

immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Schwerpunkt

Klauselentscheidungen

- > 13., 15., 16. und 17. Klauselentscheidung
- > Klauseljudikatur zu Erhaltungspflichten, Betriebskosten, Wertsicherung uva
- > Wertsicherungsklauseln: Verbandsklageurteil und Individualprozess

Maklerrecht

Vertragsgemäße und
„zweckgleichwertige“
Verdienstlichkeit

Forum Immobilientreuhänder

Zum Stimmrechtsausschluss
im Wohnungseigentum

Immobilienbesteuerung

GrESt-Pflicht für beim
Verkäufer verbleibende
Finanzierungsbeiträge



Zur vertragsgemäßen und „zweckgleichwertigen“ Verdienstlichkeit

immolex 2024/136

§ 6 MaklerG

OGH 26. 4. 2024, 4 Ob 182/23b

vertragsgemäße Tätigkeit; Provisionsanspruch; wirtschaftliche Gleichwertigkeit

Auch eine (noch so) verdienstliche Tätigkeit des Maklers begründet keinen Provisionsanspruch, wenn sie nicht zum Abschluss des vertragsgemäß zu vermittelnden Geschäfts oder zumindest eines ihm „zweckgleichwertigen“ Geschäfts führt; dabei kommt es allein auf die wirtschaftliche Gleichwertigkeit für den vom Geschäftsherrn angestrebten Zweck an.

Sachverhalt:

Die Bekl suchte eine **Wohnung**. Im Internet wurde sie auf ein Inserat der klagenden Maklerin aufmerksam und kontaktierte sie über ein Formular auf deren Website. Die Kl sandte der Bekl „Informationen“ zu, deren Inhalt nicht feststeht. Sie wusste, dass die Bekl „eine Wohnung zu Wohnzwecken“ suchte. Zuletzt vermittelte die Kl der Bekl ein als **Büro** gewidmetes WE-Objekt. Die Kl sagte der Bekl, dass das Objekt als Büro gewidmet sei. Es steht nicht fest, ob die Kl und die Verkäufer der Bekl „weitere Informationen“ über die Widmung des Objekts und die tatsächlichen und rechtlichen Folgen der Widmung erteilten.

Die Kl bereitete eine als „Kaufanbot“ bezeichnete Urkunde vor, die das Objekt und den Kaufpreis (3,9 Mio Euro) enthielt. Auch die Urkunde enthielt den Hinweis, dass das Objekt derzeit als Büro gewidmet sei, und außerdem den Satz, dass die Umwidmung zur Wohnung „vom Käufer“ durchgeführt werde.

Die Kl gab der Bekl das „Kaufanbot“ mit nach Hause. In den folgenden Tagen unterschrieben die Bekl und die Verkäufer das „Kaufanbot“. Die Ausführung des Vertrags unterblieb dann aber; die Gründe dafür ließ das ErstG dahingestellt. Die Verkäufer verkauften das Objekt letztlich an einen Dritten.

Die Kl beehrte von der Bekl die Zahlung von € 140.400,- sA an Maklerprovision (3% des Kaufpreises). Ihre vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit sei für den Vertragsschluss kausal gewesen.

Die Bekl beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie entgegnete (unter anderem), die Kl habe ihr entgegen dem Maklervertrag keine Wohnung, sondern ein Büro vermittelt. Die Kl habe außerdem ihre Pflicht verletzt, die Bekl über die Folgen der Widmung des Objekts als Büro aufzuklären.

Das ErstG erkannte die Bekl schuldig, der Kl € 70.200,- sA und zahlen, und wies das auf die Zahlung weiterer € 70.200,- sA gerichtete Mehrbegehren ab. Durch die Tätigkeit der Kl sei ein rechtswirksamer Kaufvertrag zwischen den Verkäufern und der Bekl zustande gekommen, weshalb die Kl grundsätzlich eine Provision beanspruchen könne. Die Kl habe aber ihre Pflicht aus dem Maklervertrag verletzt, die Bekl über die Folgen der Widmung des Objekts als Büro aufzuklären. Diese Pflichtverletzung rechtfertige eine Minderung der Provision um die Hälfte.

Das BerG änderte das Ersturteil und gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Durch die Tätigkeit der Kl sei ein rechtswirksamer Kaufvertrag zwischen den Verkäufern und der Bekl zustande gekommen. Die Negativfeststellung zu den „weiteren Informationen“ über die Widmung des Objekts gehe zu Lasten der Bekl: Sie habe damit keine Pflichtverletzung der Kl iZm der Aufklärung über die Widmung des Objekts als Büro und deren Folgen bewiesen. Die Rev sei mangels einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig.

In ihrer aoRev macht die Bekl Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend und beantragt, die Entscheidungen der Vorinstanzen zu ändern und das Klagebegehren abzuweisen. Hilfsweise stellt die Bekl einen Aufhebungsantrag.

Die Kl beantragt in ihrer RevBeantwortung, die Rev zurückzuweisen und hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Aus der Begründung:

Die Rev ist zulässig, weil die Vorinstanzen die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 und Abs 3 MaklerG für den Provisionsanspruch im Einzelfall nicht ausreichend beachtet haben. Sie ist aus diesem Grund auch berechtigt.

Die Kl macht einen Provisionsanspruch als Maklerin geltend. Dieser setzt zunächst den – zumindest konkludenten – Abschluss eines Maklervertrags zwischen den Parteien voraus (RS0062685; RS0063026). Ein Maklervertrag kommt schon dann konkludent zustande, wenn der Interessent erkennen kann, dass er eine provisiionspflichtige Tätigkeit des Maklers in Anspruch nimmt, und dieser nicht widerspricht (6 Ob 129/20 v; vgl RS0062234; RS0062658). Die Beweislast für das Zustandekommen eines Maklervertrags – mit einem Inhalt, der insb in Zusammenschau mit der Tätigkeit der Kl und dem von ihr vermittelten Geschäft einen Provisionsanspruch begründen kann – trifft die Kl (vgl 4 Ob 164/21b; RS0037797).

Es steht fest, dass die Bekl eine Wohnung („zu Wohnzwecken“) suchte und dass die Kl das wusste. Sollten die Parteien daher (konkludent) einen Maklervertrag geschlossen haben – die Feststellungen legen nahe, dass die Bekl zumindest erkennen konnte, eine Maklertätigkeit in Anspruch zu nehmen, und dieser nicht widersprach –, lag aufgrund der Feststellungen ein „natürlicher Konsens“ (vgl zB RS0014005 [T 5]; RS0017741) über das Objekt des von der Kl zu vermittelnden Geschäfts vor, nämlich eine (als solche bewohnbare) Wohnung.

Eine nachträgliche (konkludente) Änderung des Maklervertrags in Bezug auf das zu vermittelnde Objekt ist nach den Feststellungen nicht zu begründen: Es steht zwar fest, dass die Kl der Bekl zuletzt ein als Büro gewidmetes Objekt anbot und die Bekl auf die Widmung hinwies. Ob darin überhaupt ein (konkludentes) Angebot zur Änderung des Maklervertrags mit dem Inhalt lag, die Kl könne (und dürfe) der Bekl anstelle einer Wohnung auch ein Büro vermitteln, braucht aber nicht geklärt zu werden: Es steht nämlich keine Reaktion der Bekl fest, welche die Kl nach der Lehre vom „objektiven Empfängerhorizont“ (vgl RS0014160 [T 37]; RS0113932 [T 8]) als

Zustimmung zu einer entsprechenden Änderung des Maklervertrags ansehen hätte dürfen. Der Abschluss des Kaufvertrags über das Büro reichte für eine solche Annahme nicht aus: Allein daraus ergaben sich für die KI - nach dem strengen Maßstab des § 863 ABGB (vgl RSO013947 [T 3, T 11]; RSO014146) - keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass sich das ihr bekannte Anliegen der Bekl, eine Wohnung („zu Wohnzwecken“) zu erwerben, in der Zwischenzeit diametral geändert hätte - und zwar so, dass die Bekl nun ein Büro erwerben wolle.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: Die Feststellungen decken jedenfalls keine für die KI günstigere Beurteilung als einen nur auf die Vermittlung einer Wohnung gerichteten Maklervertrag.

Der Provisionsanspruch des Maklers setzt das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäfts durch seine vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit oder zumindest eines dem vertragsgemäß zu vermittelnden Geschäft nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertigen Geschäfts durch seine Tätigkeit voraus (§ 6 Abs 1, 3 MaklerG). Auch eine (noch so) verdienstliche Tätigkeit des Maklers begründet also keinen Provisionsanspruch, wenn sie nicht zum Abschluss des vertragsgemäß zu vermittelnden Geschäfts oder zumindest eines ihm „zweckgleichwertigen“ Geschäfts führt. Im zweiten Fall kommt es allein auf die wirtschaftliche Gleichwertigkeit für den vom Geschäftsherrn angestrebten Zweck an (vgl RSO029698 [T 5, T 6, T 10, T 11, T 18]). Ob ein Geschäft, das vom vertraglichen Vermittlungsziel abweicht, in diesem Sinne als „zweckgleichwertig“ anzusehen ist, ist durch Auslegung des Maklervertrags nach den Grundsätzen des § 914 ABGB zu ermitteln (vgl RSO029698 [T 3]).

Die KI hat der Bekl jedenfalls nicht, wie im Maklervertrag vereinbart, eine Wohnung, sondern ein als Büro gewidmetes WE-Objekt vermittelt. Sie ist daher nicht „vertragsgemäß“ tätig geworden (§ 6 Abs 1 MaklerG). Auch von einer „Zweckgleichwertigkeit“ (§ 6 Abs 3 MaklerG) kann hier keine Rede sein, weil das Büro, wie die Rev aufzeigt, zumindest erst nach einer erfolgreichen Umwidmung (§ 16 Abs 2 WEG) und einer Baubewilligung (§ 60 Abs 1 lit c Wiener Bauordnung) als Wohnung genutzt werden könnte. Dass beide Voraussetzungen so schnell und unproblematisch erfüllt werden könnten, dass das von der KI vermittelte Geschäft als dem vertragsgemäß zu vermittelnden Geschäft für die Bekl zweckgleichwertig anzusehen gewesen wäre, hat die KI nicht vorgebracht und bewiesen.

Die in der Rev vertretene Ansicht, die KI habe keinen Provisionsanspruch, weil die Widmung des vermittelten Objekts als Büro nicht dem der KI bekannten Anliegen der Bekl entsprochen habe, eine Wohnung („zu Wohnzwecken“) zu erwerben, ist daher zu teilen.

In Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen ist das Klagebegehren abzuweisen.

Anmerkung:

Immobilienmakler sind gut beraten, das mit ihren Auftraggebern fixierte Vermittlungsziel immer im Auge zu behalten und künftige - sich im Laufe der Vermittlungstätigkeit ergebende - Abweichungen stets unmissverständlich mit ihren Auftraggebern abzustimmen und zu dokumentieren. So könnte man die Lehren aus dem vorliegenden Judikat zusammenfassen.

Der Maklerin war bewusst, dass die Auftraggeberin eine Wohnung zu Wohnzwecken suchte. Es wurde jedoch letztlich - mit Wissen der Auftraggeberin - der Kauf eines als Büro gewidmeten WE-Objekts vermittelt. Die Auftraggeberin unterfertigte ein Kaufangebot mit einem Kaufpreis von 3,9 Mio Euro, in dem auf die aktuelle Widmung als Büro und sogar explizit darauf hingewiesen wurde, dass die Auftraggeberin (Käuferin) selbst die Umwidmung zur

Wohnung durchführen werde. Dieses Kaufangebot wurde verkäuferseitig angenommen, sodass vermeintlich der angestrebte Vermittlungserfolg eintrat und die Maklerin eine Provision iHv € 140.400,- (3% des Kaufpreises zzgl 20% USt) verrechnete. Das wegen der ausstehenden Provisionszahlung angestrebte Gerichtsverfahren gestaltete sich für die Maklerin jedoch wie eine Achterbahnfahrt.

Während das ErstG 50% der verrechneten Provision zusprach und die Minderung der Provision auf die Hälfte mit einer Pflichtverletzung der Maklerin (diese habe über die Folgen der Widmung des Kaufobjekts als Büro aufklären müssen) begründete, gab das BG der Klage sogar zur Gänze statt. Das Höchstgericht sah sich allerdings aufgrund einer aoRev der bekl Auftraggeberin (Käuferin) dazu veranlasst, die Urteile der Vorinstanzen dahingehend abzuändern, dass die Klage zur Gänze abgewiesen wurde.

Der OGH ruft in Erinnerung, dass nicht jede, sondern nur die vertragsgemäße oder zweckgleichwertige Verdienstlichkeit des Maklers (§ 6 Abs 1 und 3 MaklerG) einen Provisionsanspruch begründet. Makler dürfen daher bei ihren Vermittlungsbemühungen niemals das mit ihren Auftraggebern vereinbarte Vermittlungsziel und den diesem zugrunde liegenden Vermittlungszweck aus den Augen verlieren, um nicht letztlich - wie im vorliegenden Fall - trotz Vermittlung eines wirksamen Rechtsgeschäfts mit leeren Händen dazustehen. Der OGH prüfte im gegenständlichen Fall zwar auch die Frage, ob der erfolgreich vermittelte Kaufvertrag (über ein als Büro gewidmetes WE-Objekt) nach seinem Zweck dem Auftragsinhalt (Objekt für Wohnzwecke) wirtschaftlich gleichwertig sei, hat dies aber uE zu Recht, und zwar unter Hinweis auf die mit einer Umwidmung eines WE-Objekts verbundenen Herausforderungen wohnungseigentumsrechtlicher und baurechtlicher Natur, verneint. Maßstab für die Beurteilung der allfälligen Zweckgleichwertigkeit des vom Makler vermittelten Geschäfts sind nämlich stets die sich aus dem Maklervertrag ergebenden (subjektiven) Interessen der Auftraggeberin (so schon *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG §§ 6, 7 Rz 59).

Praxistipp:

Makler sollten die Art (zB Kauf, Miete etc) und den Gegenstand (Wohnung, Geschäftslokal, Geschäftslokal mit bestimmter Widmung etc) des angestrebten Rechtsgeschäfts stets im Einvernehmen mit den Auftraggebern genau definieren. Wenn sich im Laufe der Vermittlungsbemühungen Abweichungen vom ursprünglichen Vermittlungsziel ergeben, müsste die inhaltliche Modifikation des Vermittlungsauftrags mit der Auftraggeberin ausdrücklich vereinbart und schriftlich dokumentiert werden.

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

Dr. **Maximilian A. Max** ist RAA bei MSLegal Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.