

Schwerpunkt

Interkulturelles Wohnen

Der Erwerb von Wohnungseigentum
durch Ausländer

Fremde Nachbarschaft – Mediation als
interkulturelle Konfliktlösungsstrategie?

Forum Immobilientreuhänder
Zur Verdienstlichkeit des Maklers

Mietrecht
Mieterwechsel durch Vertragsübernahme

Zur Verdienstlichkeit des Maklers

CHRISTOPH KOTHBAUER

§ 6 Abs 1 und 2
MaklerG

Vermittlungs-
provision;
Provisionsanspruch;
verdienstliche
Tätigkeit;
Namhaftmachung;
Verdienstlichkeit in
anderer Weise als
durch Namhaft-
machung

Joki Kirschner hat uns seinerzeit im Fernsehen erklärt, dass man rechtzeitig „draufschauen“ müsse, „dass man es hat, wenn man es braucht“. Was in seinem (Werbe-)Fall der Geldvorsorge gegolten hat, kann auch für Immobilienmakler zur Devise für die Beweis-sicherung hinsichtlich der provisionsbegründenden Umstände erhoben werden. In der Praxis stellt sich immer wieder heraus, dass Makler ihren Provisionsanspruch deshalb nicht mit Erfolg geltend machen können, weil sie zu sehr auf Faktisches vertrauen, sich aber zu wenig um eine umfassende Dokumentation ihrer Tätigkeiten bemühen, um sie im Zweifels- (also Streit-)Fall unter Beweis stellen zu können.

Zur Frage, ob sich ein Makler erfolgreich auf die für den Provisionsanspruch essenzielle verdienstliche Tätigkeit (die in weiterer Folge für den Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts wenigstens mitkausal sein muss) gegenüber dem Abgeber stützen kann, hat sich erst unlängst der OGH¹⁾ in sehr klarer Form geäußert: „Namhaftmachung“ (welche aufgrund abweichenden Geschäftsgebrauchs bei Immobilienmaklern bereits eine verdienstliche Tätigkeit begründet, vgl § 6 Abs 2 MaklerG) sei die erstmalige Nennung eines bisher unbekanntem Interessenten für den Vertragsabschluss.²⁾ Der erforderlichen Konkretisierung der in Frage kommenden Person werde grundsätzlich auch entsprochen, wenn der Interessent selbst beim Auftraggeber erscheint und sich dort vorstellt. Der Immobilienmakler könne sich dementsprechend zur Mitteilung einer Geschäftsgelegenheit auch des Interessenten selbst bedienen.³⁾ Der Immobilienmakler, dessen Provisionspflicht vereinbarungsgemäß von der Namhaftmachung des dann das Geschäft abschließenden Interessenten abhängig ist, trage aber die **Gefahr, dass der Interessent dem Auftraggeber verschweigt, dass er aufgrund der Tätigkeit des Immobilienmaklers von der Kaufgelegenheit erfuhr und deshalb den Auftraggeber kontaktierte.** Jedenfalls müsse der Auftraggeber vor Abschluss des Hauptvertrags von der Maklertätigkeit in Kenntnis sein, um provisionspflichtig zu werden.⁴⁾

MaW: Dem Auftraggeber muss vor Abschluss des zu vermittelnden Rechtsgeschäfts bewusst werden, dass eine **Namhaftmachung durch den Makler** vorliegt, und daher der Geschäftsabschluss eine Provisionspflicht gegenüber dem Makler auslöst (für den Auftraggeber handelt es sich dabei ja wohl ganz zweifellos um eine wichtige Entscheidungsgrundlage für den Geschäftsabschluss). Ein bloß faktisches „Zuführen“ von Interessenten, ohne dass der Auftraggeber weiß, dass sie vom Makler zugeführt werden, begründet also keinen Provisionsanspruch.

Zur Wichtigkeit einer umfassenden Aufklärung des Auftraggebers über die Leistungen des Maklers und einer **lückenlosen und beweiskräftigen Dokumentation** darüber ist damit schon alles gesagt. Ein erschwerendes Moment liegt darin, dass prozessual den seinen Provisionsanspruch klagsweise geltend machen den Makler hinsichtlich der provisionsbegründenden

Umstände die volle Behauptungs- und Beweislast trifft: Wenn im hier maßgeblichen Zusammenhang der Makler nicht nachweisen kann, dass der Abgeber durch den Makler oder durch den Interessenten vor dem Hauptvertragsabschluss Kenntnis von der Tätigkeit des Maklers gegenüber dem Interessenten erlangt hatte, so ist sein Provisionsanspruch (im konkreten Anlassfall handelte es sich um nicht weniger als € 54.600,-) zum Scheitern verurteilt. Eine Negativfeststellung, dass der Abgeber tatsächlich keine Kenntnis von der hier maßgeblichen Namhaftmachung durch den Makler erlangt hatte, ist nicht vonnöten, Zweifel fallen also verfahrensrechtlich dem Makler zur Last.

Ist eine Namhaftmachung nicht mehr möglich, weil der konkrete Interessent dem Auftraggeber bereits als möglicher Vertragspartner bekannt war, so kann die Verdienstlichkeit des Maklers auch auf andere Vermittlungsleistungen gestützt werden, sofern der Maklervertrag dies vorsieht (= **Vereinbarung einer „Verdienstlichkeit in anderer Weise als durch Namhaftmachung“**). Diese „alternative“ Form der Verdienstlichkeit (in Gestalt von Leistungen des Maklers, die den Vertragsabschluss fördern) setzt indes voraus, dass es sich hierbei um konkrete Leistungen zwischen den späteren Vertragspartnern des Hauptgeschäfts handelt. Abstrakte Vermittlungsleistungen, die erst auf das Auffinden eines potenziellen Vertragspartners gerichtet sind (wie etwas das Schalten von Inseraten in Printmedien oder elektronischen Medien) vermögen noch keine Verdienstlichkeit „in anderer Weise als durch Namhaftmachung“ zu begründen.⁵⁾

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

- 1) 1 Ob 42/12 a.
- 2) Die Vorkennntnis der namhaft gemachten Person als Individuum scheidet allerdings nicht; wesentlich ist nur, dass die Person in ihrer Eigenschaft als potenzieller Vertragspartner unbekannt ist. Der namhaft Gemachte muss soweit individualisiert werden, dass sich der Auftraggeber mit ihm in Verbindung setzen kann (9 Ob 57/04 d; 2 Ob 91/10 m, jeweils mwN).
- 3) RIS-Justiz RS0062491.
- 4) Nach Ansicht des OGH bestehen dabei für den Auftraggeber keine Erkundigungs- oder Nachforschungspflichten, insb auch nicht beim Makler. Ein „redlicher Kunde“ eines Maklers sei keineswegs verpflichtet, (in jedem Fall) abzuklären, ob ein eingetretener Vertragserfolg auf die Tätigkeit des Maklers zurückzuführen ist, um damit einen – andernfalls gar nicht bestehenden – Provisionsanspruch durch Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss doch noch zu begründen (7 Ob 174/06 y mwN).
- 5) Vgl auch hierzu 1 Ob 42/12 a.