

Voraussetzung für den Erwerb eines Provisionsanspruches sind zunächst die von *Jabornegg*¹⁵ definierten sechs Punkte, die in den Erläuterungen zu § 6 MaklerG genannt sind:

- Maklervertrag
- Vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit
- Vermittlungserfolg
- Kausalität
- Adäquanz
- Tatsächliche Ausführung des Rechtsgeschäfts

Weitere Provisionsvoraussetzungen

- Hinweis auf das Vorliegen eines familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses

Negative Provisionsvoraussetzungen

- Eigengeschäft
- Verletzung wesentlicher Pflichten

Der Provisionsanspruch entsteht gem § 7 MaklerG mit Rechtswirksamkeit des zu vermittelnden Geschäfts. Der Immobilienmakler hat keinen Anspruch auf einen Vorschuss.

¹⁵ *Jabornegg* (1992): Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ, S 644 f

Allgemeine Provisionsvoraussetzungen

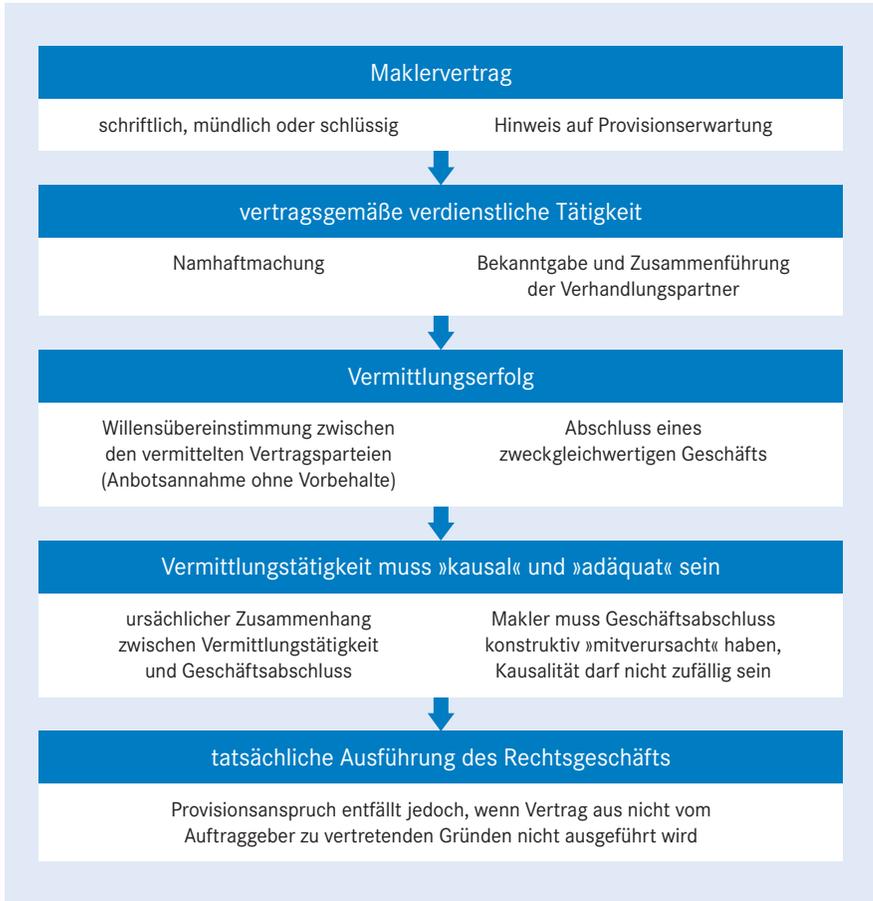


Abbildung 2 Allgemeine Provisionsvoraussetzungen

1

Maklervertrag

Grundlage der Vermittlungstätigkeit des Immobilienmaklers ist ein Maklervertrag. Gem § 1 MaklerG handelt es sich dabei um eine privatrechtliche Vereinbarung, auf deren Grundlage der Makler für seinen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt. Für den Geschäftszweig der Immobilienmakler liegt gem § 18 MaklerG ein Maklervertrag auch dann vor, wenn der Immobilienmakler ständig mit der Vermittlung betraut ist.

Im Zuge der Kodifizierung des Maklerrechts wurden die Grundsätze der Definition des Maklervertrages, welche Lehre und Rechtsprechung entwickelt haben, übernommen. Danach handelt es sich um einen nicht im ABGB geregelten, einseitigen und entgeltlichen Vertrag.¹⁶ Die Frage, ob die Entgeltlichkeit des Maklervertrages wesentlicher Inhalt desselben ist, wurde jedoch nicht eindeutig geregelt. Die Erl zu § 1 MaklerG führen dazu aus, dass der Maklervertrag in der Regel ein entgeltlicher Vertrag ist. Da beim Doppelmakler im Verhältnis zu einem Auftraggeber auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann, wurde der Terminus »entgeltlich« nicht in die Definition aufgenommen. Da jedoch der wesentliche Vertragsinhalt des Maklervertrages (essentiale negotii) – wie im Folgenden ausgeführt werden wird – die Provisionszusage im Fall des Eintritts des Vermittlungserfolges ist, ist der Maklervertrag uE stets ein entgeltlicher Vertrag. Wenn ein Immobilienmakler eine Liegenschaft anbietet, ohne einen Maklervertrag zuvor abgeschlossen zu haben, so hat er dies im Einverständnis mit den Verfügungsberechtigten zu tun, wie dies § 4 Abs 1 Z 1 IMV vorsieht. Dies bedeutet, dass der Makler vom Abgeber keine Provision erhalten wird. Andererseits werden den Makler die Sorgfaltspflichten gegenüber dem Abgeber nicht in jenem Umfang treffen, wie dies bei Abschluss eines Maklervertrages der Fall sein ist. Der in § 4 Abs 1 Z 1 IMV gewählte Terminus »im Einverständnis mit dem Verfügungsberechtigten« wurde bereits in der Ausübungsverordnung in der Stammfassung gewählt, also im Zuge der Kodifizierung des Maklerrechts unverändert belassen.

Ob der Immobilienmakler vom Abgeber beauftragt worden ist oder die Vermittlung zumindest mit dessen Einverständnis durchführt, ändert nichts an seinem Provisionsanspruch, den er gegen den Abnehmer hat. Das Vorliegen der Provisionsvoraussetzungen ist stets getrennt zu prüfen.

16 Jabornegg: HVG, S 529

1.1

Inhalt, Form und Zustandekommen des Maklervertrages

Wesentlicher Inhalt des Maklervertrages ist die Provisionszusage. Im Maklervertrag verpflichtet sich der Auftraggeber zur Zahlung einer Provision, wenn das Rechtsgeschäft durch die auftragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Immobilienmaklers mit einem Dritten zustande kommt.

Provisionsvereinbarung mit dem Abgeber (Verkäufer, Vermieter)

Provisionsvereinbarung

Der Auftraggeber verpflichtet sich zur Bezahlung der nachstehenden Provision für den Fall, dass er mit dem vom Immobilienmakler namhaft gemachten Interessenten während oder nach Ablauf der vereinbarten Alleinvermittlungsfrist das vorgenannte Rechtsgeschäft abschließt. Die Provision gebührt dem Makler auch, wenn er in anderer Weise als durch Namhaftmachung (zB durch vermittelnde Tätigkeit) verdienstlich tätig geworden ist. Die Provision ist mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts fällig.

Abgeberprovision – Provisionshöhe

_____ % des im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreises inkl Lasten **zzgl** _____ % **USt**,

_____ BMM = Bruttomonatsmietzinse (Gesamtzins ohne USt) **zzgl** _____ % **USt**,

_____ % von besonderen Abgeltungen (für Investitionen, Einrichtungsgegenstände, Einräumung von Rechten) **zzgl** _____ % **USt**.

Für den Fall, dass der Auftraggeber ein **zweckgleichwertiges** Rechtsgeschäft (zB Verkauf statt Vermietung) abschließt, verpflichtet er sich, an den Immobilienmakler eine Vermittlungsprovision zu zahlen, die nach den jeweiligen Provisionshöchstbeträgen der Immobilienmaklerverordnung 1996 berechnet wird. Eine **Ergänzungsprovision** nach den jeweiligen Provisionshöchstbeträgen der IMV 1996 wird auch für den Fall vereinbart, dass nach Abschluss eines Rechtsgeschäftes (zB zuerst Miete) über dasselbe Objekt ein weiteres Rechtsgeschäft (zB dann Kauf) abgeschlossen wird.

Abbildung 3 Beispiel aus ÖVI-Form 11

Während sich der Auftraggeber zur Provisionszahlung verpflichtet, trifft den Immobilienmakler beim schlichten Maklervertrag keine Hauptleistungsverpflichtung. Er muss sich gem § 4 Abs 1 nicht um die Vermittlung bemühen. Er schuldet selbstverständlich auch keinen Vermittlungserfolg.

Der schlichte Maklervertrag (allgemeiner Maklerauftrag, Vermittlungsauftrag, Suchauftrag) kann schriftlich, mündlich, aber auch schlüssig zustande kommen. Der Alleinvermittlungsauftrag muss im Konsumentengeschäft schriftlich vereinbart werden.

Der »mündliche Abschluss« eines Alleinvermittlungsauftrages im Konsumentengeschäft führt dazu, dass die beiden wesentlichen Verpflichtungen des Alleinvermittlungsauftrages, nämlich das Exklusivitätsrecht auf Seite des Auftraggebers, andererseits die Tätigkeitspflicht des Maklers, nicht rechtswirksam vereinbart worden sind.

Wurde der Maklervertrag nur mündlich abgeschlossen, so ist der Makler verpflichtet, dem Auftraggeber eine **Auftragsbestätigung** gem § 4 Abs 1 Z 3 IMV zu übermitteln. Sofern das KSchG Schriftform vorsieht, ist die Auftragsbestätigung nicht ausreichend, solange diese nicht vom Auftraggeber unterzeichnet wird.

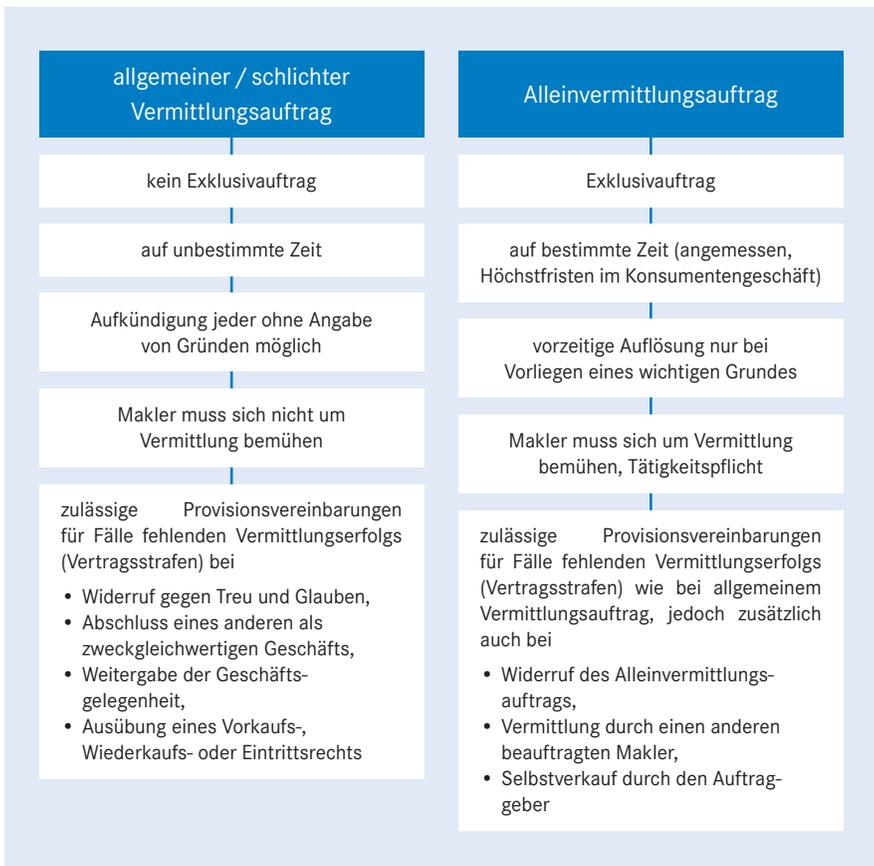


Abbildung 4 Überblick: schlichter Vermittlungsauftrag – Alleinvermittlungsauftrag

1.2

Der Maklervertrag mit dem Abgeber – schlichter Maklervertrag versus Alleinvermittlungsauftrag

Wird der Immobilienmakler vom Abgeber (Vermieter / Verpächter / Verkäufer) einer Immobilie mit der Vermittlung »beauftragt«, so kommt ein Maklervertrag, also ein **Vermittlungsauftrag**, zustande. Der schlichte Maklervertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, wobei beide Vertragsteile berechtigt sind, das Auftragsverhältnis jederzeit ohne Angabe eines Kündigungsgrundes zu beenden.

Verpflichtet sich der Auftraggeber, für einen bestimmten Zeitraum keinen anderen Makler mit der Vermittlung zu beauftragen, so handelt es sich um die Sonderform des Maklervertrages, nämlich um einen **Alleinvermittlungsauftrag**. Dieser muss im Verbrauchergeschäft schriftlich vereinbart werden.

Schriftlichkeit bedeutet, dass der Auftrag jedenfalls vom Abgeber unterzeichnet werden muss. Er unterzeichnet dabei, dass er sich verpflichtet, im Fall des Vermittlungserfolgs eine Provision in vereinbarter Höhe zu bezahlen und für einen bestimmten Zeitraum keinen anderen Makler mit der Vermittlung zu beauftragen.

Beim schlichten Maklervertrag, der im Gegensatz zum Alleinvermittlungsauftrag keine Tätigkeitspflicht umfasst, ist nur ein »Vermitteln dürfen«, kein »Müssen« vereinbart. Sowohl im Interesse des Abgebers aber auch des Maklers ist es gelegen, darüber hinausgehend eine Exklusivvereinbarung abzuschließen. Nicht nur der Makler hat den Vorteil, dass sich seine Erfolgchancen erhöhen, auch der Kunde profitiert von der Tätigkeitspflicht des Maklers durch eine schnellere Vermarktung seiner Immobilie. Da der Alleinvermittlungsauftrag hauptsächlich beim Abgeber vorkommt, äußerst selten nur beim Interessenten, werden die Bestimmungen nachfolgend im Bezug auf den Abgeber näher erörtert, sie gelten aber sinngemäß auch für den exklusiven Suchauftrag eines Interessenten.

1.2.1

Inhalt des Alleinvermittlungsauftrags

Zur Verpflichtung des Auftraggebers, bei Zustandekommen des Rechtsgeschäfts Provision zu bezahlen, kommen beim Alleinvermittlungsauftrag (§ 14) zwei Verpflichtungen hinzu:

- Der Auftraggeber verpflichtet sich, für die Dauer des Alleinvermittlungsauftrages keinen anderen Immobilienmakler mit der Vermittlung zu beauftragen.
- Der Immobilienmakler ist verpflichtet, sich um die Vermittlung zu bemühen. Es besteht also eine Tätigkeitspflicht.

1.2.2

Dauer des Alleinvermittlungsauftrages

Gem § 14 Abs 2 kann der Alleinvermittlungsauftrag nur befristet auf angemessene Dauer abgeschlossen werden. Für das Verbrauchergeschäft sind in § 30c KSchG **Höchstfristen** vorgesehen. Handelt es sich um die Vermittlung von **Bestandverträgen** über Wohnungen handelt, darf die Höchstdauer des Alleinvermittlungsauftrages drei Monate nicht übersteigen.

Wenn es sich um die Vermittlung von Verträgen zur Veräußerung oder zum Erwerb des **Eigentums** an **Wohnungen, Einfamilienwohnhäusern** und einzelnen **Grundstücken** handelt, die zum Bau eines Einfamilienwohnhauses geeignet sind, beträgt die Höchstfrist sechs Monate. Diese Höchstfrist gilt auch für die Vermittlung von Reihenhäusern.

Liegen besondere Umstände vor, die die Vermittlung wesentlich erschweren oder verzögern, kann auch eine entsprechend längere Frist vereinbart werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn aufgrund der Jahreszeit eine sinnvolle Vermittlungstätigkeit nicht möglich ist, wie dies bei einem Seegrundstück in einer Ferienregion der Fall sein kann, wenn der Auftrag nach der Saison erteilt wird.¹⁷ Eine längere Dauer des Alleinvermittlungsauftrages wird auch dann zulässig sein, wenn eine geplante Umwidmung der Liegenschaft noch nicht vollzogen ist. Hier können die Vertragsteile vereinbaren, dass die sechsmonatige Frist erst mit Vollzug der Umwidmung zu laufen beginnt.

Die sechsmonatige Höchstfrist für Baugrundstücke, die zur Bebauung mit Einfamilienhäusern geeignet sind, gilt auch dann nicht, wenn ein Abverkauf von parzellierten Liegenschaften Gegenstand des Alleinvermittlungsauftrages ist. Unabhängig davon, ob der Immobilienmakler die Parzellierung im Auftrag des Liegenschaftseigentümers durchführt, kann für den Abverkauf mehrerer Baugründe stets eine längere Dauer des Alleinvermittlungsauftrages vereinbart werden. Der in § 30c Abs 1 Z 2 KSchG gewählte Terminus »einzelne Grundstücke« bezieht sich darauf. Es soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine längere Dauer des Alleinvermittlungsauftrages auch dann zulässig sein, wenn der Verkäufer Konsument iSd KSchG ist.

1.2.3

Rücktritt vom Alleinvermittlungsauftrag gem FAGG

Wie weiter unten noch näher erläutert (siehe Kapitel IX.2, S 253 f), gibt es seit Inkrafttreten des FAGG am 13.06.2014 neue Rücktrittsrechte für Verbraucher bei Abschluss von Kauf- und Dienstleistungsverträgen. Sowohl ein Vertragsabschluss außerhalb der

¹⁷ Erl zu § 30c KSchG

II VORAUSSETZUNGEN FÜR DAS ENTSTEHEN EINES PROVISIONSANSPRUCHES

Geschäftsräume eines Unternehmers (AGV-Situation) als auch ein Vertragsabschluss ausschließlich über Fernabsatz (FAV-Situation) sind davon umfasst.

Eine »AGV-Situation« ist typischerweise beim Abschluss eines (Allein-)Vermittlungsauftrags vor Ort beim Verkäufer / Vermieter verwirklicht. Der Abschluss des Vermittlungsauftrags mit dem Abgeber erfolgt zumeist bei oder nach Besichtigung des Objekts durch den Immobilienmakler. Wird der Vermittlungsauftrag an Ort und Stelle oder unmittelbar danach im Büro des Maklers unterschrieben, so fällt ein Vertrag mit einem Verbraucher unter die Bestimmungen des FAGG.

Wenn dieser Alleinvermittlungsauftrag nicht im Büro des Maklers, sondern gleich vor Ort unterfertigt wird, ist es ratsam, mit dem Verbraucher das Formular zu besprechen und auf das Rücktrittsrecht hinzuweisen sowie zwingend (!) das Widerrufsformular zu übergeben. Der Alleinvermittlungsauftrag ist zwar dann 14 Tage lange mit einer Unsicherheit behaftet, aber nicht auf die ganze Dauer des Vertrags! Zu beachten sind in diesem Fall aber auch Konkurrenten und Nachbarn. Umfangreiche Marketingaktivitäten in den ersten beiden Wochen können für den Makler das allzu frühe Ende seines Auftrags bedeuten.

1.2.4

Verlängerung des Alleinvermittlungsauftrages

Die Verlängerung eines bereits laufenden Alleinvermittlungsauftrages ist jederzeit möglich. Die Dauer der Verlängerung darf jedoch vom Zeitpunkt der Vereinbarung der Verlängerung ausgehend die dreimonatige bzw. sechsmonatige Frist nicht übersteigen. Dies ergibt sich aus dem letzten Satz des § 14 Abs 2 MaklerG iVm § 30c KSchG, der auf § 14 Abs 2 verweist. Auch bei der Verlängerung eines Alleinvermittlungsauftrages ist uU das FAGG zu beachten.

1.2.5

Vorzeitige Auflösung des Alleinvermittlungsauftrages

Eine vorzeitige Auflösung des Alleinvermittlungsauftrages ist nur bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** zulässig. Dies ist dann anzunehmen, wenn besondere Umstände einem Teil die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheinen lassen.¹⁸

¹⁸ *Jabornegg*: HVG, S 587, welcher dort auf die Erl zu § 21 HVertrG verweist. Dies findet uE auf die Auflösungsgründe des Alleinvermittlungsauftrages Anwendung.

Dies wird dann der Fall sein, wenn der Makler zur vereinbarten Tätigkeit nicht mehr fähig ist, oder sich als **vertrauensunwürdig** erweist. Im Geschäftszweig der Immobilienmakler wird Vertrauensunwürdigkeit dann vorliegen, wenn die Interessenwahrungspflicht schuldhaft grob verletzt wird. Die Verletzung muss schwerwiegend sein: Dies wird dann der Fall sein, wenn der Immobilienmakler bewusst gegen die Interessen des Auftraggebers zuwiderhandelt.¹⁹

Nach den Erl zu § 14 MaklerG wird ein wichtiger Grund dann vorliegen, wenn sich der Makler als **untätig** oder **unverlässlich** erweist, sodass die Interessen des Auftraggebers bei einem Festhalten am Vertrag gefährdet wären.

Die vorzeitige Auflösung eines Alleinvermittlungsauftrages wird auch bei **Wegfall der Geschäftsgrundlage** zulässig sein. Etwa, wenn der Immobilienmakler vorgibt, einen **Kaufpreis** zu erzielen, den er auch im günstigsten Fall nicht erzielen kann. Der Auftraggeber wird sich darauf berufen können, dass der Immobilienmakler seine Aufklärungs- und Beratungspflichten nicht erfüllt hat. Hier ist allerdings Nachstehendes zu beachten: Hat der Immobilienmakler einen realistischen Verkaufspreis ermittelt, möchte allerdings der Verkäufer – zunächst – einen höheren Preis als Verkaufspreis ansetzen, so hat der Immobilienmakler seine Aufklärungspflichten erfüllt. Der Immobilienmakler sollte dies allerdings zu seiner Absicherung entweder im Alleinvermittlungsauftrag oder in der anschließenden Korrespondenz dokumentieren. Diese Dokumentation ist vor allem dann angeraten, wenn der in Aussicht genommene Verkaufspreis mit vergleichbaren Kaufpreisen in einem auffallenden Widerspruch steht, oder der Verkauf eine Immobilie betrifft, für die ein Vergleichswert nicht ohne weiteres ermittelt werden kann. Die Beantwortung beider Fragen ist stets eine Tatsachenfrage, also eine Frage, die von einem Sachverständigen im Nachhinein zu beurteilen ist. UE kann – in Übereinstimmung mit dem OGH²⁰ – von einer Preisspanne von +/- 15% ausgegangen werden, wenn genügend Vergleichswerte vorliegen. Ist dies, insbesondere bei Liebhaberobjekten, nicht der Fall, kann die Preisspanne durchaus auch höher liegen. Der Immobilienmakler wird jedoch in diesem Fall auf diesen Umstand besonders hinzuweisen haben.

Mit anderen Worten: Akquiriert ein Immobilienmakler einen Alleinvermittlungsauftrag mit dem »Argument«, er hätte für den von ihm genannten – weit überhöhten – Kauf-

19 Vgl dazu wieder *Jabornegg*: HVG, S 455, wobei die darin ausgeführten Rechtsgrundsätze nicht berücksichtigen, dass der Immobilienmakler als Doppelmakler tätig ist, der sich im Falle eines Interessenkonflikts auf einen neutralen Standpunkt zurückziehen hat.

20 vgl OGH 02.09.2009, 7 Ob 157/09b; Eine Toleranz von +/- 15% wurde als »äußerste Grenze« dessen bezeichnet, »was noch als angemessener Preis angesehen werden konnte«. Hier ging es allerdings nicht um die Frage der Auflösung eines Alleinvermittlungsauftrages, sondern um den Entfall des Provisionsanspruches wegen Nichtausführung des Rechtsgeschäfts gem § 7 Abs 2. Es besteht uE kein Grund, der eine unterschiedliche Behandlung dieser Tatbestände notwendig erscheinen lassen könnte. Dass allerdings in einem anderen Fall die Toleranzgrenze möglicherweise etwas niedriger anzusetzen ist, kann nicht ausgeschlossen werden.

preis Interessenten an der Hand, die ein hinreichendes Interesse bekunden, die in Rede stehende Liegenschaft zu dem in Aussicht genommenen Kaufpreis zu erwerben, so riskiert er, dass der Verkäufer berechtigt ist, den Alleinvermittlungsauftrag vorzeitig aufzulösen, wenn ein solches Interesse nicht besteht.

1.2.6

Unzulässige Auflösung des Alleinvermittlungsauftrages

Besteht **kein wichtiger Grund**, der den Auftraggeber berechtigt, einen Alleinvermittlungsauftrag vorzeitig aufzulösen, so ist der Auftraggeber **schadenersatzpflichtig**. Wurde die Anwendung der Tatbestände des § 15 MaklerG vereinbart, so steht dem Immobilienmakler ein Betrag bis zur Höhe der vereinbarten Abgeberprovision als Vertragsstrafe zu. Diese Vereinbarung unterliegt jedoch dem richterlichen Mäßigungsrecht.²¹

Häufig versuchen Abgeber, den Alleinvermittlungsauftrag vorzeitig aufzulösen, wenn sie einen Kaufinteressenten kennen gelernt haben, der nicht über den Immobilienmakler namhaft gemacht worden ist. In diesem Fall ist der Immobilienmakler berechtigt, einen Betrag bis zur Höhe der Abgeberprovision im Wege des § 15 MaklerG zu begehren, wenn die Willenseinigung über den Kaufpreis bereits während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrages stattgefunden hat. Dies hat der Immobilienmakler zu beweisen. Das kann dann gelingen, wenn der Kaufvertrag kurze Zeit nach Ablauf des Alleinvermittlungsauftrages abgeschlossen worden ist und der Immobilienmakler darüber hinaus dokumentieren kann, dass der Abgeber Interessenten ausgeschlagen hat, die bereit gewesen wären, zu den im Kaufvertrag festgeschriebenen Bedingungen – oder vielleicht sogar zu einem höheren Kaufpreis – die Liegenschaft zu erwerben.

Wurde dem Interessenten während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrages die Kaufgelegenheit bzw der Verkäufer genannt und tritt dieser vielleicht sogar erst nach Ablauf des Alleinvermittlungsauftrages mit dem Abgeber in Verbindung, so besteht der Provisionsanspruch gegenüber dem Verkäufer dann, wenn der Verkäufer spätestens bei Abschluss des Kaufvertrages gewusst hat, dass der Interessent über Namhaftmachung bzw sonstige vermittelnde Tätigkeit des Immobilienmaklers an ihn herangetreten ist.²² In diesem Fall kann der Abgeber durch eine Kündigung des Alleinvermittlungsauftrages nichts gewinnen. Die Beweislast dafür, dass der Interessent offengelegt hat, über den Immobilienmakler zu kommen, trifft jedoch den Immobilienmakler. Der Immobilienmakler sollte daher bei Beendigung die Namen sämtlicher Personen offenlegen, mit denen er im Zuge der Vermittlungstätigkeit Kontakt oder denen er das Objekt angeboten hatte.

²¹ vgl dazu Kapitel V.2

²² vgl dazu Kapitel II.2.2.2

Andererseits ist der Auftraggeber gem § 4 Abs 2 nicht verpflichtet, das angebotene Rechtsgeschäft abzuschließen. Es besteht sohin **Abschlussfreiheit**. Der Auftraggeber ist stets »Herr des Geschäfts«. Von diesem Grundsatz kann zu Lasten des Auftraggebers nicht abgegangen werden. Eine Einschränkung der Abschlussfreiheit ist nach den Erläuterungen²³ nur in den engen Grenzen des § 15 Abs 1 Z 1 (Widerruf gegen Treu und Glauben) möglich. Eine weitere – in den Erläuterungen nicht erwähnte – Einschränkung kann auch in § 15 Abs 2 Z 1 (Widerruf des Alleinvertretungsauftrages) erblickt werden.²⁴

23 Erläuterungen zu § 4 MaklerG

24 vgl dazu Kapitel V.4.5.2