



MAKLERRECHT

Keine Zweckgleichwertigkeit bei Vermittlung eines „umwidmungspflichtigen“ Büros anstelle einer Wohnung

» ImmoZak 2024/34

§ MaklerG: § 6

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

Der Provisionsanspruch des Maklers setzt das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäfts durch seine vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit oder zumindest eines dem vertragsgemäß zu vermittelnden Geschäfts durch seine Tätigkeit voraus. 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. Vermittelt die Maklerin der Kaufinteressentin jedenfalls nicht wie im Maklervertrag vereinbart eine Wohnung, sondern ein als Büro gewidmetes WE-Objekt, ist sie daher nicht „vertragsgemäß“ tätig geworden (§ 6 Abs 1 MaklerG). Auch von einer „Zweckgleichwertigkeit“ (§ 6 Abs 3 MaklerG) kann keine Rede sein, wenn das Büro 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; dies gilt jedenfalls dann, wenn die Maklerin nicht vorbringt und beweist, dass diese beiden Voraussetzungen so schnell und unproblematisch erfüllt werden können, dass das von ihr vermittelte Geschäft als dem vertragsgemäß zu vermittelnden Geschäft zweckgleichwertig anzusehen ist. Auch wenn konkludent ein Maklervertrag geschlossen worden sein sollte, da die Bekl zumindest erkennen konnte, eine Maklertätigkeit in Anspruch zu nehmen, und dieser nicht widersprach, braucht die Frage des Vorliegens eines (konkludenten) Angebots zur Änderung des Maklervertrags nicht geklärt zu werden, wenn es keine Reaktion der Kaufinteressentin gab, welche die Maklerin nach der Lehre vom „objektiven Empfängerhorizont“ als Zustimmung zu einer entsprechenden Änderung des Maklervertrags ansehen hätte dürfen.

**Anmerkung:****1. Zur Zweckgleichwertigkeit**

Wird zunächst das Vermittlungsziel als Ankauf einer Wohnung zu Wohnzwecken definiert und formuliert, davon abweichend

dann allerdings ein Geschäft über ein WE-Objekt, das als Büro gewidmet ist, abgeschlossen, dann entspricht das tatsächlich abgeschlossene Geschäft nicht dem vertraglich vereinbartenmittlungsauftrag. Der Makler hat seine Vermittlungstätigkeit nicht „vertragsgemäß“ ausgeführt und daher per se keinen Provisionsanspruch.¹

Die Rettung des Provisionsanspruches über das Argument der Zweckgleichwertigkeit des tatsächlich abgeschlossenen Geschäftes mit dem aufgetragenen Geschäft² geht im gegenständlichen Fall insofern ins Leere, als die Zweckgleichwertigkeit nach der Rsp generell enge Grenzen hat und im Speziellen das abgeschlossene zweckgleichwertige Geschäft mit dem vom Geschäftsherrn des Maklers angestrebten Zweck (wirtschaftlich) gleichwertig sein muss.³ Eine Wohnung dient zu Wohnzwecken, ein Büro zu Arbeitszwecken: Die mit dem Ankauf verfolgten Zwecke sind aus objektiver Sicht diametral. Eine Provisionspflicht wäre zu bejahen, wenn das abgeschlossene Geschäft objektiv betrachtet zwar nicht dem aufgetragenen Geschäft entspricht, aber doch (ausnahmsweise) für die Auftraggeberin (= Bekl) aus subjektiven Gründen (wirtschaftlich) gleichwertig ist. Dazu gibt es in der Entscheidung keine Feststellungen. Die Zweckgleichwertigkeit war sohin richtigerweise zu verneinen.

2. Abschluss eines Maklervertrags durch schlüssiges Verhalten

Das Zustandekommen eines Maklervertrags ist grundsätzlich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln der §§ 861 ff ABGB zu beurteilen.⁴ Ein Maklervertrag kann sohin auch konkludent, durch schlüssiges Verhalten, geschlossen werden.⁵

Die Rsp ist, was das Zustandekommen von Maklerverträgen durch schlüssiges Verhalten anlangt, tendenziell großzügig:⁶ Nach der Judikatur reicht es aus, dass sich der Auftraggeber der Vermittlung nutzbringend bedient hat, wenn er nur die vom Makler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht.⁷ Nur wenn der Makler bereits erkennbar für einen anderen Auftraggeber handelt, ist in der Annahme seiner Dienste noch kein stillschweigender Vertragsabschluss zu sehen.⁸ In diesem Fall kann der Makler allerdings seinen Provisionsanspruch wahren, indem er auf seine Provisionserwartung hinweist.⁹

Nach den Feststellungen hat die Kl der Bekl ein als Büro gewidmetes WE-Objekt vermittelt und ihr in der weiteren Kommunikation ein vorbereitetes Kaufanbot hinsichtlich dieses Büros mit nach Hause gegeben.

Die Bekl hat dieser Vermittlungstätigkeit der Kl nicht widersprochen. Ob für die Bekl erkennbar war, dass die Kl bereits

1 § 6 Abs 1 MaklerG.

2 R50029698, zuletzt OGH 6 Ob 24/23g = ImmoZak 2023/48, 90 (B. Dobler).

3 4 Ob 220/01h = MietSlg 53.610 mwN.

4 Noss, immolex 2009, 140.

5 Zuletzt etwa 6 Ob 232/23w.

6 Noss, immolex 2009, 140.

7 R50062234; R50062658; 6 Ob 129/20v = MietSlg 72.487 mwN.

8 R50062684, zuletzt 4 Ob 164/21b = immolex 2022/122, 265 (Stadlmann/Waldenberger).

9 R50062234 [T3, T4]; 4 Ob 164/21b = immolex 2022/122, 265 (Stadlmann/Waldenberger).

von der Verkäuferseite beauftragt war, steht nicht mit eindeutiger Klarheit fest, ist aber aufgrund der Vorvermittlungen und der Feststellung, dass die Kl der Bekl auch ein Angebot mit nach Hause gegeben hat, indiziert. Den Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass die Kl auf ihre Provisionserwartung hinsichtlich des Büros hingewiesen hat.

Am Ende kann es mE nur die fehlende Feststellung eines Hinweises auf eine Provisionserwartung hinsichtlich des Büros durch die Kl sein, die der positiven Beurteilung eines Provisionsanspruchs der Kl den Garaus macht. Hätte die Kl nach den Feststellungen auf ihre Provisionserwartung hingewiesen, wäre mE die konkludente Änderung oder der konkludente Abschluss eines (weiteren) Maklervertrags auf Vermittlung eines als Büro gewidmeten WE-Objekts zu bejahen gewesen. Die Ausführungen des

OGH, dass der konkludente Abschluss eines Maklervertrags strikt nach dem strengen Maßstab des § 863 ABGB zu beurteilen ist,¹⁰ geht mE insofern zu weit, als die Rsp in der Vergangenheit für den Maklerbereich, entsprechend den oben zitierten Kriterien, ein (etwas) weniger strenges Regime für das konkludente Zustandekommen eines Maklervertrags entwickelt hat. Die Änderung des einmal geschlossenen Maklervertrags muss dabei den gleichen Grundsätzen unterliegen wie der Abschluss an sich.¹¹

Karl Weihartner

¹⁰ Vgl Rz 16 der E.

¹¹ Vgl Rz 15 der E.

Das Streben nach Klarheit und Lesbarkeit veranlasst uns dazu, in den Beiträgen auf die gleichberechtigte Nennung aller Geschlechter idR zu verzichten. Sämtliche personenbezogene Formulierungen beziehen sich gleichermaßen auf die Entsprechungen anderer Geschlechter.

Herausgeber ImmoZak:

Dr. Christian Prader
Hofrat des OGH Dr. Martin Weber

Redaktion:

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

Herausgeber Zak:

Präsident des OGH Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M.
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 Autor:innenbetreuung:

MMag. Birgit Wenzel
1020 Wien, Trabrennstraße 2A
Tel. +43-1-534 52-1603
E-Mail: birgit.wenzel@lexisnexis.at

Abonent:innenservice:

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

Anzeigen & Metadaten:

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

Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2024 | Verlags- und Herstellungsort: Wien | Die Zeitschrift erscheint 4-mal im Jahr | Einzelheftpreis 2024: 41 €, Jahresabonnement 2024: 157 € inkl. MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten | Bankverbindung: Bank Austria, IBAN: AT84 1200 0504 2346 8600, BIC: BKAUATWW | Abbestellungen sind nur zum Jahresschluss möglich, wenn sie bis spätestens 30.11. schriftlich einlangen | Druck: Prime Rate GmbH, Mogyeri 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 Zeitschriftenautorinnen und -autoren (abrufbar unter <https://www.lexisnexis.at/agb/agb-zeitschriften-autoren/>) 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 Autor:innen ist ausgeschlossen. Dies gilt auch für Inhalte, die exklusiv digital veröffentlicht werden.