

sms.law.bites | Real Estate: Provisionsanspruch des Immobilienmaklers

Ein Beitrag von sms.law Partner Markus Dax und sms.law Associate Lakitha Shetty

Die Voraussetzungen für den Provisionsanspruch des Immobilienmaklers erscheinen auf den ersten Blick klar strukturiert, führen in der Praxis jedoch regelmäßig zu Streitigkeiten. Der Oberste Gerichtshof hat sich erneut in mehreren aktuellen Entscheidungen mit § 6 MaklerG auseinandergesetzt und dabei die maßgeblichen Anforderungen präzisiert.

Ob ein Immobilienmakler Anspruch auf eine Provision hat, hängt im Kern davon, ob ein Maklervertrag zustande gekommen ist, die Tätigkeit des Immobilienmaklers als verdienstlich zu qualifizieren ist und diese Tätigkeit kausal für den Abschluss des Hauptgeschäfts (zB Kaufvertrag) war.

👉 Zustandekommen eines konkludenten Maklervertrages

Der Maklervertrag ist grundsätzlich formfrei und kann daher ausdrücklich oder konkludent abgeschlossen werden (nur der Alleinvermittlungsvertrag zwischen Unternehmer und Konsumenten setzt Schriftlichkeit voraus). Für die Annahme eines konkludenten Vertragsabschlusses ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen: Das Verhalten des Interessenten muss eindeutig auf einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen schließen lassen. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Immobilienmaklers, der für das Zustandekommen des Vertrags beweispflichtig ist.

Ein konkludenter Maklervertrag liegt nur dann vor, wenn der Auftraggeber

- ◆ erkennt, dass der Immobilienmakler für ihn tätig wird,
- ◆ ihm bewusst ist, dass diese Tätigkeit entgeltlich erfolgt, und
- ◆ er der Tätigkeit nicht widerspricht.

Kein Maklervertrag kommt hingegen zustande, wenn

- ◆ der Interessent ausdrücklich widerspricht (etwa mit dem Hinweis, dass ihm das Objekt bereits bekannt ist oder dass keine Tätigkeit gewünscht wird),
- ◆ durch reines übermitteln des Exposés, oder
- ◆ der Immobilienmakler erkennbar ausschließlich für eine andere Partei tätig wird, ohne einen klaren Provisionshinweis gegenüber dem Interessenten zu setzen.

Ein Widerspruch ist auch nach Tätigwerden des Immobilienmaklers möglich. Der OGH lehnt ausdrücklich jede „faktische Vertragserzwingung durch Vorleistung“ ab.

👉 Wann ist die Tätigkeit des Immobilienmaklers verdienstlich?

Verdienstlichkeit bezeichnet den inhaltlichen Beitrag des Immobilienmaklers zum Zustandekommen des Vertrages. Erforderlich ist eine Tätigkeit, die objektiv geeignet ist, den Vertragsabschluss herbeizuführen. Typische verdienstliche Tätigkeiten sind etwa:

- ◆ das Erbringen einer ersten konkreten Kaufgelegenheit (Nachweis erforderlich),
- ◆ Herstellen des Kontakts zwischen Verkäufer und Käufer,
- ◆ Übermittlung entscheidungsrelevanter Informationen,
- ◆ fördernde Einflussnahme auf die Entschlussbildung (mehr als bloßes Weiterleiten).

Bloß untergeordnete oder zufällige Tätigkeiten begründen entsprechend der Judikatur keinen Provisionsanspruch. Ebenso muss der Immobilienmakler weder bis zum Vertragsabschluss tätig bleiben noch selbst Vertragsverhandlungen führen.

👉 **Kausalität: Die Maklertätigkeit als Ursache für den Abschluss**

Die verdienstliche Tätigkeit des Immobilienmaklers muss adäquat kausal für den späteren Kaufabschluss gewesen sein. Fehlt diese Kausalität – etwa durch eigenständige Neuverhandlungen ohne Bezug zum Immobilienmakler – entfällt der Provisionsanspruch.

Kein Kausalitätszusammenhang liegt daher z.B. vor, wenn die ursprünglichen Vermittlungsbemühungen endgültig gescheitert sind und der Abschluss ausschließlich auf eigenständigen Neuverhandlungen beruht. Ebenso besteht kein Kausalitätszusammenhang, wenn ein erheblicher zeitlicher Abstand zur Tätigkeit besteht und neue, unabhängige Ursachen ohne neuerliche Tätigkeit des Immobilienmaklers zum Vertragsabschluss führen.

👉 **Exkurs: Zweckgleichwertigkeit - Provision trotz Erwerb durch Dritte**

Der Immobilienmakler hat auch dann Anspruch auf seine Provision, wenn nicht der Auftraggeber selbst, sondern ein Dritter (z. B. Angehörige, Geschäftspartner oder eine neu gegründete Gesellschaft) das Objekt erwirbt. Entscheidend ist, ob ein wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft (§ 6 Abs. 3 MaklerG) zustande kommt. Die Beurteilung, ob Zweckgleichwertigkeit vorliegt, erfolgt stets einzelfallbezogen, abhängig von den konkreten Umständen.

Zweckgleichwertigkeit kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Erwerb durch eine neu gegründete Gesellschaft erfolgt und der Auftraggeber an dieser wirtschaftlich beteiligt ist oder maßgeblichen Einfluss ausübt. Eine Mehrheitsbeteiligung ist nicht zwingend erforderlich, auch Minderheitsbeteiligungen können genügen, wenn der Auftraggeber maßgeblichen Einfluss in der Gesellschaft ausübt.

Liegt Zweckgleichwertigkeit vor, bleibt der Auftraggeber des Immobilienmaklervertrags provisionspflichtig, auch wenn der Erwerb durch den Dritten erfolgt. Der Provisionsanspruch richtet sich daher weiterhin gegen den Partner des Immobilienmaklervertrags.

👉 **Praxistipps**

- ◆ **Konkludenz nicht unterstellen:** Auch eine noch so verdienstvolle Vermittlungstätigkeit berechtigt dann nicht zur Forderung einer Provision, wenn sie ohne ausdrücklich oder konkludent erteilten Auftrag erbracht worden ist.
- ◆ **Zweckgleichwertigkeit korrekt einordnen:** Erwirbt ein Dritter (z. B. eine Gesellschaft), bleibt der Auftraggeber provisionspflichtig, sofern derselbe wirtschaftliche Zweck verwirklicht wird.
- ◆ **Verdienstlichkeit aktiv schaffen:** Die bloße Bekanntheit des Objekts durch den Auftraggeber schadet nicht, sofern der Immobilienmakler danach durch seine Bemühungen den Abschluss des Geschäfts unterstützen und diese angenommen werden.
- ◆ **Zeitpunkt der Tätigkeit:** Es ist nicht erforderlich, dass der Vertragsabschluss in den Zeitraum des aufrechten Maklervertrags fällt. Wesentlich ist aber, dass der Immobilienmakler seine vertragsgemäße Vermittlungstätigkeit während des Bestehens des Immobilienmaklervertrags erbracht hat.