

## MAKLERRECHT

## Keine Provisionsmäßigung bei Verletzung nachwirkender Vertragspflichten

» ImmoZak 2023/11

§ MaklerG: § 3

# OGH 25. 5. 2022, 8 Ob 82/21y

Voraussetzung für den Provisionsanspruch des Maklers ist der Nachweis einer verdienstlichen, also dem Vermittlungsvertrag entsprechenden Tätigkeit, die geeignet ist, Vertragspartner aufzufinden – bei Namhaftmachung für das Zustandekommen nützlich war – bzw zum Vertragsabschluss zu bewegen. Bei der Mäßigung nach § 3 Abs 4 MaklerG handelt es sich um eine Art Vertragsstrafe. Allfällige Ansprüche auf konkreten Schadenersatz bleiben vom Mäßigungsrecht unberührt.

Eine Mäßigung des Provisionsanspruchs nach § 3 Abs 4 MaklerG hat nur dann zu erfolgen, wenn die Verdienstlichkeit des Maklers durch diesen Pflichtverstoß geringer als ohne diesen einzustufen ist. Die Sanktion der Provisionsermäßigung soll unabhängig von einem konkret beweisbaren Schaden immer schon dann eintreten, wenn wegen Vorliegens einer wesentlichen Pflichtverletzung davon auszugehen ist, dass der Makler nicht voll verdienstlich tätig geworden ist. Das Ausmaß der Mäßigung hängt davon ab, in welchem Maß die Verletzung einer wesentlichen Pflicht die Verdienstlichkeit des Maklers gemindert hat. Die Mäßigung der Provision ist direkt proportional zu den Pflichtverletzungen des Maklers vorzunehmen. Wie sich die Pflichtverletzung auf die Abwicklung des Geschäfts ausgewirkt hat, ist ohne Bedeutung. Auch kommt es nicht darauf an, ob durch die Pflichtverletzung ein Schaden eingetreten ist. Die Mäßigung der Provision kann auch noch nach Fälligkeit geltend gemacht werden, wenn die Pflichtverletzung des Maklers erst später zutage getreten ist. Hat der Auftraggeber die Provision bereits bezahlt, kann er den Anspruch auf Mäßigung im Wege eines Rückforderungsanspruchs geltend machen. Die Verletzung nachwirkender Vertragspflichten (§ 7 ImmobilienmaklerVO) ohne zeitlichen oder inhaltlichen Zusammenhang mit der provisiionspflichtigen Vermittlungstätigkeit ist für die mit dem Begriff der Verdienstlichkeit umschriebene Qualität und mit dem Erfolg ihrer für den Geschäftsabschluss adäquat kausalen Bemühungen nicht relevant und führt nicht zu einer Ermäßigung gem § 3 Abs 4 MaklerG. Der Anspruch auf Ersatz eines allenfalls durch die festgestellte Verletzung nachwirkender Vertragspflichten verursachten Schadens bleibt nach Satz 1 *leg cit* davon aber grds unberührt.

### Anmerkung:

#### 1. Voraussetzungen für eine Provisionsmäßigung

Der Auftraggeber hat Anspruch auf Provisionsmäßigung, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>1</sup>

- Anspruch auf Maklerprovision,
- Verletzung „wesentlicher Pflichten“,
- durch die vorgeworfene Pflichtverletzung wurde die Verdienstlichkeit des Maklers „geringer“.

Nicht erforderlich ist der Nachweis eines konkreten Schadens. Der Anspruch auf Mäßigung der Provision besteht unabhängig davon, ob beim Auftraggeber durch die Verletzung wesentlicher Pflichten und die damit einhergehende geringere Verdienstlichkeit tatsächlich ein Schaden entstanden ist.<sup>2</sup>

#### 1.1. Anspruch auf Maklerprovision

Die erste Voraussetzung, die Provisionspflicht des Auftraggebers, war in einem anderen Prozess Streitthema und wurde zugunsten des Maklers geklärt: Der Makler hat **Anspruch auf Provision**.

#### 1.2. Verletzung wesentlicher Pflichten

Die den Makler treffende Pflicht „zur Verschwiegenheit über alle ihm im Rahmen seiner Berufsausübung bekannt gewordenen Tatsachen“ ist zweifach normiert. In § 7 Immobilienmaklerverordnung als Standes- und Ausübungsregel und in § 3 MaklerG, der den Makler dazu verpflichtet, die Interessen des Auftraggebers zu wahren. Aus dieser Interessenwahrungspflicht lässt sich eine Pflicht zur Verschwiegenheit ableiten.<sup>3</sup>

Der Gesetzgeber misst der Verschwiegenheit durch die zweifache Normierung offenbar eine besondere Bedeutung zu. Das lässt den Schluss zu, dass ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht „wesentlich“ ist. Die Verschwiegenheitspflicht wirkt nach Beendigung des Maklervertrags fort.<sup>4</sup>

#### 1.3. Geringere Verdienstlichkeit

Bei der Verdienstlichkeit handelt es sich um die seitens des Maklers mindestens zu entfaltende Tätigkeit.<sup>5</sup> Eine verdienstliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn sie den Anforderungen des Maklervertrags entspricht und ihrer Art nach geeignet ist, für den Geschäftsherrn Vertragspartner aufzufinden bzw diese zum Vertragsabschluss zu bewegen.<sup>6</sup> Die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit muss zudem gesetz- und standesgemäß erfolgen. Agiert der Makler bei der Vermittlungstätigkeit **an sich** (Zusammenführung der Vertragspartner) standes- und/oder gesetzwidrig, etwa weil er entgegen der Verschwiegenheitspflicht interne Preislimits und Verhandlungstaktiken preisgibt, schmälert das seine Verdienstlichkeit.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Vgl Wortlaut § 3 Abs 4 MaklerG.

<sup>2</sup> ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 17.

<sup>3</sup> Vgl Limberg in GeKo Wohnrecht II § 3 MaklerG Rz 7 f.

<sup>4</sup> Kothbauer in GeKo Wohnrecht II § 7 ImmMV Rz 4.

<sup>5</sup> ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 19.

<sup>6</sup> RS0062800.

<sup>7</sup> Vgl etwa OLG Innsbruck 10 R 48/19p = ImmoZak 2020, 16 (Prader).

Findet der Makler jedoch einen Vertragspartner für seinen Auftraggeber in standes- und gesetzesgemäßer Art und Weise und verstößt er erst nachgelagert gegen die Verschwiegenheitspflicht oder gegen sonstige Pflichten, hat er mE keine Mäßigung seiner Provision zu befürchten. Freilich kann der Makler aber bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Schadenersatzansprüche ausgesetzt sein.

**Kurzum:** Verrät der Makler nach erfolgreicher Zusammenführung der Vertragspartner, also nach verdienstlicher Tätigkeit (etwa) geheime und interne Preislimits und die Verhandlungstaktik seines Auftraggebers, was dem Auftraggeber in seinem weiteren Geschäftsleben (etwa bei anderen Liegenschaftstransaktionen) ursächlich schadet, hat der Auftraggeber keinen Anspruch auf Mäßigung der Provision, kann aber gegenüber dem Makler allenfalls Schadenersatzansprüche geltend machen.

Dem OGH ist daher jedenfalls beizupflichten, wenn er bei Verletzung **nachwirkender Vertragspflichten** (§ 7 ImmobilienmaklerVO) ohne zeitlichen oder inhaltlichen Zusammenhang mit der provisionspflichtigen Vermittlungstätigkeit keinen Anspruch auf Mäßigung der Provision gem § 3 Abs 4 MaklerG erkennt.

ME ist die zeitliche Grenze aber ohnehin bereits früher zu ziehen, nicht erst bei der Verletzung nachwirkender Vertragspflichten: Hat der Makler seine verdienstliche Tätigkeit standes- und gesetzesgemäß entfaltet, begründet ein nachgelagerter Pflichtverstoß allenfalls Schadenersatzansprüche, aber keinen Anspruch auf Mäßigung der Provision, zumal jeder Pflichtverstoß, der der standes- und gesetzesgemäßen verdienstlichen Tätigkeit nachgelagert ist, die Qualität und das Ausmaß der Verdienstlichkeit nicht mehr berührt.

Karl Weilharter

#### Herausgeber ImmoZak:

Dr. Christian Prader  
Hofrat des OGH Dr. Martin Weber

#### Redaktion:

Mag. Wolfgang Kolmasch  
E-Mail: wolfgang.kolmasch@lexisnexis.at

#### Herausgeber Zak:

SP d. OGH Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek  
VP d. OGH Univ.-Prof. Dr. Matthias Neumayr

#### Impressum:

Offenlegung gemäß § 25 MedienG:

**Medieninhaber und Herausgeber** **ISD § 1 Abs 1 Z 8 und Z 9 MedienG:** LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG | Sitz: Trabrennstraße 2A, 1020 Wien | Unternehmensgegenstand: LexisNexis ARD Orac ist ein führender Fachverlag in Österreich im Bereich Steuern, Recht und Wirtschaft, der die Tradition der Verlagshäuser Orac und ARD unter internationalem Dach fortführt. LexisNexis ARD Orac ist ein Tochterunternehmen der international tätigen Verlagsgruppe RELX Group, deren Legal Division weltweit unter dem Namen LexisNexis firmiert. | Blattlinie: Rechtsinformation und Wirtschaftsinformation; aktuelle rechtliche Neuerungen | Geschäftsführung: Susanne Mortimore | Unbeschränkt haftender Gesellschafter: Orac Gesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2A, 1020 Wien | Kommanditist: Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H., Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Beteiligungsverhältnisse: Alleiniger Gesellschafter der Orac Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Gesellschafter der Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam (0,1 %) | Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg (99,9 %) | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Austria GmbH: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Overseas B.V.: Reed Elsevier Holdings B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings B.V.: RELX Group plc, 1-3 Strand (<http://www.relxgroup.com/aboutus/Pages/Home.aspx>), London WC2N 5JR (50 %) | Reed Elsevier Holdings Ltd., 1-3 Strand, London WC2N 5JR (50 %) | Gesellschafter der RELX Group plc: RELX PLC (52,9 %), RELX NV (47,1 %) | Gesellschafter der RELX PLC: mehr als 75 % im Streubesitz | Gesellschafter der RELX NV: mehr als 75 % im Streubesitz | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings Ltd.: RELX Group plc (100 %) | Redaktion: Trabrennstraße 2A, 1020 Wien.

#### Lektorat und Autorenbetreuung:

MMag. Birgit Wenczel  
1020 Wien, Trabrennstraße 2A  
Tel. +43-1-534 52-1603, Fax DW 146  
E-Mail: birgit.wenczel@lexisnexis.at

#### Abonnentenservice:

Tel. +43-1-534 52-0 | Fax DW 141  
E-Mail: kundenservice@lexisnexis.at

#### Anzeigen & Mediadaten:

Alexander Mayr  
1020 Wien, Trabrennstraße 2A  
Tel. +43-1-534 52-1116, Fax DW 144  
E-Mail: anzeigen@lexisnexis.at  
<http://lesen.lexisnexis.at/zs/immozak/mediadaten.html>

Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2023 | Verlags- und Herstellungsort: Wien | Die Zeitschrift erscheint 4-mal im Jahr | Einzelheftpreis 2023: 36 €; Jahresabonnement 2023: 140 € inkl. MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten | Bankverbindung: Bank Austria, IBAN: AT84 1200 0504 2346 8600, BIC: BKAUATWW | Abbestellungen sind nur zum Jahreschluss möglich, wenn sie bis spätestens 30.11. schriftlich einlangen | Druck: Prime Rate GmbH, Megyeri út 53, H-1044 Budapest. ISSN 1996-2428.

**Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden. Bitte beachten Sie: Für Veröffentlichungen in unseren Zeitschriften gelten unsere AGB für Zeitschriftenautoren und -autoren (abrufbar unter <https://www.lexisnexis.at/agb/agb-zeitschriftenautoren/>) sowie unsere Datenschutzerklärung (abrufbar unter <https://www.lexisnexis.at/datenschutzbestimmungen/>).

**Trotz sorgfältigster Bearbeitung erfolgen alle Angaben ohne Gewähr. Eine Haftung des Verlages, der Herausgeber und der Autoren ist ausgeschlossen. Dies gilt auch für Inhalte, die exklusiv digital veröffentlicht werden.**