungssumme darf ein Selbstbehalt von höchstens fünf vH dieser Summe pro Schadensfall vereinbart werden. Es ist zulässig, die Versicherungsleistung pro jährlicher Versicherungsperiode für Unternehmen mit einem jährlichen Umsatz von weniger als 2 000 000 Euro auf 1 500 000 Euro und für andere Unternehmen auf 3 000 000 Euro zu beschränken. Die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung muss bei einem Unternehmen erfolgen, das zum Geschäftsbetrieb in Österreich befugt ist.

(8) Bei der Anmeldung des Gewerbes der Immobilientreuhänder ist zusätzlich zu den Erfordernissen gemäß § 339 Abs. 3 der Nachweis der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung gemäß Abs. 7 zu erbringen.

(9) Bei Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer aus der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung gelten betreffend die Meldung des Versicherers an die für den Immobilientreuhänder örtlich zuständige Behörde und betreffend die Haftung des Versicherers in Ansehung eines Dritten die Bestimmungen des § 92 GewO 1994 und die Bestimmungen der §§ 158b bis 158i des VersVG, BGBl. Nr. 2/1959, in der geltenden Fassung. § 158c Abs. 2 VersVG gilt mit der Maßgabe, dass der Umstand, der das Nichtbestehen oder die Beendigung des Versicherungsverhältnisses zur Folge hat, gegenüber dem Dritten erst nach Ablauf von zwei Monaten wirksam wird, nachdem der Versicherer diesen Umstand der für die Führung des Gewerberegisters zuständigen Behörde angezeigt hat.

(10) Bei Wegfall einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung im Sinne von Abs. 7 hat die Behörde unverzüglich ein Gewerbeentziehungsverfahren einzuleiten und, wenn eine neuerliche Vermögensschadenhaftpflichtversicherung nicht unverzüglich nachgewiesen wird, die Gewerbeberechtigung längstens binnen zwei Monaten zu entziehen. § 361 Abs. 2 ist in diesem Fall nicht anzuwenden. Beschwerden gegen Entziehungsbescheide kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Die Einleitung des Gewerbeentziehungsverfahrens ist im Gewerberegister zu vermerken.

VI. Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum MaklerG (ErläutRV)

2 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP

Nachdruck vom 30. 1. 1996

[Auszug]

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

Einleitung:

1. Der Maklervertrag ist im österreichischen Recht als solcher nicht geregelt. Lehre und Rechtsprechung haben seine Charakteristika herausgearbeitet, die nun in einem Maklergesetz festgeschrieben werden sollen. Damit wird eine Regelungslücke geschlossen, zugleich werden allgemeine, für alle Maklertypen gültige Normen geschaffen. Auf dieser Grundlage können in weiteren drei Teilen des Gesetzes Sonderbestimmungen für die Immobilienmak-

ler, die Handelsmakler einschließlich der Versicherungsvermittler und für die Personalkreditvermittler getroffen werden.

Unter den selbständig tätigen Vermittlern ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob sie von einem bestimmten Auftraggeber oder Geschäftsherrn ständig mit der Vermittlung von Rechtsgeschäften betraut sind oder nicht. Wer von einem anderen ständig mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften (ausgenommen über unbewegliche Sachen) betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt, ist Handelsvertreter. Dagegen ist für den Makler eine von einem bestimmten Geschäftsherrn rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Position typisch.

Innerhalb der Makler unterscheidet das österreichische Recht zwischen Zivilmaklern und Handelsmaklern. Die Rechtsverhältnisse der Handelsmakler sind in den §§ 93 bis 104 des Handelsgesetzbuchs geregelt, wobei diese aus dem deutschen Recht stammenden Normen vor dem Hintergrund des im deutschen BGB in den §§ 652 bis 656 geregelten Mäklervertrags zu sehen sind. Es mußten auch zur Ergänzung dieser Bestimmungen einige Regelungen des deutschen Maklervertrags in die Vierte Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch (Art. 6 Nr. 13) aufgenommen werden. Handelsmakler ist gemäß § 93 HGB (vgl. nun § 19 des Entwurfs), wer als Makler – also ohne von einem bestimmten Auftraggeber ständig betraut zu sein – gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt.

Alle anderen Makler nennt man Zivilmakler.

Die Zivilmakler sind zur Zeit noch im Handelsvertretergesetz, BGBl. Nr. 348/1921 iVm § 29 Abs. 2 des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88, „mitgeregelt“: Dies in der Form, daß § 29 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes 1921 (in der Folge HVG 1921) neun Paragraphen anführt, die nicht nur für Handelsvertreter, sondern auch für „andere Geschäftsvermittler“ gelten.

2. Im Hinblick auf das EWR-Abkommen mußte das Handelsvertretergesetz 1921 durch das Handelsvertretergesetz 1993, BGBl. Nr. 88, ersetzt werden. In den Übergangsbestimmungen wurden die für andere Geschäftsvermittler geltenden Rechtsvorschriften im Sinn des § 29 des Handelsvertretergesetzes 1921 – also die auch für Zivilmakler geltenden Bestimmungen – nicht außer Kraft gesetzt. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (578 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats XVIII. GP) heißt es dazu:

„..... § 29 sowie die darin verwiesenen Bestimmungen des bisherigen Handelsvertretergesetzes bleiben in Geltung.

Von einer Einbeziehung des Maklerrechts in das neue Handelsvertretergesetz wurde abgesehen, weil das Maklerrecht eine andere Regelungsmaterie betrifft; insbesondere das Recht der Realitätenvermittlung paßt kaum zur Regelungsentention des Handelsvertreterrechts. Wegen der erheblichen sachlichen Unterschiede von Handelsvertreterrecht einerseits und Maklerrecht, insbesondere Immobilienmaklerrecht, andererseits, soll diese Einbeziehung des Zivilmaklerrechts nicht fortgeschrieben werden“

Das geltende Zivilmaklerrecht sollte daher als Übergangsregel – bis zu einer Neugestaltung des Maklerrechts – aufrechterhalten bleiben.

Der Gesetzgeber hat sich also selbst durch diese Trennung zwischen Handelsvertreter- und Maklerrecht zu einer Regelung des Maklerrechts aufgerufen. Diese neue Situation hat sich zeitlich mit rechtspolitischen Forderungen getroffen, die im Zusammenhang mit der Diskussion um das Wohnrecht erhoben wurden: Es sind dies Forderungen nach der Beseitigung verschiedener behaupteter Mißstände bei der Berufsausübung der Immobilienmakler.

3. Im Bundesministerium für Justiz wurde daher eine Arbeitsgruppe zur Vorbereitung eines Maklergesetzes eingerichtet. Teilnehmer dieser fallweise unter Vorsitz von Sektionschef Dr. Helmuth Tades, sonst unter Vorsitz von Generalanwalt Dr. Peter Zetter tagenden Arbeitsgruppe waren:

Dr. Ulrike Assem (Landesinnung Wien der Immobilientreuhänder), Dr. Franz Aust (Österreichischer Verband der Versicherungsmakler), Dr. Gerhard Bacovsky (Wirtschaftskammer Österreich), Senatspräsident Dr. Dietrich Derbolav (Oberlandesgericht Wien, Fachgruppe Mietrecht der Richtervereinigung), Kommerzialrat Josef Edlauer (Bundesinnung der Immobilientreuhänder), Dr. Ruth Enthofer (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Direktor Rudolf Ertler (Bundesinnung der Immobilientreuhänder), Rat Dr. Christian Forster (Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten), Dr. Eduard Fürst (Bundsgremium der Versicherungsmakler und Versicherungsagenten), Univ.DoZ. Dr. Hanspeter Hanreich (Wirtschaftskammer Österreich), Dr. Rudolf Hörweg (Verband der Versicherungs-

unternehmen Österreichs), Univ.Prof. Dr. Peter Jabornegg (Universität Linz), der ein Arbeitspapier erstellte, Mag. Helene Kanta (Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs), Dr. Carl Knittl (Bundesinnung der Immobilienreuhänder), MR Dr. Walter Malousek (Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten), MR Dr. Gottfried Mayer (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Mag. Ursula Pachl (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Mag. Beate Pirker (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Dr. Jutta Repl (Bundesarbeitskammer), Ronald Riedl (Wirtschaftskammer Österreich), Mag. Walter Rosifka (Bundesarbeitskammer), Dr. Peter Rustler (Österreichischer Verband der Immobilienreuhänder), Dr. Sven Teichmeister (Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs), OKmsr. Dr. Gerhard Schuster (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Mag. Martin Vatter (Wirtschaftskammer Österreich), Veronika Zumrawi (Verein für Konsumenteninformation). Als Schriftführerin und Sachbearbeiterin nahm an den Sitzungen StA Dr. Sonja Bydlinski teil.

Inhalt:

Der Entwurf erfaßt in seinem Artikel I (MaklerG) in den 15 Paragraphen des Allgemeinen Teils die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag. Viele Bestimmungen haben ihre Vorgänger in den im § 29 des Handelsvertretergesetzes 1921 aufgezählten Paragraphen. Zum Teil wurden aber auch vornehmlich im Bereich der Immobilienvermittlung entwickelte Rechtsinstitute übernommen, wie der Alleinvermittlungsauftrag und das zweckgleichwertige Geschäft. Generell ist zu sagen, daß das Recht der Immobilienmakler, der bei weitem wichtigsten Berufsgruppe innerhalb der Zivilmakler, die Normen des Allgemeinen Teils sehr geprägt hat. Viele der zivilrechtlich relevanten Bestimmungen, die gegenwärtig in der Immobilienmaklerverordnung, BGBl. Nr. 323/1978, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 66/1994, in der Folge IMV, enthalten sind, finden sich nun im Allgemeinen Teil des Maklergesetzes. Dadurch soll nun auch der verfassungsrechtlich bedenkliche Zustand beendet werden, daß eine auf der Gewerbeordnung beruhende Verordnung – mit nur sehr allgemeiner gesetzlicher Determinierung – Normen mit zivilrechtlicher Wirkung enthält.

Die Sorgfaltspflichten der Vertragspartner werden im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung konkretisiert und damit die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erleichtert. Bei Pflichtverstößen des Maklers soll der Auftraggeber ein Mäßigungsrecht entsprechend der geringeren Verdienstlichkeit haben. Wie bisher ist beim Zivilmakler die Doppeltätigkeit nur bei ausdrücklicher Einwilligung des Auftraggebers zulässig, dem abweichenden Geschäftsgebrauch bei Immobilienmaklern wurde aber Rechnung getragen. Handelsmakler (und damit auch der Versicherungsmakler) sind dagegen grundsätzlich auch nach geltender Rechtslage als Doppelmakler tätig. Da die Doppelmaklerei Kollisionsprobleme aufwerfen kann, werden durch Aufklärungspflichten möglichst klare Verhältnisse geschaffen. Jeder Auftraggeber soll wissen, ob und in welchem Zeitpunkt der von ihm beauftragte Makler als Doppelmakler tätig ist.

Zum Abschnitt über die Immobilienmakler (Artikel I §§ 16 bis § 18 des Entwurfs MaklerG) ist zu erwähnen, daß sich die besonderen Aufklärungspflichten und die spezielle Regelung der Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen als Verbraucherschutzbestimmungen in Artikel II des Entwurfs (§ 30b und § 30c KSchG) finden. Von besonderer Bedeutung ist unter den verbleibenden Sonderbestimmungen für Immobilienmakler § 18 im Entwurf des MaklerG (Artikel I), der einige Paragraphen des Allgemeinen Teils zugunsten des Auftraggebers für zwingend erklärt.

Der Handelsmakler (§§ 19 bis 25 des Entwurfs eines MaklerG) ist derzeit im HGB in den §§ 93 bis 104 geregelt. Das Maklergesetz soll in Zukunft in seinem Allgemeinen Teil alle Maklerverhältnisse erfassen und bietet nun auch für den Handelsmakler eine bisher fehlende Grundlage, sodaß einige Spezialbestimmungen – die größtenteils aus dem HGB stammen – ausreichen, um das Handelsmaklerrecht zu regeln. Hervorzuheben ist, daß der Handelsmakler – wie bisher nach dem HGB – kraft Gesetzes als Doppelmakler tätig sein kann. Seine Auftraggeber müssen also – wie beim Immobilienmakler kraft Geschäftsgebrauchs – von einer Doppeltätigkeit ausgehen; eine abweichende Vereinbarung wäre hier die Ausnahme; in diesem Fall müßte der Makler den Dritten ausdrücklich darauf aufmerksam machen, daß er nicht als Doppelmakler, sondern als einseitiger Interessenvertreter agiert.

Auch die Versicherungsmakler sind nach überwiegender Ansicht Handelsmakler. Ihre Geschäftspraxis hat sich aber vom Handelsmaklerrecht wie auch vom allgemeinen Zivilmaklerrecht entfernt; in jahrzehntelanger Geschäftsübung wurde ein eigenes Tätigkeitsprofil und damit verbunden abweichende Regeln entwickelt, die in Österreich bisher nur in der Berufs-

ordnung der Versicherungsmakler formuliert sind. Diese Berufsordnung der österreichischen Versicherungsmakler wurde in ihrer derzeitigen Fassung am 14.9.1993 vom Bundestag der Versicherungsmakler beschlossen. Die Berufsordnung ist keine verbindliche Norm, sondern als eine Festschreibung der Verhaltensregeln und Leistungspflichten zu sehen, die üblicherweise von einem Versicherungsmakler zu erwarten sind. Sie ist bei der Vertragsauslegung als Übung des redlichen Verkehrs im Sinn des § 914 ABGB durchaus von Bedeutung. Bei einer Neuregelung des Maklerrechts kann der Gesetzgeber diese bedeutende Regelungslücke nicht übergehen, zumal diesem Berufsstand durch den Beitritt Österreichs zur EU und die Öffnung der Versicherungsmärkte im europäischen Binnenmarkt wachsende Bedeutung zukommen wird.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen zur Regelung der Rechte und Pflichten des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherungskunden einerseits und gegenüber dem Versicherer andererseits berücksichtigen weitgehend die bestehende Geschäftspraxis. Hier finden sich daher zahlreiche vom Allgemeinen Teil abweichende Sonderbestimmungen; sie ersetzen als *leges speciales* die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

Die Tätigkeit der Personalkreditvermittler ist angesichts der meist vorliegenden wirtschaftlichen Zwangslage der Kreditwerber eher für Mißbräuche anfällig als andere Vermittlungstätigkeiten. Aus diesem Grund wurde sie bereits durch die Personalkreditvermittlungsverordnung BGBl. Nr. 304/1977, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 815/1992, in der Folge PKVV, umfangreichen Ausübungsregeln unterworfen, die nun als zivilrechtliche Tatbestände formuliert wurden. Dem Schriftformgebot kommt hier eine besondere Warnfunktion zu, der schriftliche Vermittlungsvertrag soll eine umfassende Information des Kreditwerbers gewährleisten; damit in Verbindung zu sehen sind die präzisen Inhaltserfordernisse dieses Vermittlungsvertrags, die dem Kreditwerber die Konsequenzen seiner Bestrebungen vor Augen führen sollen.

Mit Artikel II werden fünf Paragraphen in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt. Besonders bedeutend ist hier das Rücktrittsrecht bei Immobiliengeschäften in § 30a KSchG. Damit soll der Überrumpelungsgefahr begegnet werden, die entsteht, wenn der am Kauf oder an der Miete einer Liegenschaft oder Wohnung interessierte Konsument schon bei der ersten Besichtigung des Objekts eine verbindliche Vertragserklärung abgeben soll.

Schon in der IMV vorgesehene besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers werden nun als zivilrechtliche Sorgfaltspflichten normiert. So muß der Immobilienmakler noch vor Abschluß des Maklervertrags dem Auftraggeber eine schriftliche Übersicht über sämtliche dem Auftraggeber durch den Geschäftsabschluß voraussichtlich erwachsende Kosten einschließlich der Höhe der Vermittlungsprovision übergeben. Weiters muß er den Auftraggeber über sämtliche Umstände informieren, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind; das Fachwissen des Immobilienmaklers soll damit dem in Immobiliengeschäften unerfahrenen Verbraucher zugute kommen.

Für gewisse Vereinbarungen stellt § 31 KSchG das Schriftformgebot auf, im zweiten Absatz dieser Bestimmung werden einige weitere Paragraphen des Maklergesetzes zugunsten von Verbrauchern für zwingend erklärt.

Kompetenz des Bundes:

Die Zuständigkeit zur Erlassung des Bundesgesetzes stützt sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

Besonderer Teil

Zu Artikel I

Zu § 1:

Wesentlich für die Tätigkeit des Maklers ist die Vermittlung von Geschäften. Unter dem im Maklerrecht allgemein üblichen Begriff des Geschäfts sind entgeltliche Rechtsgeschäfte zu verstehen. Im Unterschied zum Handelsvertreter ist der Makler nicht ständig mit der Vermittlung für einen bestimmten Auftraggeber betraut. Eine langjährige Geschäftsbeziehung zu einem bestimmten Auftraggeber ändert aber nichts an der Maklereigenschaft; dies wäre nur dann der Fall, wenn der Makler in einer ihn verpflichtenden Weise laufend mit der Vermittlung von Rechtsgeschäften betraut wäre. Da dies beim Immobilienmakler aber hin und wieder vorkommen kann, trifft § 16 Abs. 2 dazu eine Sonderregelung. Auch für den Versicherungsmakler wird in § 26 Abs. 1 zweiter Satz der Praxis Rechnung getragen.

Ein Makler ist in dieser Funktion grundsätzlich selbständig tätig.

In den Geltungsbereich des Gesetzes sollen alle Makler fallen, die gewerbsmäßigen wie die reinen Gelegenheitsmakler, die Zivilmakler wie die Handelsmakler (zur Abgrenzung vgl. Allgemeinen Teil).

Nicht erfaßt sind die Börsesensale als amtlich bestellte Geschäftsvermittler; sie werden nicht auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung tätig. Ihre Rechtsverhältnisse sind im Börsengesetz (BGBl. Nr. 555/1989, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 917/1993) bzw. im Börsensensale-Gesetz (BGBl. Nr. 3/1949, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 555/1989) geregelt. Dagegen sind die Freien Makler (vgl. § 57 Börsengesetz) Handelsmakler und fallen daher in den Anwendungsbereich des Maklergesetzes. Die Vorschriften und die Geschäftsgebräuche, die sich auf sie bezogen an der Börse entwickelt haben, sollen jedoch gemäß § 19 Abs. 2 durch das Maklergesetz unberührt bleiben.

Obwohl der Maklervertrag kein Auftragsverhältnis begründet, da der Makler grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich um die Vermittlung zu bemühen (vgl. § 4 Abs. 1), soll der Begriff Auftraggeber beibehalten bleiben, der sich im Bereich des Immobilienmaklerrechts eingebürgert hat.

Der Maklervertrag ist in der Regel ein entgeltlicher Vertrag. In die Definition wurde die „entgeltliche“ Vermittlung aber nicht aufgenommen, da beim Doppelmakler im Verhältnis zu einem Auftraggeber auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann. So kommt es z.B. in Zeiten eines starken Nachfrageüberhangs auf dem Wohnungssektor vor, daß Verkäufer oder Vermieter zu keiner Provisionszahlung bereit sind und den Makler an den zukünftigen Käufer oder Mieter als Provisionszahler verweisen. Es handelt sich hier aber nicht um Unentgeltlichkeit im Sinn von Freigebigkeit; wirtschaftlich gesehen ist es letztlich für den Gesamtpreis nicht entscheidend, wer die Maklerprovision zu zahlen hat. Auch der Versicherungsmakler erhält in aller Regel die Provision nur vom Versicherer (vgl. § 30 Abs. 1, der den bisherigen – auch internationalen – Geschäftsgebrauch festschreibt). Dabei ist zu bedenken, daß zwar juristisch der Versicherer die Courtage schuldet, daß sie aber wirtschaftlich der Versicherungsnehmer aufbringt, und zwar mit der Prämie, aus der sie bezahlt wird. Eine einseitige Unentgeltlichkeit in diesem Sinn ändert daher nichts an den wechselseitigen Rechten und Pflichten der Parteien.

Der Makler ist ein Geschäftsvermittler. Die Vermittlungstätigkeit selbst entzieht sich einer gesetzlichen Definition, da die an sie zu stellenden Anforderungen je nach Geschäftszweig und Lage des Falls sehr variieren. Selbstverständlich ist, daß der Begriff „vermitteln“ hier bedeutet, zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluß zu bewegen. Inwieweit der Makler dabei beratend und aufklärend tätig sein muß, um die Willensbildung der Parteien in Richtung eines Abschlusses des in Aussicht genommenen Geschäfts zu fördern, hängt von vielen Umständen ab, nicht zuletzt von der Geschäftserfahrung der Parteien. Möglich ist es allerdings, eine Untergrenze wie in § 6 Abs. 2 einzuziehen: Danach begründet die bloße Namhaftmachung eines Dritten grundsätzlich keinen Provisionsanspruch, sofern nicht – wie derzeit bei den Immobilienmaklern – ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht. Von einer verdienstlichen und damit provisionspflichtigen Vermittlungstätigkeit ist also jedenfalls mehr zu fordern als der bloße Nachweis einer Geschäftsgelegenheit durch Benennung des Geschäftsgegenstands und des potentiellen Vertragspartners. Vermitteln bedeutet in der Regel ein Verhandeln mit beiden Seiten, um das vom Auftraggeber beabsichtigte Geschäft herbeizuführen. Es wird des öfteren vorkommen, daß eine Art Verhandlungstätigkeit mit dem Auftraggeber bereits im Zuge der Auftragserteilung erfolgt, indem zum Beispiel der Makler überhöhte Preisvorstellungen des Auftraggebers noch ohne Zusammenhang mit einem konkreten Interessenten korrigiert; schon auf diese Weise fördert er die Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses.

Nur eine ausreichend verdienstliche Vermittlungstätigkeit, die für das Zustandekommen des Geschäfts ursächlich und adäquat ist, begründet den Provisionsanspruch. (Näheres zu § 6.) An die Vermittlungstätigkeit können vertraglich auch besondere Anforderungen gestellt werden, von deren Erfüllung dann die Verdienstlichkeit und damit der Provisionsanspruch abhängt. Falls nur der Nachweis einer Geschäftsgelegenheit den Provisionsanspruch begründen soll, müßte dies abweichend von § 6 Abs. 2 vereinbart werden, sofern nicht ein entsprechender Geschäftsgebrauch besteht. Eine solche Vereinbarung ist gemäß § 40 zwischen Personalkreditvermittler und Kreditwerber unwirksam.

Der Maklervertrag unterliegt dem Recht, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig vereinbaren (§ 35 Abs. 1 IPRG). Wenn keine ausdrückliche oder schlüssige Rechtswahl getroffen wurde und auch keine Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß die Parteien eine

bestimmte Rechtsordnung als maßgebend angenommen haben, dann ist der Vertrag § 36 IPRG zu unterstellen. Danach sind gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet, nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die andere Partei (– die also die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt –) ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; schließt sie den Vertrag als Unternehmer, so ist statt des gewöhnlichen Aufenthalts die Niederlassung maßgebend, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wird. Für die Anwendung dieser Bestimmung kommt es nicht auf das Bestehen zweier Leistungspflichten an, sondern auf den geplanten Leistungsaustausch als solchen, auch wenn er durch eine nicht geschuldete Leistung (vgl. § 4, keine Tätigkeitspflicht und keine Abschlußpflicht) ausgelöst wird, wie beim Maklervertrag (Schwimmann, Grundriß des IPR, 122). (Nicht ausjudiziert ist die Frage, ob bei einem Doppelmakler der Maklervertrag mit jener Partei, mit der Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, § 36 oder § 37 IPRG zu unterstellen ist. Am Ergebnis würde sich jedenfalls nichts ändern, da gemäß § 37 IPRG das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung des Schuldners maßgeblich ist.)

Zu § 2:

Abs. 1 geht davon aus, daß der Makler in der Regel nicht zum Abschluß und zum Inkasso bevollmächtigt ist. Eine gegenteilige Vereinbarung müßte ausdrücklich, das heißt besonders deutlich und unmißverständlich getroffen werden (vgl. E 1a zu § 901 in Dittrich-Tades, ABGB³⁴).

Diese Regelung deckt sich hinsichtlich der Abschlußbefugnis mit § 2 Abs. 1 HVertrG 1993 und hinsichtlich der Inkassovollmacht mit § 3 Abs. 1 HVertrG 1993 (vgl. die entsprechenden § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 des HVG 1921).

In der Praxis werden manche Makler von ihren Auftraggebern ermächtigt, nicht nur Verhandlungen zu führen, sondern auch Erklärungen mit Rechtswirksamkeit für den Auftraggeber entgegenzunehmen. Andererseits sind manche Auftraggeber – oder auch deren Makler – daran interessiert, die Identität eines zukünftigen Vertragspartners möglichst spät offenzulegen. Es kann daher bei einem Doppelmakler zu der Situation kommen, daß einem Auftraggeber A sein zukünftiger Vertragspartner (Auftraggeber B) nicht bekannt ist, der Makler aber berechtigt ist, Erklärungen für diesen Auftraggeber B entgegenzunehmen. Wenn diese Ermächtigung auch Erklärungen umfaßt, die zum Abschluß des Vertrags führen können, dann soll der Makler – ex lege – auch Empfänger für Erklärungen des Auftraggebers A sein, dem der Dritte (Auftraggeber B) weder bekannt ist noch bekannt sein muß. Die Erklärungen zur Wahrung der Rechte des Auftraggebers A gegenüber seinem unbekanntem (zukünftigen) Vertragspartner (Auftraggeber B) werden vor allem Erklärungen nach Vertragsschluß (Rücktrittserklärung) sein.

Zu § 3:

Vorgänger des ersten Absatzes sind § 2 Abs. 1 HVG 1921, § 5 HVertrG 1993 und § 2 IMV. In diesen Bestimmungen wird die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als Maßstab für die Interessenwahrungspflichten des Maklers aufgestellt. Nachdem die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aber für den Gelegenheitsmakler kein passendes Kriterium wäre, wurde auf die Formulierung in § 1009 ABGB zurückgegriffen, wonach der Gewalthaber verpflichtet ist, das Geschäft „emsig und redlich“ zu besorgen. Da die „Emsigkeit“ auch eine Pflicht zur Bemühung bedeuten würde, dies aber dem normalen Maklervertrag nicht entspricht, wurde dieser Begriff durch „sorgfältig“ ersetzt. Eine Konkretisierung dieser Sorgfaltspflicht erfolgt in den besonderen Abschnitten des Gesetzes – oft in Anlehnung an die IMV bzw. die PKVV und an die jeweiligen Standesrichtlinien der Berufsgruppen.

Aus dem zweiten Satz des Abs. 1 ergibt sich, daß der Gesetzgeber eine Doppeltätigkeit grundsätzlich für möglich hält. Auch in diesem Fall ist eine redliche und sorgfältige Interessenwahrung gegenüber beiden Auftraggebern gefordert, wobei sich der Makler allerdings auf einen neutralen Standpunkt zurückziehen muß. Dieser Satz ist als Appell an die Unparteilichkeit des Doppelmaklers zu verstehen, zu dessen Aufgaben unter anderem gehört, seine Auftraggeber zu informieren, sobald die Funktion als Doppelmakler eintritt. Diese spezielle Informationspflicht besteht aber in der Regel nicht, wenn der Makler kraft Gesetzes oder kraft Geschäftsgebrauchs als Doppelmakler tätig sein kann und er daher annehmen kann, daß seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist (§ 5 Abs. 3 zweiter Satz).

Hier ist zu beachten, daß gemäß der in Artikel II vorgeschlagenen Bestimmung des § 30b Abs. 1 KSchG beim Immobilienmakler ein Aufklärungsbedürfnis für diesen Geschäftsge-

brauch angenommen wird, wenn der Auftraggeber Verbraucher ist. Bei Unternehmern wird die Kenntnis dieses Geschäftsgebrauchs vorausgesetzt. Da der Auftraggeber von einer Doppeltätigkeit ausgehen muß, kann er die Funktion des Maklers von vornherein entsprechend einschätzen. Wünscht er eine vor allem seine Interessen berücksichtigende Vermittlungstätigkeit, so hat er dies mit dem Immobilienmakler oder Handelsmakler zu vereinbaren – und wahrscheinlich auch entsprechend zu honorieren. Wenn in einem solchen Fall der Handelsmakler oder der Immobilienmakler auftragsgemäß nur einseitig tätig werden sollen, haben sie dies dem Dritten mitzuteilen (vgl. Erläuterungen zu § 5 Abs. 3).

Die Möglichkeit, als Doppelmakler tätig zu sein und von beiden Parteien eine Provision lukrieren zu können, könnte den Makler dazu verleiten, seinem Auftraggeber Interessenten nicht bekanntzugeben, die sich weigern, ihrerseits mit dem Makler einen Maklervertrag zu schließen. Dieses Verschweigen von Interessenten wird in aller Regel als Verletzung der Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Auftraggeber zu beurteilen sein.

Die Pflichten des Abs. 1 umfassen Aufklärungs- und Beratungspflichten sowie Unterlassungspflichten, so vor allem die Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Gerade diese Pflicht wird aber von Informationspflichten überlagert, sobald der Makler als Doppelmakler tätig ist. Ab diesem Zeitpunkt darf er ihm vom ersten Auftraggeber anvertraute nachteilige Umstände nicht mehr für sich behalten, da er nun auch die Interessen des anderen Vertragspartners zu wahren hat.

Abs. 2 normiert eine Unterstützungspflicht des Auftraggebers. Der Makler ist bei der Ausübung seiner Tätigkeit in vielfältiger Weise von der Kooperation des Auftraggebers abhängig. Der Auftraggeber darf dem Makler für eine erfolgreiche Geschäftsanbahnung wichtige Informationen nicht vorenthalten und muß zur Kontaktaufnahme mit potentiellen Geschäftspartnern in einer ihm zumutbaren Weise bereit sein.

Der Auftraggeber verletzt berechnete Interessen des Maklers, wenn er ihm mitgeteilte Geschäftsgelegenheiten auch anderen Personen bekanntgibt. Die schuldhaftige Weitergabe kann zur Schadenersatzpflicht führen (vgl. § 3 Abs. 4 erster Satz).

Für beide Seiten ist es im Stadium der Geschäftsanbahnung besonders wichtig, daß der gegenseitige Informationsaustausch rasch und zuverlässig funktioniert. Abs. 3 stellt daher die beiderseitige Verpflichtung auf, die für die andere Seite jeweils erforderlichen Nachrichten zu geben. Für die Tätigkeit des Maklers ist auch die Nachricht erforderlich, daß der Auftraggeber das in Aussicht genommene Geschäft bereits anderweitig abgeschlossen hat oder aus anderen Gründen nicht mehr daran interessiert ist. Über den Abschluß eines vom Makler vermittelten Geschäfts hat der Auftraggeber den Makler zu informieren (vgl. dazu auch § 11 zweiter Satz).

3. Eine erforderliche Nachricht für den Auftraggeber ist die Information über die jeweilige Funktion des Maklers (vgl. auch die Erl. zu § 5 Abs. 3).

Der erste Satz des Abs. 4 entspricht allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen und dient nur der Klarstellung. Gerade im Stadium der Geschäftsanbahnung wird es oft schwer sein, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung des Maklers und einem konkreten Schaden zu beweisen. Abs. 4 zweiter Satz sieht daher als Sanktion bei einer Verletzung wesentlicher Pflichten die Mäßigung der Provision vor. In einem solchen Fall war der Makler – unabhängig von einem konkreten beweisbaren Schaden – nicht (voll) verdienstlich tätig, weshalb der Auftraggeber zu einer entsprechenden Mäßigung berechnete sein soll. Ob es sich um die Verletzung einer wesentlichen Pflicht handelt, muß im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers beurteilt werden. Der Anspruch auf Mäßigung besteht neben einem allfälligen Schadenersatzanspruch.

Mit dieser neuen Bestimmung wird es möglich, auf die Vorwerfbarkeit des Pflichtverstoßes im Einzelfall besser Bedacht nehmen zu können. Bisher konnte die Rechtsprechung nur auf der Basis eines Alles- oder Nichts-Prinzips entscheiden, indem sie bei schwerwiegenden Pflichtverstößen ohne nachweisbaren Schaden mit der „negativen Verdienstlichkeit“ operieren mußte. Durch Abs. 4 soll nun größere Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet werden.

Der Gedanke einer Verwirkung der Provision ist dem Maklerrecht nicht fremd; so verliert der Handelsmakler gemäß Abs. 4 des Art. 6 Nr. 13 EVHGB seinen Provisionsanspruch, wenn er vereinbarungswidrig auch für den Dritten tätig gewesen ist. Das Zivilmaklerrecht des deutschen BGB sieht im § 654 eine Verwirkung des Provisionsanspruchs vor („Der Anspruch auf den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“). Die deutsche Rechtsprechung hat diesen Verwirkungstatbestand auch auf andere subjektiv schwer-

wiegende Treueverletzungen ausgedehnt. Das Mäßigungsrecht des Abs. 4 beruht auf dem Gedanken einer teilweisen Verwirkung, die in schwerwiegenden Fällen bis zum Verlust des Provisionsanspruchs gehen kann.

Zur Frage der Beweislastumkehr gemäß § 1298 ABGB bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten ist auf die neuere Rechtsprechung und Lehre zu verweisen, die in Welscher, Schadenersatz statt Gewährleistung (1993), 60 ff. zusammengefaßt dargestellt ist.

Zu § 4:

Hier werden grundlegende Charakteristika des Maklervertrags – wie sie in Lehre und Rechtsprechung entwickelt wurden – festgehalten.

Der normale Maklervertrag begründet – anders als der Alleinvermittlungsauftrag (vgl. § 14) – keine Tätigkeitspflicht des Maklers.

Abs. 2 hält den Grundsatz der Abschlußfreiheit ausdrücklich fest. Der Auftraggeber bleibt stets „Herr des Geschäfts“. Eine Einschränkung der Abschlußfreiheit ist – unter dem Aspekt des Provisionsanspruchs – nur in den engen Grenzen des § 15 Abs. 1 Z 1 möglich. Schon bisher stand es nach ständiger Rechtsprechung dem Auftraggeber grundsätzlich frei, den Abschluß des vermittelten Geschäfts zu unterlassen. Einen Schadenersatzanspruch gewährte der OGH nur dann, wenn der Auftraggeber den Geschäftsabschluß zumindest ganz überwiegend in der Absicht unterlassen hat, den Vermittler um seine Provision zu bringen (OGH 11.6.1981, 7 Ob 549/81, MietSlg 33.569).

Zu § 5:

Wie das bisherige Zivilmaklerrecht geht auch dieser Entwurf eines Maklergesetzes davon aus, daß der Zivilmakler grundsätzlich nur für einen Auftraggeber tätig ist (vgl. § 5 Abs. 1 HVG 1921, nun wortgleich im § 7 HVertrG 1993).

Das Verbot des Handelsvertreterrechts betreffend alle Doppeltätigkeiten des Maklers, die ohne Einwilligung des Auftraggebers durchgeführt werden, soll aufrecht bleiben. Für den Geschäftszweig der Immobilienmakler und der Versicherungsmakler besteht allerdings ein abweichender Gebrauch. Für den Handelsmakler ist von Gesetzes wegen die Doppeltätigkeit – wie schon bisher – der Regelfall (vgl. § 20 Abs. 1).

Beim Handelsmakler war bisher nach Abs. 4 des Art. 6 Nr. 13 EVHGB eine vertragswidrige Doppeltätigkeit des Maklers in der Form sanktioniert, daß der Makler seinen Provisionsanspruch und seinen etwaigen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen verwirkte. Diese Regelung entstammt § 654 BGB.

Es ist unzweifelhaft, daß die Doppeltätigkeit beim Vermittlungsmakler problematischer ist als beim reinen Nachweismakler. Die Einwilligung des Auftraggebers zu einer Doppeltätigkeit muß daher ausdrücklich, das heißt in einer Irrtum und Zweifel ausschließenden Form erfolgen. Für diese ausdrückliche Einwilligung ist der Makler beweispflichtig, der sohin im eigenen Interesse in der Regel eine schriftliche Zustimmungserklärung verlangen sollte.

Aus Gründen der Übereinstimmung mit dem erst kürzlich novellierten Handelsvertreterrecht übernimmt der vorliegende Entwurf die in § 7 Abs. 2 HVertrG 1993 vorgezeichnete Sanktion. Daß der Makler auch seinen Provisionsanspruch ganz oder teilweise verwirken kann, ergibt sich aus § 3 Abs. 4 zweiter Satz, auf den § 5 Abs. 2 hinweist.

Nach Abs. 3 hat der Makler jeden Auftraggeber zu informieren, sobald er als Doppelmakler tätig ist. Dieser Zeitpunkt ist nämlich durchaus von rechtlicher Relevanz, da er die Funktion des Maklers verändert: Er ist nicht mehr einseitiger Interessensvertreter seines Auftraggebers, sondern hat die Interessen beider Auftraggeber zu berücksichtigen, wobei er sich auf einen neutralen Vermittlerstandpunkt zurückziehen muß. Bei Maklern, die wie der Handelsmakler kraft Gesetzes oder wie der Immobilienmakler kraft Geschäftsgebrauchs als Doppelmakler tätig sind, wird der Auftraggeber aber ohnehin kaum mit einer einseitigen Interessenvertretung zu seinen Gunsten rechnen. In der Regel wird daher bei diesen Doppelmaklern die Mitteilungspflicht gemäß § 5 Abs. 3 entfallen.

Um aber in diesen Fällen das Vertrauen des Dritten, mit dem der Makler zwecks Geschäftsanbahnung Kontakt aufnimmt, zu schützen, sehen § 17 und § 20 Abs. 2 spiegelbildlich eine entsprechende Aufklärung vor: Sowohl der Immobilienmakler als auch der Handelsmakler haben es dem Dritten mitzuteilen, wenn sie auftragsgemäß nur für einen Auftraggeber tätig sind.

Zu § 6:

Typisch für den Maklervertrag ist das in Abs. 1 festgeschriebene Erfolgsprinzip. Der Makler wird grundsätzlich nicht tätigkeitsbezogen entlohnt, sondern nur für den Fall, daß durch seine Vermittlungstätigkeit das in Aussicht genommene Geschäft zustandekommt. Ein Vertrag mit einem Makler, der eine tätigkeitsbezogene Entlohnung vorsieht, wäre demnach kein Maklervertrag, sondern müßte nach den Regeln des Auftragsvertrags beurteilt werden. Mit den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs hat sich Jabornegg, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644 ff., auseinandergesetzt. Jabornegg zählt dort sechs Punkte als Voraussetzungen für den Provisionsanspruch auf:

- „1. Es muß ein Vermittlungsvertrag (ein Maklervertrag) vorliegen;
2. Der Makler muß eine dem Maklervertrag gemäße ausreichend verdienstliche Vermittlungstätigkeit entfaltet haben („Verdienstlichkeit“);
3. Das nach dem Vermittlungsvertrag zu vermittelnde Geschäft muß tatsächlich zustande gekommen sein („Vermittlungserfolg“);
4. Zwischen verdienstlicher Vermittlungstätigkeit und Geschäftsabschluß muß ein Kausalzusammenhang bestehen („Kausalität“);
5. Die Vermittlungstätigkeit des Maklers darf für das letztlich zustandegekommene Geschäft nicht völlig inadäquat gewesen sein („Adäquanz“);
6. Das vermittelte Geschäft muß entweder wirklich ausgeführt worden sein oder deshalb nicht ausgeführt worden sein, weil auf Seite des vermittelten Dritten wichtige Gründe vorliegen.“

Vier dieser sechs Voraussetzungen werden in Abs. 1 unmittelbar aufgegriffen: auf Grund eines Maklervertrags muß der Makler eine verdienstliche Tätigkeit entfaltet haben, durch die das vermittelte Geschäft zustande gekommen ist. Daß die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit für den Geschäftsabschluß auch adäquat gewesen sein muß, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen für die rechtlich relevante Kausalität. Die Frage der Ausführung des Geschäfts ist im § 7 Abs. 2 besonders geregelt.

Die Bestimmung des Abs. 2 betrifft die Verdienstlichkeit. Darunter ist die mindestens zu entfaltende Vermittlungstätigkeit des Maklers zu verstehen. Grundsätzlich ist sie nur dann verdienstlich, wenn sie über die bloße Namhaftmachung eines Dritten hinausgeht. Die reine Bekanntgabe einer Geschäftsgelegenheit begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht zulässigerweise (vgl. aber § 40) Gegenteiliges vereinbart wurde oder – wie beim gewerblich tätigen Immobilienmakler – ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht. Davon zu unterscheiden ist der Verkauf von Adressen durch sogenannte Adressenbüros. Ein dadurch zustande gekommenes Geschäft führt schon mangels Maklervertrags zu keinem Provisionsanspruch.

In der Praxis kommt es vor, daß Immobilienmakler sich auf private Zeitungsanzeigen hin als Wohnungssuchende ausgeben und sich nicht als Makler deklarieren. So kann es ihnen gelingen, eine Geschäftsgelegenheit ausfindig zu machen, die sie dann einem Dritten vermitteln. Wenn sie mit diesem Dritten einen Maklervertrag geschlossen haben, so genügt es für das Entstehen ihres Provisionsanspruchs, wenn sie ihrem Auftraggeber die so ausgeforschte Geschäftsgelegenheit mitteilen, und es in der Folge zu einem Geschäftsabschluß kommt. Es wurde erörtert, ob in solchen Fällen nicht der Provisionsanspruch des Maklers entfallen sollte. Aus zivilrechtlicher Sicht kann es aber im Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber nicht relevant sein, auf welche Art und Weise sich der Makler Kenntnis von einer Geschäftsgelegenheit verschafft hat. Im Verhältnis zum Auftraggeber kann der Makler allein durch die Namhaftmachung einer Geschäftsgelegenheit verdienstlich tätig sein, sodaß ihm – unter der Voraussetzung, daß ein Maklervertrag geschlossen wurde – die vereinbarte oder ortsübliche Provision zusteht. Dabei spielt der Aufwand, den der Makler zur Herbeiführung des Geschäftsabschlusses hatte, grundsätzlich keine Rolle. Gegenüber der Partei, die ein Objekt auf privatem Weg gesucht oder angeboten hat, besteht mangels Maklervertrags ohnehin kein Provisionsanspruch.

Der Immobilienmakler verhält sich standeswidrig, wenn er eine Geschäftsgelegenheit ohne Einverständnis des Verfügungsberechtigten vermittelt (vgl. § 4 Abs. 1 Z 1 IMV).

Entgegen dem Geschäftsgebrauch kann freilich vertraglich auch beim Immobilienmakler der Provisionsanspruch von einer Vermittlungstätigkeit abhängig gemacht werden, die über die bloße Bekanntgabe der Geschäftsgelegenheit hinausgeht.

In Abs. 3 wird das von der Judikatur entwickelte Institut des zweckgleichwertigen Geschäfts aufgegriffen. Nach herrschender Auffassung mußte schon nach der bisherigen Rechtslage das abgeschlossene Geschäft dem aufgetragenen nicht in allen Punkten entsprechen, auch

bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit war ein Vermittlungserfolg anzunehmen. Wirtschaftliche Gleichwertigkeit kann nicht nur vorliegen, wenn statt eines ursprünglich in Aussicht genommenen Kaufes schließlich ein Mietvertrag zustandekommt, sondern auch, wenn der Geschäftsabschluß mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person erfolgt, in deren Interesse der Auftrag erteilt wurde (vgl. OGH 27.4.1987, 1 Ob 597/87, MietSlg 39.706).

Über die Grenzen der Zweckgleichwertigkeit im Sinn des Abs. 3 hinaus kann gemäß § 15 Abs. 1 Z 2 vereinbart werden, daß der Auftraggeber provisionspflichtig wird, wenn mit dem vermittelten Dritten ein anderes als das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft zustandekommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt.

Die Bestimmung des Abs. 4 erster Satz ist eine Verdeutlichung des sich schon aus § 1 ergebenden Grundsatzes, daß der Makler Geschäfte mit Dritten vermittelt. Ein Eigengeschäft kann prinzipiell – mangels Vermittlungstätigkeit – keine Provisionspflicht auslösen. Damit Umgehungsversuche verhindert und wirtschaftliche Verflechtungen besser erfaßt werden können, wird im zweiten Satz ausdrücklich normiert, daß hier auf den wirtschaftlichen Zweck des jeweiligen Geschäfts für den Makler abzustellen ist.

Bei einer Vermittlungstätigkeit für Angehörige des Maklers wird für die Qualifikation als Eigengeschäft sowohl die Nähe der Verwandtschaft und die Intensität der Beziehung als auch der Zweck des jeweiligen Geschäfts zu prüfen sein. Ein jedenfalls unter Abs. 4 dritter Satz zu subsumierender Fall liegt vor, wenn ein Immobilienmakler einen Kaufvertrag mit seiner Ehegattin betreffend ein Haus vermittelt, in dem beide Ehegatten zu wohnen gedenken. Bei konzernmäßiger Abhängigkeit zwischen Makler und vermitteltem Dritten wird es von der Intensität der wirtschaftlichen Verflechtung abhängen, ob ein Provisionsanspruch entsteht.

Davon zu unterscheiden ist hier – wie bei der familiären „Verflechtung“ – die Frage, ob angesichts der möglichen Interessenkollision eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit entfaltet werden kann. In Fällen, in denen das vermittelte Geschäft seinem wirtschaftlichen Zweck nach zwar nicht einem Abschluß durch den Makler gleichkommt, aber dennoch enge Beziehungen zu einer Partei des Geschäfts vorliegen (wie z.B. auch beim Verhältnis zwischen Hausverwalter und Eigentümer), muß der Makler diese Nahebeziehung zum vermittelten Dritten dem Auftraggeber offenlegen, um seinen Provisionsanspruch zu wahren. Wenn der Auftraggeber auch unter diesen Umständen mit der weiteren Vermittlungstätigkeit des Maklers einverstanden ist, kann von einer vertragsgemäß verdienstlichen Tätigkeit des Maklers ausgegangen werden. So kann zum Beispiel der makelnde Hausverwalter seinen Provisionsanspruch gegenüber einem zukünftigen Mieter dadurch wahren, daß er auf seine Stellung als Hausverwalter hinweist und damit sein Naheverhältnis zum vermittelten Dritten offenlegt. Beim Hausverwalter, der zugleich als Makler eine von ihm verwaltete Wohnung vermittelt, bleibt trotz dieser Hinweispflicht das Unbehagen bestehen, welches neben der möglichen Interessenkollision durch das größere Naheverhältnis zum Hauseigentümer noch andere Ursachen hat: von Konsumenten- und Mieterschutzseite wird vorgebracht, daß die Vermietung freier Wohnungen ohnehin zur Aufgabe eines Hausverwalters gehöre und die daneben entfaltete Tätigkeit als Makler schon durch das Hausverwalterhonorar abgedeckt sei. Die Provisionsforderung des makelnden Hausverwalters verteuere die Wohnungssuche zusätzlich. Dazu ist zu sagen, daß eine gesetzliche Regelung, wonach bei Zusammentreffen von Hausverwalter- und Maklertätigkeit kein Provisionsanspruch bestehen solle, nicht zielführend wäre, sondern daß dem in aller Regel geringeren Aufwand des Maklers, der zugleich Hausverwalter ist, am besten durch entsprechend herabgesetzte Provisionshöchsätze in der Immobilienmaklerverordnung Rechnung getragen werden könnte. Diese Herabsetzung soll allerdings nur dem typischerweise geringeren Aufwand bei der Vermittlung Rechnung tragen, die Pflicht zur Wahrung auch der Interessen des Wohnungsinteressenten bleibt unberührt. Eine Vernachlässigung dieser Pflicht – besonders auf Grund einer zu engen Bindung an die andere Vertragspartei – wäre eine Pflichtverletzung im Sinn des § 3 Abs. 4 MaklerG, die in gravierenden Fällen auch zum gänzlichen Provisionsentfall führen kann (vgl. dazu OGH vom 29.10.1985, 4 Ob 366/85, SZ 58/157).

Entsprechend der Überlegung, beim Verbrauchergeschäft die Schriftlichkeit des zum Erhalt des Provisionsanspruchs erforderlichen Hinweises auf ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten zu verlangen, wurde daher im Artikel II (§ 30b KSchG zweiter Satz) die Schriftlichkeit der Hinweispflicht (gemäß § 6 Abs. 4 dritter Satz MaklerG) normiert; sie soll den Kunden eines Maklers vor möglichen Interessenkollisionen warnen.

Der Abs. 5 greift die bisher nur im § 8 Abs. 4 IMV vorhandene Regelung für den Fall der verdienstlichen Vermittlungstätigkeit mehrerer Makler auf. Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß der beauftragte Makler die Hilfstätigkeit eines weiteren Maklers, also eines Untermaklers in Anspruch nimmt. Dieser Untermakler ist für den Auftraggeber als Erfüllungshilfe des beauftragten Maklers anzusehen. Nur für das Innenverhältnis zwischen dem beauftragten Makler und dem beziehungsweise den von ihm beigezogenen Berufskollegen ist relevant, ob ein Gemeinschaftsgeschäft im Sinn eines Metageschäfts vorliegt, bei dem Gewinn und Verlust unter den Geschäftspartnern gleichmäßig verteilt wird (vgl. OGH 16.12.1986, 1 Ob 700/86, MietSlg 38.730). Die Bundesinnung der Immobilien- und Vermögenstreuhand hat „Gemeinsame Richtlinien für den Verkehr mit Berufskollegen“ herausgegeben, die im Punkt 3 das Gemeinschaftsgeschäft – allerdings ohne normative Wirkung – behandeln. Gemeinsame Auftragsbearbeitung wird in Form von sogenannten Immobilienbörsen vorgenommen. Ein gesetzliches Regelungsbedürfnis für diese und andere Formen der Zusammenarbeit ist nicht gegeben.

Geregelt wird im Abs. 5 sohin nur der Fall, daß einem Auftraggeber zwei oder mehrere Makler gegenüberstehen, die aus einem mit dem Auftraggeber geschlossenen Maklervertrag provisionsberechtigt sind, weil sie eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit entfaltet haben. Abs. 5 schützt den Auftraggeber davor, die Provision mehrmals zahlen zu müssen. Er schuldet sie grundsätzlich nur dem Makler, dessen Verdienstlichkeit eindeutig überwogen hat. Anders als nach § 8 Abs. 4 IMV soll es aber bei gleicher Verdienstlichkeit nicht darauf ankommen, welcher Makler als erster den Partner des Rechtsgeschäfts benannt hat. Dieses zur Beurteilung der Verdienstlichkeit im Grunde wenig aussagekräftige Kriterium hat der OGH bisher so ausgelegt, daß die Nennung des Vertragspartners wörtlich zu verstehen sei. Es sollte daher nicht auf das Kennenlernen der Geschäftsgelegenheit durch Übermittlung von Unterlagen oder Besichtigung der Liegenschaft ankommen, sondern auf die individuelle Bezeichnung des Vertragspartners (OGH 13.5.1987, 1 Ob 539/87, MietSlg 39.711). Dagegen sieht nun der dritte Satz des Abs. 5 vor, daß die Provision je nach Verdienstlichkeit aufzuteilen ist, im Zweifel zu gleichen Teilen. Diese Regelung erspart dem Auftraggeber weitgehend Auseinandersetzungen über die richtige Aufteilung der Provision: Sofern er ohne grobe Fahrlässigkeit einem beteiligten Makler zu viel an Provision bezahlt hat, kann sich der dadurch verkürzte Makler nur mehr an die anderen Makler halten, der Auftraggeber ist von seiner Schuld auch im Betrag der Überzahlung befreit. Der Auftraggeber hat gemäß § 3 Abs. 3 anderen beteiligten Maklern darüber Auskunft zu geben, an welchen Makler er bereits Provision gezahlt hat.

Es wird sich für den Auftraggeber dennoch empfehlen, vor einer Provisionszahlung unter Einbeziehung aller Anspruchsberechtigten eine Einigung zu versuchen. Im Zweifel besteht auch die Möglichkeit, die Provision gemäß § 1425 ABGB gerichtlich zu hinterlegen.

Für Versicherungsmakler gilt die Sonderbestimmung des § 30 Abs. 3, wonach eine überwiegende Verdienstlichkeit bei dem Versicherungsmakler vorliegt, der den vom Versicherungskunden unterfertigten Antrag an den Versicherer weitergeleitet hat.

Zu § 7:

Abs. 1 definiert im ersten Satz das schon im § 6 Abs. 1 aufgestellte Tatbestandselement des Zustandekommens eines Geschäfts mit dem Begriff der Rechtswirksamkeit. Zugleich enthält Abs. 1 eine zeitliche Komponente, der Provisionsanspruch entsteht danach zugleich mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Daraus ergibt sich, daß ein aufschiebend bedingtes, z.B. von einer behördlichen Genehmigung abhängiges Geschäft den Provisionsanspruch noch nicht auslöst. Wenn aber der bedingte Vertrag vor Eintritt der Bedingung aufgelöst wird, ist der Provisionsanspruch dennoch erworben, wenn der Makler beweist, daß die Bedingung eingetreten wäre (vgl. OGH 26.2.1980, MietSlg. 32.585). Einer aufschiebenden Bedingung kommt es auch gleich, wenn die Rechtsbeständigkeit des Vertrags in ähnlicher Weise unsicher bleibt. Ein der aufschiebenden Bedingung vergleichbarer Schwebezustand liegt etwa vor, wenn vertraglich ein vorbehaltloses Rücktrittsrecht eingeräumt wurde. Anders als in § 652 BGB und Abs. 1 zweiter Satz des Art. 6 Nr. 13 EVHGB erscheint es daher nicht erforderlich, ausdrücklich den ohnehin offensichtlichen Fall zu regeln, wonach bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts unter einer aufschiebenden Bedingung der Provisionsanspruch erst bei deren Eintritt erworben wird.

Diffiziler ist die Frage nach dem Entstehen oder Wegfall des Provisionsanspruchs bei unter auflösender Bedingung geschlossenen Verträgen. Hier wird dem OGH zu folgen sein, der in

seiner Entscheidung vom 26.6.1985, SZ 58/111, darauf abgestellt hat, ob der vermittelte Vertrag für den Auftraggeber trotz Eintritts der auflösenden Bedingung wirtschaftlich von Wert war. Auch in der Lehre wird überwiegend dahingehend differenziert, ob das auflösend bedingte Hauptgeschäft einem unbedingten wirtschaftlich gleichzuhalten ist. Die Provision sei insbesondere dann rückforderbar, wenn die auflösende Bedingung praktisch einer aufschiebenden gleichkomme. War sohin das später durch Bedingungseintritt aufgelöste Rechtsgeschäft für den Auftraggeber von Nutzen, so kann er die schon bei rechtswirksamem Vertragsabschluß fällige Provision nicht zurückfordern. Ohne wirtschaftlichen Nutzen wird es darauf ankommen, ob der Auftraggeber den Eintritt der auflösenden Bedingung im Sinn des Abs. 2 zu vertreten hat. Wenn dies nicht der Fall war, entfällt der Provisionsanspruch nachträglich.

Nach dem zweiten Satz des Abs. 1 hat der Makler angesichts der Ungewißheit, ob er ein Rechtsgeschäft vermitteln wird, keinen Anspruch auf eine Anzahlung auf die Provision. Diese dispositive Bestimmung erlangt besondere Bedeutung durch § 18 bzw. § 40. Danach können Immobilienmakler und Personalkreditvermittler unter anderem keine von § 7 abweichenden Vereinbarungen zu Lasten des Auftraggebers treffen und sohin auch keine Vorschußzahlung vereinbaren.

Abs. 2 ist eine Nachfolgebestimmung zu dem bisher für Zivilmakler geltenden § 6 Abs. 3 HVG 1921. Dessen Inhalt findet sich nun modifiziert im § 9 Abs. 3 HVertrG 1993 wieder. Diese Bestimmung kann auch für den Maklervertrag inhaltlich unverändert übernommen werden. Vom Auftraggeber wird dabei verlangt, alle zumutbaren Schritte zu unternehmen, um seinen Vertragspartner zur Ausführung des Geschäfts zu veranlassen. Die Beurteilung der Zumutbarkeit muß im Einzelfall der Rechtsprechung überlassen bleiben. Wie bisher kann das – unter Umständen – auch die Klagsführung gegen den leistungsunwilligen Vertragspartner bedeuten. Bei berechtigten Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Dritten wird dem Auftraggeber aber eine Klagsführung nicht zumutbar sein (vgl. Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht [1987], 289 ff.).

Zu § 8:

Der erste Satz des Abs. 1 greift die Regelung des § 11 Abs. 1 HVG 1921 auf, wonach sich die Provisionshöhe mangels Vereinbarung nach der Ortsüblichkeit richtet (nunmehr § 10 Abs. 1 HVertrG 1993). Maßgeblich ist die am Sitz des Maklers ortsübliche Provision. Diese Bestimmung wird durch die subsidiäre Regelung des zweiten Satzes ergänzt, wonach eine angemessene Provision zu leisten ist, wenn die ortsübliche Provision nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten festgestellt werden könnte. Diese Wendung entspricht § 273 Abs. 1 erster Satz ZPO. Dem Kriterium der Ortsüblichkeit wird gegenüber jenem der Angemessenheit der Vorrang gegeben, weil damit die Höhe der Provision leichter feststellbar ist und die ortsübliche Provision im allgemeinen nicht unangemessen sein wird. Nach der bisherigen Rechtslage kam nur dann ein Rückgriff auf die angemessene Provision in Betracht, wenn keine ortsübliche Provision bestand. Der zweite Satz stellt nicht auf das Bestehen, sondern auf die Feststellbarkeit einer Ortsüblichkeit ab; wenn sie schwer festzustellen ist, kann eine – im Streitfall vom Richter gemäß § 273 ZPO festzusetzende – angemessene Provision bestimmt werden.

Abs. 2 knüpft an die Regelung des § 11 Abs. 2 HVG 1921 an (vgl. auch § 10 Abs. 2 erster Satz HVertrG 1993).

Abs. 3 verallgemeinert die bisher im § 8 Abs. 5 IMV enthaltene Bestimmung, die vor allem auf nach dem § 27 MRG unzulässige Ablösen abzielte, für alle Maklerverträge.

Für die Frage der Provisionshöhe ist auf § 917a ABGB hinzuweisen; danach ist eine Entgeltvereinbarung soweit unwirksam, als sie ein gesetzlich bestimmtes Höchstmaß überschreitet. Unter einem Gesetz im Sinn des § 917a ABGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinn zu verstehen, es genügt eine allgemeine Regelung in Vollziehung der Gesetze und damit eine Verordnung (vgl. SZ 59/65). Provisionsbegrenzungen enthalten die §§ 10 ff der IMV und § 7 Abs. 4 der PKVV.

Zu § 9:

Der erste Satz ist praktisch wortgleich mit § 12 Abs. 1 HVG 1921 und § 13 Abs. 1 HVertrG 1993. Er ist allerdings nur für den als selbständigen Kaufmann tätigen Makler von Bedeutung, da der private Gelegenheitsmakler ohnehin keinen Geschäftsbetrieb und daher von

vornherein keine allgemeinen Kosten und Aufwendungen hat. Grundsätzlich soll dem Makler aus dem Maklervertrag kein Anspruch auf Auslagenersatz zustehen.

Wenn der Auftraggeber aber besondere Zusatzaufträge erteilt, so kann dafür eine Ersatzpflicht vereinbart werden. Typischer Fall eines Zusatzauftrages ist etwa ein besonders aufwendiges Inserat. Für diese Vereinbarung ist gefordert, daß sie ausdrücklich zu schließen ist. Der Begriff „ausdrücklich“ ist hier im Sinn von deutlich erkennbar (wie in § 901 und § 1353 ABGB, vgl. EvBl. 1979/2) zu verstehen und nicht etwa als Gegenteil des Begriffs „stillschweigend“.

Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen berücksichtigt das Interesse des Maklers, sich in jenen Fällen abzusichern, in denen er für zusätzliche Aufträge auch besondere Aufwendungen hatte. In solchen Fällen könnte es eine unbillige Härte darstellen, daß ein Provisionsanspruch nur bei erfolgreicher Vermittlung zusteht.

Gemäß Artikel II (§ 31 Abs. 1 Z 1 KSchG) muß die Vereinbarung mit dem Verbraucher hinsichtlich des Ersatzes von Aufwendungen auf Grund von zusätzlichen Aufträgen nicht nur ausdrücklich, sondern auch schriftlich erfolgen.

Zu § 10:

Aus § 7 Abs. 1 ergibt sich, daß der Provisionsanspruch mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts entsteht. Die Fälligkeit soll an keine weiteren Voraussetzungen, insbesondere nicht an eine Abrechnung, geknüpft sein. Die entsprechenden Bestimmungen des Handelsvertreterrechts wurden nicht übernommen, da eine Abrechnung beim Gelegenheitsmakler unüblich ist. Nach diesen Bestimmungen wäre der Unternehmer, also der Auftraggeber und nicht der Makler, zur Abrechnung verpflichtet.

Die Abrechnungspflicht ist auf den gewerbsmäßig tätigen Handelsvertreter zugeschnitten und wäre bei vielen Maklervertragsverhältnissen nicht sachgerecht; so wäre es z.B. dem Kunden eines Immobilienmaklers in der Regel nicht zumutbar, eine Abrechnung zu legen.

Die Bestimmung ist nicht zwingend, die Parteien können daher abweichende Vereinbarungen über die Fälligkeit der Provision und den Ersatz von Aufwendungen treffen.

Zu § 11:

Eine Verjährungsregelung ist erforderlich, da Forderungen aus Maklerverträgen in der Aufzählung des § 1486 ABGB nicht enthalten sind und daher nur dann die dreijährige Verjährungsfrist anzuwenden wäre, wenn die Forderung aus sonstigen Leistungen in einem gewerblichen, kaufmännischen oder sonstigen geschäftlichen Betrieb stammt. Die Provisionsansprüche der Gelegenheitsmakler würden ohne die Bestimmung des § 11 sohin erst in 30 Jahren verjähren.

Der zweite Satz soll den Makler, der vom Geschäftsabschluß nicht erfahren konnte, vor dem Verlust seines Provisionsanspruchs durch Verjährung schützen. Auf Grund der gegenseitigen Interessenwahrungspflicht, speziell der Benachrichtigungspflicht gemäß § 3 Abs. 3, muß der Auftraggeber den Makler vom Abschluß eines erfolgreich vermittelten Geschäfts informieren.

Derzeit ist für Zivilmakler die Verjährung in § 29 Abs. 2 HVertrG 1993 iVm § 17 HVG 1921 geregelt und an die Abrechnung geknüpft, die aber – wie zu § 10 ausgeführt – im MaklerG nicht mehr vorgesehen ist.

Zu § 12:

Der auf bestimmte Zeit geschlossene Maklervertrag kann wie andere Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden. Ein wichtiger die vorzeitige Auflösung rechtfertigender Grund liegt immer dann vor, wenn das Vertrauensverhältnis zum Vertragspartner so schwer gestört ist, daß eine Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (vgl. Würth in Rummel, Kommentar zum ABGB, Rz 2 und 3 zu § 1118). Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn der Makler unzulässigerweise als Doppelmakler tätig ist. Die Auflösung erfolgt durch außergerichtliche Erklärung (EvBl. 1966/376). Da weder der Makler noch der Auftraggeber in ihrem Vertrauen auf den Weiterbestand des Vertrags besonders geschützt werden müssen, ist eine Fristsetzung nicht erforderlich.

Zu § 13:

Bei unbefristeter Vertragsdauer ist jederzeit eine fristlose Kündigung möglich. Schikanös wäre die Ausübung dieser Kündigungsmöglichkeit dann, wenn sie der Auftraggeber unmit-

telbar nach dem Nachweis einer Geschäftsgelegenheit durch den Makler einsetzt, ohne daß der Makler noch Gelegenheit zur Entfaltung einer Vermittlungstätigkeit gehabt hat. Kommt es in einem solchen Fall nach Beendigung des Maklervertrags zu einem Geschäftsabschluß, kann der Auftraggeber (insbesondere wegen treuwidriger Verhinderung des Eintritts einer ihm nachteiligen Bedingung oder aus einem sonstigen Rechtstitel) provisionspflichtig sein. Eine solche mißbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts wird allerdings den Immobilienmakler weniger treffen, da er kraft Geschäftsgebrauchs seinen Provisionsanspruch durch bloße Namhaftmachung des Dritten erwerben kann.

Zu § 14:

Der Alleinvermittlungsauftrag hat sich im Bereich der Immobilienvermittlung herausgebildet, kommt aber auch in anderen Geschäftszweigen vor. Der Alleinvermittlungsauftrag war bisher gesetzlich nicht geregelt. Er unterscheidet sich vom „schlichten“ Maklervertrag vor allem dadurch, daß sich der Auftraggeber verpflichtet, für eine bestimmte Zeit keinen anderen Makler zu betrauen, wodurch sich die Erfolgsaussichten des alleinbeauftragten Maklers erhöhen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Makler zur Tätigkeit für den Auftraggeber. § 15 Abs. 2 ermöglicht dem alleinbeauftragten Makler in Anlehnung an § 9 Abs. 1 Z 1 IMV für bestimmte Fallgestaltungen spezielle Sanktionsmöglichkeiten durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe bzw. eines pauschalierten Aufwendersatzes (vgl. auch § 30d KSchG in Art. II).

Der Begriff der „angemessenen Dauer“ wird in § 35 und in § 30c KSchG durch eine gesetzliche Höchstfrist für bestimmte Geschäfte ersetzt. Nach allgemeinen Regeln ist wie bei jedem Dauerschuldverhältnis eine vorzeitige Beendigung des Alleinvermittlungsauftrags aus wichtigem Grund möglich. Ein wichtiger Grund wird vorliegen, wenn sich der Makler als untätig oder unverlässlich erweist, sodaß die Interessen des Auftraggebers bei einem Festhalten am Vertrag gefährdet wären.

Zu § 15:

Zulässige Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs sind schon in der IMV geregelt. Da diese Vereinbarungen nicht nur im Bereich der Immobilienmakler denkbar sind, wurden sie in den Allgemeinen Teil des MaklerG übernommen.

Diesen vom Gesetzgeber vorgezeichneten Provisionsvereinbarungen liegt der Gedanke zugrunde, daß dem Makler eine leicht geltend zu machende Entschädigung für vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers oder ein Ersatz für seine Aufwendungen und Mühewaltung ermöglicht werden soll. Die Vereinbarungen haben in der Regel die Funktion einer Vertragsstrafe (vgl. Erläuterungen zu Abs. 3).

§ 15 ist insofern zwingender Natur, als andere als die hier angeführten „Provisionsvereinbarungen“ nicht wirksam getroffen werden können.

In jedem Maklervertrag sind die in Abs. 1 Z 1 bis Z 4 angeführten Zusatzvereinbarungen möglich.

Die Z 1 enthält in modifizierter Form den Regelungsinhalt der Z 2 des § 9 Abs. 1 IMV. Die dort genannte Vereitelung des Rechtsgeschäfts wird nun aber konkreter formuliert: der Auftraggeber muß entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf wider Treu und Glauben einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt unterlassen haben. Aus dem Tatbestandselement „entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf“ ist zu schließen, daß diese überraschende Weigerung, das vermittelte Geschäft abzuschließen, erst relevant ist, wenn sie in einem eher späten Verhandlungsstadium ohne beachtenswerten Grund erfolgt. Ein solcher Grund für die überraschende Weigerung darf nicht darin liegen, nur den Maklervertrag nicht erfüllen zu wollen. Beachtenswert ist ein Grund aber auch, wenn er in der Privatsphäre des Auftraggebers liegt und von subjektiven Erwägungen getragen ist. Z 2 gibt dem Makler die Möglichkeit, sich den Provisionsanspruch auch in Fällen zu sichern, in denen Vertragsgegenstand und/oder Vertragsart vom ursprünglich beabsichtigten Geschäft so weit abweichen, daß auch kein zweckgleichwertiges Geschäft im Sinn des § 6 Abs. 3 mehr vorliegt. Die Bestimmung wird in der Praxis vor allem für die oft nicht eindeutig zu beantwortende Frage relevant sein, ob die Grenzen der Zweckgleichwertigkeit überschritten wurden. In diesen Fällen wird auf die ortsübliche Provision zurückzugreifen sein, wenn die Provision nicht als Prozentsatz des Entgelts vereinbart wurde. Oft wird man aber auch davon ausgehen können, daß schon im Zuge der Verhandlungen der Vertragsgegenstand des Maklervertrags konkludent geändert wurde, eine Vereinbarung gemäß Z 2 kann dem

Makler aber Beweisschwierigkeiten ersparen. Eine ähnliche Bestimmung findet sich schon in der IMV (vgl. § 9 Abs. 1 Z 4). Der zweite Halbsatz ist durch deren Aufnahme in den Allgemeinen Teil des MaklerG nun notwendig geworden; die hier ermöglichte Provisionsvereinbarung soll nicht auch für ein vollkommen anderes (nicht zum Tätigkeitsbereich des Maklers gehörendes) Geschäft als das im Maklervertrag bezeichnete gelten, mit dessen – zufälliger – Vermittlung der Auftraggeber nicht rechnen konnte. Wenn zum Beispiel ein Kunsthändler schließlich nicht den gewünschten Biedermeier-Tisch, sondern einen Gebrauchtwagen vermittelt, soll er dafür auf Grund einer Vereinbarung gemäß Z 2 keinen Provisionsanspruch haben. Anders zu beurteilen wäre der Fall, wenn die Parteien nachträglich – vielleicht nur konkludent – auch einen auf die Vermittlung eines Personenkraftwagens gerichteten Maklervertrag geschlossen hätten.

Die Z 3 betrifft Fälle der (insbesondere vertragswidrigen) Weitergabe von Informationen. Der Makler muß die Tatsache der Informationsweitergabe beweisen (vgl. bisher § 9 Abs. 1 Z 5 IMV und § 3 Abs. 2).

Bei den Tatbeständen der Z 4 handelt es sich um Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrechte auf Grund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen, wie sie bisher schon in § 9 Abs. 1 Z 3 IMV bestanden haben.

Vereinbarungen gemäß Abs. 2 sind nur beim Alleinvermittlungsauftrag möglich; diese Bestimmungen gehen auf § 9 Abs. 1 Z 1 lit. a und b IMV zurück. Die Fälle der vertragswidrigen vorzeitigen Auflösung des Alleinvermittlungsauftrags (Z 1) und des Vertragsschlusses auf Grund der Tätigkeit eines anderen vom Auftraggeber eingeschalteten Maklers (Z 2) sanktionieren vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers mit einer Konventionalstrafe in Höhe der sonst verdienten Provision.

Auch für den Fall, daß der Auftraggeber „auf andere Art“, also ohne die Tätigkeit des alleinbeauftragten oder die eines anderen von ihm beauftragten Maklers, den Abschluß des beabsichtigten Rechtsgeschäfts (auf Grund eigener Aktivitäten oder zufällig) zustandebringt, sieht Z 3 vor, daß eine Zahlung bis zur Höhe der Provision vereinbart werden kann. Wie bisher in der IMV macht es im Allgemeinen Teil des MaklerG keinen Unterschied, ob der Auftraggeber das im Alleinvermittlungsauftrag bezeichnete Rechtsgeschäft mit oder ohne Hilfe eines anderen Maklers geschlossen hat (vgl. § 9 Abs. 1 Z 1 lit. b IMV); für beide Fälle kann die volle Provision vereinbart werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß es für den Makler unter Umständen äußerst schwierig ist zu beweisen, daß ein Geschäftsabschluß auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist.

Im Verbrauchergeschäft soll aber berücksichtigt werden, daß sich der Auftraggeber im Alleinvermittlungsauftrag nur verpflichtet, keinen anderen Makler zu beauftragen (vgl. § 14 Abs. 1). Der Geschäftsabschluß ohne Einschaltung eines Maklers ist grundsätzlich nicht als Vertragsverletzung zu werten und soll den Verbraucher finanziell weniger belasten; für diesen Fall sieht daher der in Artikel II vorgeschlagene § 30d KSchG vor, daß -abweichend von der Z 3 des § 15 Abs. 2 – nur die Bezahlung der halben Provision vereinbart werden kann. Dies gilt allerdings nur für Objekte im Sinn des § 30a Abs. 1 KSchG.

Abs. 3 normiert, daß die nach § 15 möglichen Provisionsvereinbarungen als Vereinbarung eines Vergütungsbetrags im Sinn des § 1336 ABGB gelten und damit dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegen sollen. Gemäß § 348 iVm § 351 HGB kann allerdings eine von einem Vollkaufmann „im Betriebe seines Handelsgewerbes“ versprochene Vertragsstrafe nicht gemäßigt werden. Ein Verzicht auf die richterliche Mäßigung ist ungültig (EvBl. 1982/38).

Zu § 16:

Die Begriffsumschreibung dieser Bestimmung faßt die bisher im § 1 Abs. 1 der IMV aufgezählten Geschäfte zusammen. Auch Hypothekendarlehen sind als Geschäfte über unbewegliche Sachen anzusehen.

Da die ständige Betrauung durch einen Auftraggeber beim Immobilienmakler in der Praxis vorkommt und dieser Makler dann nicht von der Begriffsbestimmung des § 1 erfaßt wäre, trifft der erste Halbsatz des zweiten Absatzes eine Ausnahmeregelung, um eine ansonst bestehende Regelungslücke zu schließen.

Zum Schutz der Kunden von Immobilienmaklern, die nicht gewerbsmäßig, sondern nur gelegentlich entgeltlich tätig sind, bestimmt die zweite Alternative des Abs. 2, daß auch auf diese Makler die für Immobilienmakler geltenden Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden sind. Damit kommen vor allem Verbrauchern die in Artikel II vorgeschlagenen Schutzbe-

stimmungen und Aufklärungspflichten zugute. Zur Frage der entgeltlichen Tätigkeit wird auf die Erl. zu § 1 verwiesen.

Für beide in Abs. 2 erfaßten Fälle, also den ständig betrauten und den nur gelegentlich entgeltlich tätigen Immobilienmakler, gelten damit auch die allgemeinen Bestimmungen des Maklergesetzes. Für den bloß gelegentlich tätigen Immobilienmakler ist dies ohnehin selbstverständlich. Ein von einem Auftraggeber ständig betrauter Makler fällt aber nur als Immobilienmakler (oder als Versicherungsmakler gemäß § 26 Abs. 1) unter das MaklerG.

Hervorzuheben ist beim Immobilienmakler, daß nach derzeitigem Geschäftsgebrauch die Namhaftmachung einer Geschäftsgelegenheit den Provisionsanspruch begründen kann. Vertraglich kann mit dem Immobilienmakler aber vereinbart werden, daß die Namhaftmachung des Dritten keine ausreichend verdienstliche Tätigkeit ist und daher keinen Provisionsanspruch begründet. Meist wird aber der Immobilienmakler ohnehin im eigenen Interesse am Geschäftsabschluß eine Vermittlungstätigkeit entfalten. Der erwähnte Geschäftsgebrauch schützt die Immobilienmakler davor, daß sie vom Auftraggeber nach der Namhaftmachung des Dritten von einer Vermittlungstätigkeit bewußt ausgeschlossen und so um ihren Provisionsanspruch gebracht werden könnten.

Wenn der Immobilienmakler nur eine Geschäftsgelegenheit namhaft macht, sind seine Sorgfaltspflichten in der Regel weniger gefordert als bei einer engagierten Vermittlungstätigkeit. Aber auch bei der Namhaftmachung wird er den Auftraggeber jedenfalls über alle ihm erkennbaren Vor- und Nachteile des Objekts zu informieren haben.

Zu § 17:

Die hier normierte Aufklärungspflicht hat folgende Warnfunktion: Ein von einem Immobilienmakler kontaktierter potentieller Vertragspartner geht in der Regel davon aus, daß der Immobilienmakler als Doppelmakler tätig sein kann und daher auch mit ihm einen Maklervertrag anstreben wird (vgl. Erl. zu § 5 Abs. 1). Wenn der Makler aber vereinbarungsgemäß einseitiger Interessenvertreter einer Partei zu bleiben hat, soll er dies dem Dritten unverzüglich mitteilen müssen. Damit soll dem zukünftigen Vertragspartner des Auftraggebers von allem Anfang an klar sein, daß er es nicht mehr mit einem neutralen Doppelmakler zu tun hat. Eine parallele Bestimmung findet sich in § 20 Abs. 2 für den Handelsmakler.

Zu § 18:

Zum Schutz des Auftraggebers werden mit dieser Bestimmung einige Normen des allgemeinen Teils zugunsten des Auftraggebers einseitig für zwingend erklärt. Das bedeutet zum Beispiel, daß der Immobilienmakler rechtswirksam keinen Vorschuß auf die Provision vereinbaren kann. Weitergehende Zwingendstellungen finden sich zugunsten von Verbrauchern in Art. II, § 31 Abs. 2 KSchG.

Zwingendes Recht enthalten aber auch § 15 und § 30d KSchG, da andere als die dort geregelten Fälle von Provisionsvereinbarungen nicht rechtswirksam getroffen werden können. Zwingenden Charakter hat auch § 14, wonach Alleinvermittlungsaufträge nur auf angemessene Dauer geschlossen werden können. Zwingend ist weiters die Befristung des Kreditvermittlungsvertrags in § 35 MaklerG und die in § 30c KSchG geregelte Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen beim Verbrauchergeschäft.

Zu Artikel II

Zu § 30a KSchG:

Mit dem hier vorgeschlagenen Rücktrittsrecht bei Immobiliengeschäften soll die von Konsumentenschutzseite immer wieder beklagte Überrumpelung beim Besichtigungstermin verhindert werden.

Folgender typischer Sachverhalt rechtfertigt diese Bestimmung:

Bei einem von einem Immobilienmakler organisierten Besichtigungstermin – an dem gerade bei Mietwohnungen angesichts der starken Nachfrage oft mehrere Wohnungssuchende zugleich teilnehmen – wird der Interessent veranlaßt, sofort ein Anbot zu unterfertigen, das der Makler dann seinem Auftraggeber, dem Vermieter oder Verkäufer, überbringt. Oft wird bei diesem Besichtigungstermin auch erst der Maklervertrag geschlossen; Interessent und Makler hatten vorher meist keinen oder nur kurzen telefonischen Kontakt aus Anlaß eines Inse-

Der neuen Bestimmung liegt die Wertung zugrunde, daß der bei der ersten Besichtigung eines bisher unbekanntes Objekts möglicherweise ausgeübte Druck zu einer raschen Entscheidung eine Überrumpelungssituation schafft, die der im § 3 KSchG bei einem Haustürgeschäft typischerweise anzunehmenden Überrumpelung gleichzuhalten ist.

Das Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG in dem oben geschilderten Sachverhalt ist gemäß Abs. 3 Z 1 ausgeschlossen, da der Verbraucher durch die Kontaktaufnahme mit dem Makler oder direkt mit dem Verkäufer oder Vermieter „selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer oder dessen Beauftragten zwecks Schließung dieses Vertrages angebahnt hat“.

Im Fall des § 3 Abs. 3 Z 1 KSchG ging der Gesetzgeber davon aus, daß bei Anbahnung durch den Verbraucher eine Überrumpelungsgefahr nicht vorliegt. Diese Überlegung ist für die meisten Verbrauchergeschäfte zutreffend, da sich der Konsument vor der Anbahnung schon Gedanken über Nützlichkeit, Wirtschaftlichkeit und Finanzierbarkeit des Vertragsgegenstands gemacht haben wird.

Anders liegt der Fall jedoch bei Immobilien: selbst wenn der Verbraucher das Geschäft angebahnt hat, kann er ohne Kenntnis des konkreten Objekts zunächst nur Überlegungen über seine Wohnbedürfnisse und seine finanziellen Möglichkeiten anstellen. Es liegt aber in der Natur des Immobiliengeschäfts, daß erst nach der Besichtigung des Objekts alle positiven und negativen Aspekte abgewogen werden können. Wenn dem Interessenten die Entscheidung aber sofort bei der ersten Besichtigung abverlangt wird, ist typischerweise von einer Überrumpelungsgefahr auszugehen. Neben dieser Eigenart von Immobiliengeschäften, die sie von den sonst typischen Verbrauchergeschäften wesentlich unterscheidet, ist noch der finanzielle Aspekt zu bedenken: Schon die Miete, besonders aber der Kauf einer Liegenschaft oder Wohnung ist in der Regel eine einschneidende wirtschaftliche Entscheidung. Für einen großen Teil der Bevölkerung ist der Kauf einer Eigentumswohnung die größte Anschaffung des Lebens; sie belastet die finanziellen Kräfte nachhaltig. Auch aus diesem Grund soll der Gesetzgeber der Gefahr einer Überrumpelung Rechnung tragen.

Nach dem vorgeschlagenen § 30a KSchG soll der Verbraucher immer dann von seiner Vertragserklärung über das angebotene Objekt zurücktreten können, wenn er sie bei der ersten Besichtigung abgegeben hat. Um allzu leichte Umgehungsmöglichkeiten zu unterbinden, wird der für die Frage des Rücktritts relevante Zeitraum nicht nur auf den Besichtigungstermin selbst begrenzt, sondern auf den Tag der ersten Besichtigung ausgedehnt.

Der letzte Halbsatz des Abs. 1 enthält eine gravierende Einschränkung des Rücktrittsrechts. Ein Rücktritt ist nur dann möglich, wenn mit dem Geschäft ein Objekt gemietet oder gekauft wird, das der „Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Verbrauchers oder eines nahen Angehörigen dienen soll“. Mit der Wendung „dienen soll“ wird zum Ausdruck gebracht, daß das „dringende Wohnbedürfnis“ in die Zukunft projiziert zu beurteilen ist. Es kommt also nicht darauf an, ob der Verbraucher oder ein naher Angehöriger, für den das Objekt erworben werden soll, zum Zeitpunkt seiner Vertragserklärung ein bestehendes dringendes Wohnbedürfnis nicht befriedigen kann, sondern ob der Erwerber des gegenständlichen Objekts an diesem ein dringendes Wohnbedürfnis haben wird. Bei der Auslegung dieses aus dem Mietrecht stammenden Begriffs des „dringenden Wohnbedürfnisses“ kann auf die dazu ergangene mietrechtliche Judikatur zurückgegriffen werden. Ziel der Bestimmung ist es, jene Objekte auszuschneiden, an denen der Auftraggeber oder sein naher Angehöriger in Zukunft kein dringendes Wohnbedürfnis im Sinn des MRG hätten. Dies sind also vor allem Freizeitwohnsitze und Anlageobjekte. Auch zum Begriff des nahen Angehörigen wird der in § 14 Abs. 3 MRG, BGBl. Nr. 520/1981, genannte Personenkreis maßgeblich sein. Nicht vom Rücktrittsrecht erfaßt sollen Vertragserklärungen sein, die auf den Kauf einer Eigentumswohnung oder eines Hauses mit einer Vertragssumme von über 3 Millionen S gerichtet sind. Diese Betragsgrenze erscheint angebracht, um jene Objekte zu erfassen, bei denen es schon bei der ersten Besichtigung zu einer unbedachten Vertragserklärung des Verbrauchers kommen kann. Unter „Gesamtkaufpreis“ ist die insgesamt dem Veräußerer zufließende Summe unter Einrechnung einer eventuellen Anzahlung oder von Raten zu verstehen.

Obwohl in der Regel die oben beschriebene Überrumpelungssituation durch das Einschreiten eines professionellen Vermittlers, also eines Immobilienmaklers, geschaffen wird, kann unter Umständen ein in Immobiliengeschäften versierter sonstiger Unternehmer, aber auch ein erfahrener Verbraucher auf „Abgeberseite“ dieselbe Situation schaffen. Wenn kein Makler eingeschritten ist, wird es für den Käufer oder Mieter in der Regel allerdings leichter sein, sein Anbot ohne rechtliche Konsequenzen zurückzunehmen, da Verkäufer oder Vermieter

sich nicht an einen von Anfang an unzuverlässigen Vertragspartner binden wollen. In vielen Fällen wird das Provisionsinteresse des Maklers dafür ausschlaggebend sein, daß dem Interessenten kein Widerruf seines Anbots bzw. keine gütliche Auflösung des bereits zustandekommenen Vertrags zugebilligt wird. Da es aber auch ohne Einschreiten eines Maklers zu vergleichbaren Situationen kommen kann, etwa wenn der private Verkäufer einer Eigentumswohnung mit einem Interessenten den Vertragsinhalt mit einem für ihn besonders günstigen Preis schon bei der ersten Besichtigung vereinbart hat, soll der Rücktritt immer dann möglich sein, wenn ein Verbraucher diese Vertragserklärung – wem immer gegenüber – abgibt. Daher soll die Bestimmung in das III. Hauptstück des KSchG eingebaut werden, da dort nicht nur Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmern geregelt sind. Bei Immobiliengeschäften soll daher nun auch im Verhältnis zwischen Verbraucher und Verbraucher ein Rücktrittsrecht bestehen. Entscheidend soll nur sein, ob der die Liegenschaft oder Wohnung besichtigende Vertragspartner Verbraucher oder Unternehmer im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 KSchG ist. Gerechtfertigt ist diese Differenzierung durch die typischerweise größere Unerfahrenheit eines Verbrauchers bei Immobiliengeschäften. Irrelevant soll hier wie allgemein im Konsumentenschutzrecht bleiben (vgl. Welser in JBl. 1980, 2 f. und EvBl. 1981/189), ob der Interessent seinerseits einen Unternehmer mit seiner Vertretung oder der Vermittlung beauftragt hat; in diesen Fällen wird es allerdings ohnehin nur selten zu überstürzten Vertragserklärungen und damit zu Rücktritten kommen. Grundsätzlich soll jedenfalls der Konsument durch die Einschaltung eines professionellen Vertreters oder Vermittlers nicht schlechter gestellt sein.

Anders als nach § 3 soll die Rücktrittsfrist nicht erst mit dem Zustandekommen des Vertrags, also der Annahmeerklärung zum Anbot des Verbrauchers, zu laufen beginnen, sondern schon mit der Vertragserklärung des Verbrauchers. Das soll es dem Abgeber oder dem Makler ermöglichen, alle bei einem Besichtigungstermin abgegebenen Vertragserklärungen zunächst zu sammeln, den Ablauf der Rücktrittsfrist abzuwarten und dann eines der Angebote anzunehmen, von denen der Erklärende nicht zurückgetreten ist. Die angemessene Frist im Sinn des § 6 Abs. 1 Z 1, bis zu deren Ablauf der Verbraucher an seine Vertragserklärung gebunden bleiben soll, wird also etwa zwei Wochen betragen, um nach Ablauf der Rücktrittsfrist dem Abgeber oder dem Makler noch hinreichend Zeit für seine Annahmeerklärung zu geben.

Für den Regelfall des von einem Makler organisierten Besichtigungstermins ergibt sich aus dem zweiten Satz des Abs. 2, daß die Rücktrittserklärung auch an den Makler gerichtet werden kann. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verbraucher seinerseits mit diesem Makler einen Maklervertrag geschlossen hat. Dadurch kann der Makler sehr rasch auf den Rücktritt reagieren und weitere Vermittlungstätigkeiten entfalten. Es handelt sich um eine gesetzliche Empfangsvollmacht des die Liegenschaft oder Wohnung anbietenden Maklers für die Rücktrittserklärung.

Da der Kauf- oder Mietinteressent den Maklervertrag in der Regel im Hinblick auf das besichtigte Objekt geschlossen hat, soll die Rücktrittserklärung auch für den Maklervertrag gelten, wenn der Verbraucher zugleich mit seiner Vertragserklärung betreffend das Objekt auch eine auf Abschluß des Maklervertrags gerichtete Erklärung abgegeben hat.

Den Vertragspartner des Verbrauchers und den eingeschalteten Makler trifft die Obliegenheit, dem Verbraucher eine Zweitschrift seiner Vertragserklärung betreffend die angebotene Liegenschaft oder Wohnung und eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht auszufolgen. Erst mit der – allenfalls späteren -Ausfolgung beginnt die Frist zu laufen. Geschieht dies überhaupt nicht, und wird daher die Rücktrittsfrist nicht ausgelöst, so erlischt das Rücktrittsrecht nach einem Monat. Diese Bestimmung soll auch einen Druck zur Schriftform für die Vertragserklärung des Interessenten ausüben, ohne die Schriftform aber zum Gültigkeitserfordernis zu erheben. Die dem in Immobiliengeschäften meist unerfahrenen Verbraucher ausgehändigte Zweitschrift erleichtert diesem die Beurteilung der Situation und die Einholung sachverständiger Beratung.

Abs. 4 soll verhindern, daß der Makler oder der Verkäufer oder Vermieter im Hinblick auf den beabsichtigten Vertrag eine Zahlung entgegennimmt, obwohl der Verbraucher von diesem Vertrag noch zurücktreten kann. Eine dennoch erfolgte Zahlung kann zurückgefordert werden.

Das Verbot einer Anzahlung auf die Provision ergibt sich schon aus § 7 Abs. 1 zweiter Satz MaklerG, der gemäß § 18 MaklerG zum Nachteil des Auftraggebers nicht abbedungen wer-

den kann. Abs. 4 ermöglicht aber durchaus die Vereinbarung einer Anzahlung, die erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist zu leisten ist.

Abs. 5 ist auf Grund des in Abs. 1 genannten Betrags von 3 Millionen S erforderlich. Die hier vorgesehene Wertanpassung soll gewährleisten, daß das Rücktrittsrecht nicht von Preissteigerungen „eingeholt“ wird.

Zu § 30b:

Vorbild des Abs. 1 ist § 4 Abs. 1 Z 5 IMV. Die Bestimmung konkretisiert die Sorgfaltspflicht des Maklers gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 3 MaklerG auch für das vorvertragliche Stadium. Die Wendung „vor Abschluß des Maklervertrags“ ist so zu verstehen, daß der Auftraggeber spätestens bis zu diesem Zeitpunkt über die in der Folge angeführten Kostenpunkte aufgeklärt sein muß. Diese zielen darauf ab, dem Konsumenten die typischerweise mit einem Immobiliengeschäft verbundenen Nebenkosten vor Augen zu führen. Da Geschäfte über Immobilien in der Regel große – oft existentielle – Bedeutung haben, ist diese besondere Betonung der Aufklärungspflicht gerechtfertigt. Dem Verbraucher sollen nicht nur die Kosten des Maklervertrags durch die gesondert auszuweisende Vermittlungsprovision, sondern auch die auf ihn zukommenden sonstigen finanziellen Belastungen vor Augen geführt werden, die er bei dem angestrebten Geschäftsabschluß zu erwarten hat. Zu diesen Belastungen gehören sämtliche durch die geplante Transaktion anfallenden Kosten, wie z.B. beim Kauf eines Hauses die Kosten der Vertragserrichtung, die Grunderwerbssteuer und die Eintragungsgebühr. Dem Immobilienmakler ist es aber auch zuzumuten, einen Verkäufer auf die drohende Besteuerung des Spekulationsgewinns hinzuweisen. Eine weitergehende steuerliche Beratung, die auch eine umfassendere Kenntnis der sonstigen finanziellen Umstände eines Auftraggebers voraussetzen würde, kann vom Immobilienmakler in der Regel nicht verlangt werden. Wenn er aber eine über den konkreten Geschäftsfall hinausgehende Beratung vornimmt, hat er auch dafür zu haften. Zu den voraussichtlich erwachsenden Kosten gehört auch die auf Grund der erforderlichen Kredite zu erwartende Dauerbelastung. Falls der Immobilienmakler zugleich mit einem Kaufvertrag auch ein Hypothekendarlehen vermittelt, ergibt sich eine genaue Informationspflicht über die dadurch entstehende Belastung ohnehin aus diesem zweiten Vermittlungsvertrag. Aber auch für nicht vermittelte Kredite hat der Makler seinem Kunden einen Überblick über die voraussichtlichen Kreditkosten zu geben, hier wird der Spielraum für die Richtigkeit dieser Einschätzung aber etwas weiter anzusetzen sein. Die dem Verbraucher auszufolgende schriftliche Übersicht über alle voraussichtlich zu erwartenden Kosten muß auch einen Hinweis auf den Geschäftsgebrauch der Immobilienmakler enthalten, wonach sie auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers als Doppelmakler tätig sein können. Auch diese Hinweispflicht auf den derzeit bestehenden Geschäftsgebrauch besteht nur gegenüber Verbrauchern, beim Unternehmer wird diese Kenntnis vorausgesetzt. Unabhängig davon kann sowohl Unternehmern als auch Verbrauchern gegenüber eine Aufklärungspflicht gemäß § 17 MaklerG bestehen, wenn der Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Partei tätig werden soll. Es ist nicht auszuschließen, daß ein Auftraggeber darauf Wert legt, daß der von ihm beauftragte Makler als sein Interessenvertreter tätig bleibt und nicht auch mit dem potentiellen Vertragspartner einen Maklervertrag schließt. In einem solchen Fall – der nach der derzeitigen Praxis eher die Ausnahme ist – erübrigt sich der Hinweis auf den Geschäftsgebrauch der Doppelmakerei. Zwischen Abschluß des Maklervertrags und Abschluß des im Maklervertrag bezeichneten Geschäfts kann ein erheblicher Zeitraum liegen. Die in der schriftlichen Übersicht enthaltenen Informationen können überholt sein. Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse – die für die Entscheidung des Verbrauchers ausschlaggebend sein kann – hat der Immobilienmakler die Übersicht richtigzustellen. Spätestens muß dies vor einer Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft erfolgen, um nicht die in § 3 Abs. 4 MaklerG vorgesehenen Sanktionen auszulösen.

Die Aussage in Abs. 1 erster Satz betreffend den Hinweis auf die Maklereigenschaft soll Streitfälle zur Frage, ob ein Maklervertrag konkludent zustande gekommen ist, möglichst hintanhaltend. Im zweiten Satz soll durch die im zweiten Halbsatz geforderte Schriftlichkeit des Hinweises nach § 6 Abs. 4 dritter Satz MaklerG sichergestellt werden, daß dem Verbraucher das familiäre oder wirtschaftliche Naheverhältnis zwischen Makler und dem zu vermittelten Dritten bewußt wird.

Abs. 2 normiert eine weitere konkrete Sorgfaltspflicht des Immobilienmaklers:

Er hat seinem Auftraggeber alle Umstände mitzuteilen, die für die Beurteilung des vermittelten Geschäfts wesentlich sind. Diese Bestimmung spricht die Fachkenntnis des Immobilienmaklers an, der hier seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen hat. Vorbild der Regelung ist § 4 Abs. 1 Z 13 IMV; darin sind als für die Beurteilung wesentliche Kriterien beispielsweise die Beschaffenheit des Hauses oder der Wohnung und Immissionen von einem Nachbargrundstück genannt; gemeint sind hier somit vor allem jene Umstände, die dem Auftraggeber als Laien nicht erkennbar sind.

Zu § 30c:

Gemäß § 14 Abs. 2 MaklerG können Alleinvermittlungsaufträge nur befristet auf angemessene Dauer geschlossen werden; der Auftraggeber soll nicht zu lange an einen Makler gebunden bleiben. Abs. 1 ersetzt die „angemessene Dauer“ durch eine Höchstfrist für bestimmte von Immobilienmaklern mit Verbrauchern geschlossene Alleinvermittlungsaufträge. Sie beträgt drei Monate für Bestand- und Nutzungsverträge über Wohnungen und sechs Monate für Kaufverträge über Wohnungen, Einfamilienhäuser und zum Bau von Einfamilienhäusern geeignete Grundstücke.

Abs. 2 will besonderen Umständen Rechnung tragen, die die Vermittlung wesentlich erschweren oder verzögern. Diese können in der Natur des zu vermittelnden Rechtsgeschäfts liegen. So wird etwa bei der Vermittlung von Ferienwohnungen, für die nur ein von der jeweiligen Saison abhängiges Interesse besteht, eine über die gesetzlichen Höchstfristen von drei Monaten für die Vermietung bzw. sechs Monaten für den Verkauf hinausgehende Frist vereinbart werden können.

Zu § 30d:

Wie in den Erläuterungen zu § 15 Abs. 2 MaklerG ausgeführt, ist beim Alleinvermittlungsauftrag (vgl. § 14 Abs. 1 MaklerG) in einem „Eigengeschäft“ des Auftraggebers grundsätzlich kein vertragswidriges Verhalten zu sehen, da er sich im Alleinvermittlungsauftrag nur verpflichtet, während dessen Dauer keinen anderen Makler mit der Vermittlung desselben Geschäfts zu betrauen. Im Verbrauchergeschäft soll daher die Höhe der gemäß § 15 Abs. 2 Z 3 MaklerG möglichen Provisionsvereinbarung mit der Hälfte der vereinbarten oder ortsüblichen Provision begrenzt werden. In dieser Vereinbarung kann festgelegt werden, daß dem Verbraucher der Beweis dafür obliegt, daß das Geschäft nicht durch die Vermittlungstätigkeit eines anderen vom Verbraucher beauftragten Maklers zustandegekommen ist. Mit der Wendung „auf andere Art“ sind vor allem die Fälle erfaßt, in denen der Auftraggeber durch eigene Initiative oder durch Zufall das gewünschte Geschäft zustandebringt.

Eine solche Vereinbarung muß nach § 31 Abs. 1 Z 3 KSchG ausdrücklich und schriftlich getroffen werden. Die Zahlungspflicht gilt gemäß § 15 Abs. 3 MaklerG als Vergütungsbetrag im Sinn des § 1336 ABGB und unterliegt daher dem richterlichen Mäßigungsrecht. Ein Verzicht auf die richterliche Mäßigung ist ungültig (EvBl. 1982/38).

Zu § 31:

In einem Maklervertrag mit einem Verbraucher sollen die in Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Vereinbarungen ausdrücklich und schriftlich erfolgen müssen. Sie betreffen besonders einschneidende Gestaltungen des Vertragsverhältnisses zwischen einem Verbraucher und einem Makler. Bei bloß mündlichen Vereinbarungen können Irrtümer, Überraschungen oder falsche Vorstellungen über die besonderen Vertragsinhalte bei in der Regel nicht rechtskundigen Verbrauchern verursacht werden. Um dies und auch allfällige Beweisprobleme zu vermeiden, werden im Verbrauchergeschäft diese besonderen Formvorschriften statuiert. Der Begriff „ausdrücklich“ ist hier im Sinn von deutlich erkennbar (wie in § 901 und § 1353 ABGB, vgl. EvBl. 1979/2) zu verstehen und nicht als Gegenteil des Begriffs „stillschweigend“.

In Abs. 2 werden jene Bestimmungen des MaklerG angeführt, die im Verbrauchergeschäft zugunsten von Konsumenten der Parteiendisposition entzogen sein sollen. Bei Z 4 des § 28 handelt es sich um die Pflicht des Versicherungsmaklers, die Versicherungsbedingungen, eine Kopie der Vertragserklärung und die Versicherungspolizze auszuhändigen. Z 5 betrifft die Verpflichtung zur Prüfung der Polizze.

Zu Artikel III

Nach Abs. 2 sollen die Bestimmungen des Artikels I und des Artikels II auf Maklerverträge anzuwenden sein, die nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geschlossen werden. Für Versicherungsmakler wurde aber in Abs. 3 angesichts der regelmäßig bestehenden Pflicht

zu einer weiteren Betreuung des Kunden eine Übergangsregelung in Form eines Stichtags getroffen.

Die Übergangsbestimmung in Abs. 4 für das in Artikel II vorgeschlagene Rücktrittsrecht gemäß § 30a KSchG bedeutet, daß Verbraucher ab dem Inkrafttreten des Gesetzes von Vertragserklärungen zurücktreten können, die sie bei der ersten Besichtigung einer Wohnung oder Liegenschaft abgegeben haben.

§ 31 KSchG in der bisherigen Fassung wird inhaltlich unverändert in § 39 MaklerG (Artikel I) übernommen.

Mit Abs. 5 werden die bisher für Zivilmakler (Z 1) und Handelsmakler (Z 2) geltenden Bestimmungen aufgehoben. Sie werden durch die in Artikel I vorgeschlagenen Bestimmungen des neuen MaklerG ersetzt.

Abs. 6 ist eine dynamische Verweisung, Abs. 7 enthält eine Transformationsklausel.

Mit Abs. 8 wird der aus dem deutschen Rechtskreis stammende Begriff des „Handelsmaklers“ nun generell durch den „Handelsmakler“ ersetzt.

LITERATURVERZEICHNIS

- Assem/Knittel*, Rechtsprechung zum Maklerrecht Teil IV, ÖJZ 2003/17, 312
- Eberhardt*, Die Verdienstlichkeit des Maklers, *ecolex* 2011, 284
- Fromherz*, Der Zivilmaklervertrag (1988)
- Fromherz*, Kommentar zum MaklerG (1997)
- Fromherz*, Zur sogenannten „Verdienstlichkeit“ der Maklertätigkeit für das abgeschlossene Geschäft, JBI 1990, 150
- Gartner/Karandi*, Kurzkomentar Maklergesetz (MaklerG)² (2013)
- Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht⁶ (2012)
- Jabornegg*, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987) 587.
- Jabornegg*, Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht (1997)
- Jabornegg*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644.
- Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2² (1978)
- Knittel/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2011)
- Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers im Bieterverfahren, *immolex* 2009, 356
- Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 1), *immolex* 2011, 288
- Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil 2), *immolex* 2011, 320
- Kothbauer*, Zur Verdienstlichkeit des Maklers, *immolex* 2013, 224
- Markl/Prader*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, *immolex* 2011, 202.
- Nocker*, Handelsvertretervertrag (2000)
- Noss*, Maklerrecht³ (2010)
- Ostermeyer/Schuster*, Maklerrecht (1996)
- Palandt* (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch⁷³ (2014)
- Prader*, Entscheidungen zum Immobilienmaklerrecht (2012)
- Roth*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV⁶ (2012)
- Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000)
- S. Bydlinski*, Das Maklergesetz: und die Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes durch das Bundesgesetz BGBl 1996/262 mit Auszügen aus der Regierungsvorlage und erläuternden Anmerkungen (1996)
- Schwimmann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ (2006)
- Staudinger/Reuter*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen (2010)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMM	Bruttomonatsmiete
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
E	Entscheidung
Erl	Erläuterung(en)
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
f / ff	folgende / fort folgende
FN	Fußnote
G	Gesetz
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
grds	grundsätzlich
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
HVG	Handelsvertretergesetz 1921
HVertrG	Handelsvertretergesetz 1993
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
ImmVO	Immobilienmaklerverordnung 1978
IMV	Immobilienmaklerverordnung 1996
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des, der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit

iZm	in Zusammenhang mit
JB	Juristische Blätter
Kap	Kapitel(n)
KSChG	Konsumentenschutzgesetz
krit	kritisch
lit	litera
Lit	Literatur
MaklerG	Maklergesetz
MRG	Mietrechtsgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖVI	Österreichischer Verband der Immobilientreuhänder
Rn	Randnummer
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
s	siehe
S	Seite
Slg	Sammlung
sog	so genannt(e, er, es)
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
tlw	teilweise
ua	unter anderem, und andere
USt	Umsatzsteuer
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
uva	und viele andere
va	vor allem
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil

ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG

▪ Österreichische Judikatur:

OGH 23.01.2014, 6 Ob 207/13d
OGH 16.07.2013, 5 Ob 256/12a
OGH 20.09.2012, 2 Ob 202/11m
OGH 05.05.2012, 2 Ob 91/10m
OGH 30.04.2012, 9 Ob 12/12y
OGH 23.03.2012, 1 Ob 42/12a
OGH 30.08.2011, 10 Ob 50/11t
OGH 15.07.2011, 8 Ob 68/11z
OGH 05.05.2011, 2 Ob 91/10m
OGH 13.03.2011, 5 Ob 48/01x
OGH 21.12.2010, 8 Ob 130/10s
OGH 19.05.2010, 8 Ob 46/10p
OGH 24.09.2009, 4 Ob 23/09z
OGH 02.09.2009, 7 Ob 157/09b
OGH 25.03.2009, 3 Ob 22/09w
OGH 24.03.2009, 4 Ob 23/09z
OGH 20.03.2007, 10 Ob 26/07g
OGH 16.03.2007, 6 Ob 246/05b
OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k
OGH 23.11.2006, 8 ObA 65/06a
OGH 21.11.2006, 4 Ob 139/06d
OGH 21.09.2006, 2 Ob 80/05m
OGH 30.08.2006, 7 Ob 174/06y
OGH 30.08.2006, 7 Ob 169/06p
OGH 16.05.2006, 5 Ob 9/06v
OGH 09.03.2006, 6 Ob 47/06i
OGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d
OGH 21.12.2005, 7 Ob 145/05g
OGH 23.11.2005, 9 Ob 115/04h
OGH 06.06.2005, 9 Ob 129/04t
OGH 24.05.2005, 4 Ob 73/05x
OGH 28.02.2005, 5 Ob 182/04g

OGH 25.01.2005, 1 Ob 98/04a
OGH 15.12.2004, 9 Ob 57/04d
OGH 26.08.2004, 3 Ob 184/04m
OGH 17.05.2004, 1 Ob 99/04x
OGH 16.03.2004, 4 Ob 35/04g
OGH 02.09.2003, 1 Ob 304/02s
OGH 08.07.2003, 5 Ob 120/03p
OGH 30.06.2003, 7 Ob 116/03i
OGH 26.06.2003, 6 Ob 241/02p
OGH 21.05.2003, 9 Ob 47/03g
OGH 29.01.2003, 7 Ob 267/02v
OGH 30.09.2002, 1 Ob 209/02w
OGH 19.09.2002, 3 Ob 293/01m
OGH 02.07.2002, 8 Ob 33/02i
OGH 20.06.2002, 2 Ob 122/01g
OGH 28.05.2002, 4 Ob 100/02p
OGH 13.03.2002, 4 Ob 37/02y
OGH 20.02.2002, 2 Ob 122/01g
OGH 11.12.2001, 5 Ob 266/01f
OGH 22.11.2001, 1 Ob 250/01y
OGH 25.09.2001, 4 Ob 220/01h
OGH 11.07.2001, 7 Ob 155/01x
OGH 30.01.2001, 1 Ob 259/00w
OGH 28.11.2000, 1 Ob 260/00t
OGH 14.06.2000, 7 Ob 126/00f
OGH 10.06.2000; 1 Ob 102/00g
OGH 30.03.2000, 2 Ob 75/00v
OGH 18.11.1999, 2 Ob 308/98b
OGH 28.07.1998, 1 Ob 91/98h
OGH 28.07.1998, 1 Ob 204/98a
OGH 18.05.1998, 8 Ob 410/97w
OGH 24.03.1998, 1 Ob 352/97i
OGH 14.10.1997, 1 Ob 2322/96v
OGH 22.10.1996, 10 Ob 2119/96g
OGH 29.05.1995, 1 Ob 563/95
OGH 14.06.1994, 4 Ob 543/94

OGH 10.11.1993, 7 Ob 555/93
OGH 07.07.1988; 6 Ob 620/88
OGH 20.10.1987, 4 Ob 556/87
OGH 27.04.1987, 1 Ob 597/87
OGH 26.02.1987, 6 Ob 508/87
OGH 26.06.1985, 1 Ob 564/85
OGH 28.02.1980, 7 Ob 531/80
OGH 03.02.1970, 8 Ob 13/70
OLG Wien 16.12.1986, 11 R 260/86
LG Eisenstadt 16.05.2007, 13 R 57/07s
LG Wiener Neustadt 01.12.1999, 17 R 88/99h

▪ **Rechtssätze RIS-Justiz:**

RS0119614
RS0113789
RS0106605
RS0062994
RS0062878
RS0062829
RS0062777
RS0062768
RS0062747
RS0062723
RS0037089
RS0014646

▪ **Deutsche Judikatur BGH:**

BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGHZ 60, 243.
BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH WM 1990, 1680.
BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH WM 1986, 329.
BGH 13.06.1990, IV ZR 141/89, BGH NJW-RR 1991, 51.
BGH 27.11.1985, IVa ZR 68/84, BGH NJW 1986, 1036.
BGH 28.02.1973, IV ZR 34/71, BGH NJW 1973, 990.