MANZ – QUALITÄT SEIT 1849

10 | 2022 | 325–368 | immolex

immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Mietrecht

Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-) Mieter im ABGB-Mietrecht

Wohnungseigentumsrecht

„Zwillings-" und „Drillings-abstellplätze" – ein Unding des WEG

Liegenschaftsrecht

Zur Abwehr von Hühnerlärm

Maklerrecht

Verdienstlichkeit bei Maklermehrheit

Immobilienbesteuerung

Gebäudebegünstigung bei Betriebsaufgabe gemäß § 24 Abs 6 EStG

Forum Immobilientreuhänder

Zu elektronischen Erklärungen im Vermittlungsgeschäft

IMMOLEX.MANZ.AT

ISSN 1605-2536 Österreichische Post AG MZ 02Z032704 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

MANZ

Zur Verdienstlichkeit bei Maklermehrheit

immolex 2022/159

§ 6 MaklerG

OGH 6. 4. 2022, 6 Ob 38/22i

Maklermehrheit; Verdienstlichkeit; Überwiegen; Kausalität; Vermittlungserfolg

Ein anteiliger Provisionsanspruch ist davon abhängig, dass eine an sich verdienstliche und (mit)kausale Tätigkeit des Maklers den Abschluss des konkreten Rechtsgeschäfts überhaupt adäquat verursacht hat, wobei der (mit-)verursachte Vermittlungserfolg bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände auch rechtlich zurechenbar sein muss.

Sachverhalt:

Der Kl begehrt als Insolvenzverwalter vom Bekl (als dem nach der Schuldnerin tätigen „zweiten" Immobilienmakler) zwei Drittel der vereinnahmten Provision gem § 6 Abs 5 MaklerG. Die Vorinstanzen wiesen die Klage mangels Verdienstlichkeit der Schuldnerin übereinstimmend ab. Die Rev ist entgegen dem Ausspruch des BerG nicht zulässig:

Aus der Begründung:

Ist einer von mehreren Maklern eindeutig überwiegend verdienstlich geworden, so gebührt ihm (allein) gem § 6 Abs 5 Satz 2 MaklerG die gesamte Provision (vgl 4 Ob 144/17f). Lässt sich ein solches Überwiegen nicht feststellen, so ist die Provision nach Maßgabe der Verdienstlichkeit aufzuteilen, im Zweifel zu gleichen Teilen (§ 6 Abs 5 Satz 3 MaklerG).

Ein (anteiliger) Provisionsanspruch ist damit zunächst von der allgemeinen Voraussetzung abhängig, dass eine an sich verdienstliche und (mit-)kausale Tätigkeit des Maklers den Abschluss des konkreten Rechtsgeschäfts überhaupt adäquat verursacht hat (s zuletzt etwa 4 Ob 144/17f; vgl bereits 2 Ob 308/98b). Der vom Makler faktisch (mit-)verursachte Vermittlungserfolg muss ihm also bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände (vgl RS0062878 [T 5]; RS0062768 [T 1]) auch rechtlich zuzurechnen sein (vgl RS0062878 [T 1]; allgemein dazu statt vieler *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II § 6 MaklerG Rz 21ff mwN).

Die Beurteilung des Überwiegens der Verdienstlichkeit, insb auch der Wertigkeit der einzelnen Vermittlungshandlungen der beteiligten Immobilienmakler, hängt – ebenso wie jene der Adäquanz (RS0062878 [T 10, T 11]; weiters RS0110361 [T 5]) – von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab (1 Ob 89/04a; 8 Ob 24/14h; RS0062849 [T 5]; RS0076404 [T 3]). Darin liegt – abgesehen von einer (hier nicht gegebenen) auffallenden Fehlbeurteilung – regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO.

Als Umstände, die zur Verneinung der Adäquanz der Vermittlungstätigkeit eines Maklers für den späteren Geschäftsabschluss führen können, wurden in der Rsp des OGH etwa das Scheitern der ursprünglichen Vertragsverhandlungen an sehr unterschiedlichen Preisvorstellungen der Parteien, die für den folgenden Vertragsabschluss maßgebliche spätere Eigeninitiative der anderen Vertragspartei oder eines unbeteiligten Dritten ohne neuerliche Aktivität des Maklers und der (sehr) lange Zeitabstand zwischen dem Tätigwerden des Maklers und dem Vertragsabschluss (RS0062878 [T 9]) beurteilt. Kein Anspruch auf Vermittlungsprovision besteht also dann, wenn das angestrebte Rechtsgeschäft erst nach dem endgültigen Scheitern der Bemühungen des Vermittlers ausschließlich aufgrund anderer Umstände zustande kommt (RS0062752 [T 1]).

Im vorliegenden Fall scheiterten die auf die Tätigkeit der Schuldnerin zurückgehenden Bemühungen um einen Vertragsabschluss am Festhalten der späteren Verkäuferin an ihren Preisvorstellungen. Dabei kann aber nicht unerwähnt bleiben, dass dieser (hohe) Preis als Verkaufspreis der Immobilie zwischen der Schuldnerin und der Verkäuferin vereinbart worden war. Damit hatte die „erste" Maklerin den Auftrag übernommen, die Liegenschaft mit der Villa (trotz ihrer eigenen geringerwertigen Einschätzung vor Abschluss ihres Maklervertrags) zu diesem Preis zu verkaufen. Die Verkäuferin kündigte zwei Tage nach Erhalt des Anbots, das über Vermittlung der Schuldnerin zustande gekommen, aber um € 265.000,– niedriger als der vereinbarte Kaufpreis gewesen war, den Maklervertrag mit sofortiger Wirkung. Sie strebte auch weder ein Gegenanbot an noch legte sie ein solches. Der spätere Käufer ging damals davon aus, dass die Liegenschaft an einen anderen Interessenten aus Deutschland verkauft worden sei. Ab dem Zeitpunkt der Anbotsablehnung und Kündigung des Vermittlungsvertrags war der Verkaufswunsch der Verkäuferin nicht mehr präsent, und ging sie bis zum Vertragsabschluss mit dem Bekl weder ein anderes Vermittlungsverhältnis ein noch bot sie ihre Liegenschaft privat zum Verkauf an. Erst ca ein halbes Jahr später erteilte sie dem Bekl einen Alleinvermittlungsauftrag (zu einem niedrigeren Verkaufspreis). Der spätere Käufer reagierte auf dessen Inserat und kaufte nach mehreren Besichtigungen und Vertragsverhandlungen die Liegenschaft.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hält sich die Beurteilung der Vorinstanzen, es fehle der Vermittlungstätigkeit der ersten Maklerin an Adäquanz für das letztlich zustande gekommene Geschäft, im Rahmen der Rsp des OGH.

Der Kl kann ein von ihm dazu behauptetes (und vom BerG für möglich gehaltenes) Abweichen von bestimmten Entscheidungen des OGH nicht darlegen. Den in seiner Rev (als vergleichbar) erörterten Judikaten lagen in wesentlichen Punkten anders gelagerte Sachverhalte zugrunde. So ist es hier – anders als in den zu 2 Ob 308/98b und 8 Ob 24/14h entschiedenen Fällen – nie zu einem Scheitern der Vertragsabschlussbemühungen (durch den ersten Makler) gekommen. Im ersten „Vergleichsfall" (2 Ob 308/98b) war der „zweite" vom späteren Verkäufer beauftragte Makler parallel zum ersten tätig geworden; in dem zu 8 Ob 24/14h beurteilten Fall hatte der den Käufer vor Ort betreuende „Kooperationspartner" während seiner Vermittlungstätigkeit vom „ersten" zum „zweiten" Makler „gewechselt". Im vorliegenden Fall hatten dagegen beide potenziellen Kaufvertragsparteien das Interesse an der Fortsetzung der Vertragsverhandlungen verloren (die Verkäuferin hatte keinen Verkaufswunsch mehr, der spätere Käufer dachte, dass die Liegenschaft an einen anderen Interessenten aus Deutschland verkauft worden sei). Eine vom Kl unter Bezugnahme auf den Be-

schluss zu 4 Ob 139/06d (damals hatten Verkäufer und Käufer die für [nur] kurze Zeit unterbrochenen Vertragsverhandlungen direkt und ohne einen Makler beizuziehen wieder aufgenommen) angesprochene „Hintergehung des Provisionsanspruchs des Maklers" lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Im zu 7 Ob 169/06p entschiedenen Prozess erstritt die Maklerin eine Provision vom Käufer, sodass schon grundsätzlich die Frage der Aufteilung der Provision nach § 6 Abs 5 MaklerG und damit die Verdienstlichkeit zweier Makler nicht zu beurteilen war. Im Übrigen hatte sich damals (vgl auch den im ersten Rechtsgang erfolgten Aufhebungsbeschluss zu 7 Ob 145/05g) die Maklerin auch nach einer Preiserhöhung durch den Masseverwalter im Schuldenregulierungsverfahren über das Vermögen der Verkäuferin um den Kaufabschluss telefonisch weiterhin bemüht, sodass die Käuferin den Verkaufserfolg nicht allein durch eigene Bemühungen erzielt hatte. Wenn hier der neuerliche Kontakt zwischen den Kaufvertragsparteien nicht etwa dadurch hergestellt wurde, dass der von der Verkäuferin beauftragte „neue" Makler von sich aus auf den bereits von seiner Vorgängerin namhaft gemachten Kaufinteressenten zuging oder der Käufer gezielt den Kontakt suchte, um die gescheiterten Verhandlungen wieder aufzunehmen, sondern sich der Käufer auf eine allgemein gehaltene Zeitungsannonce des zweiten Maklers hin meldete, begegnet es keinen Bedenken, wenn die Vorinstanzen den Anspruch auf (auch nur anteilige) Provision des ersten Maklers gegen den zweiten abwiesen.

Anmerkung:

Beim Verkauf hochwertiger Immobilien – im gegenständlichen Fall ging es um den Verkauf einer Villa – kommt es immer wieder vor, dass sich mehrere Makler hintereinander um die Vermittlung des Verkaufs bemühen. Nicht selten gelingt es dann erst einem später beauftragten Makler, einen erfolgreichen Kaufabschluss mit einem Interessenten zu vermitteln, der der Verkäuferin schon aufgrund des früheren Tätigwerdens eines anderen Maklers bekannt war. Ein Konflikt der beiden Makler, die jeweils eine conditio sine qua non für den Vermittlungserfolg gesetzt haben, ist damit beim Inkasso der Vermittlungsprovision vorprogrammiert.

Genau ein solcher Fall liegt dem gegenständlichen Judikat zugrunde. Der Insolvenzverwalter der zuerst tätig gewordenen Maklergesellschaft klagte den später beauftragten Makler auf zwei Drittel der von diesem zur Gänze vereinnahmten Provision. Das Klagebegehren blieb in allen drei Instanzen erfolglos.

§ 6 Abs 5 Satz 2 MaklerG weist bei Tätigwerden einer Maklermehrheit den Provisionsanspruch jenem Makler zu, dessen Verdienstlichkeit an der Vermittlung eindeutig überwogen hat. Nur dann, wenn sich ein solches Überwiegen nicht feststellen lässt, ist die Provision nach Maßgabe der Verdienstlichkeit, im Zweifel zu gleichen Teilen, aufzuteilen (§ 6 Abs 5 Satz 3 MaklerG).

Nach der vom OGH im gegenständlichen Judikat bestätigten Rsp reicht zur Begründung eines (anteiligen) Provisionsanspruchs eine an sich verdienstliche und den Vermittlungserfolg (mit)verursachende Tätigkeit nicht aus, der Makler muss vielmehr den Abschluss des ganz konkreten Rechtsgeschäfts adäquat verursacht haben (7 Ob 76/18d immolex 2019/30), sodass ihm bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände der Vermittlungserfolg auch rechtlich zuzurechnen ist (so auch 4 Ob 144/17f immolex-LS 2017/62, wo bei Verdienstlichkeit mehrerer Makler auf die Wertigkeit ihres jeweiligen Beitrags für das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäfts abgestellt wird und der frühere Makler ebenfalls mit dem gegen den späteren Makler gerichteten Begehren auf Herausgabe eines Teiles, und zwar der Hälfte der Käuferprovision, gescheitert ist).

Die Adäquanz einer an sich verdienstlichen und (mit)kausalen Tätigkeit des Immobilienmaklers wird dann verneint, wenn die ursprünglichen, vom früheren Makler initiierten Vertragsverhandlungen an sehr unterschiedlichen Preisvorstellungen der Parteien gescheitert sind, für den folgenden Vertragsabschluss die spätere Eigeninitiative der anderen Vertragspartei oder eines unbeteiligten Dritten ohne neuerliche Aktivität des Maklers maßgeblich ist und ein (sehr) langer Zeitabstand zwischen dem Tätigwerden des früheren Maklers und dem Vertragsabschluss gelegen ist (Rz 2.5. in 5 Ob 256/12a immolex 2013/103 *[Grohmann/Hule]*).

Im vorliegenden Fall scheiterten die Vermittlungsbemühungen der ursprünglich tätigen Maklergesellschaft daran, dass diese trotz ihrer eigenen geringerwertigen Einschätzung des Werts der Immobilie die Villa im Auftrag der Verkäuferin zu einem überhöhten Kaufpreis anbot, was zu einem ganz deutlich unter dem angestrebten Kaufpreis liegenden Angebot und in unmittelbarer Folge danach auch zur Auflösung des Vermittlungsvertrags durch die Verkäuferin führte. Erst etwa ein halbes Jahr später erteilte die Verkäuferin einem anderen Makler, dem Bekl, einen Alleinvermittlungsvertrag zu einem niedrigeren Kaufpreis. Aufgrund einer Annonce des Bekl meldete sich der Käufer, der in der Vergangenheit schon über Vermittlung der ursprünglich tätigen Maklergesellschaft ein zu geringes Angebot gelegt hatte, noch einmal und kaufte schließlich nach mehreren Besichtigungen und Vertragsverhandlungen die Liegenschaft.

*Dr. **Martin Stadlmann** ist RA in Wien und Partner der Wirtschaftskanzlei Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.*