

TE OGH 2012/3/23 1Ob42/12a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.03.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G***** GmbH & Co KG, *****, vertreten durch Mag. Gernot Strobl, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei A***** R*****, vertreten durch Stolz & Schartner Rechtsanwälte GmbH in Radstadt, wegen 54.600 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 7. Dezember 2011, GZ 4 R 210/11x-18, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 27. September 2011, GZ 3 Cg 179/10w-14, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.010,96 EUR (darin enthalten 335,16 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Am 31. 7. 2007 beauftragte der Beklagte als „Firma A***** R*****“ die Klägerin schriftlich mit der Vermittlung des Verkaufs seines auf einer näher bezeichneten Liegenschaft errichteten Hotels zu einem Kaufpreis von 1.950.000 EUR „zzgl MwSt“. Der befristete Alleinvermittlungsvertrag sah eine Provision von 2,5 % des Kaufpreises zuzüglich 20 % USt vor und wandelte sich laut Vertragstext nach Ablauf der Befristung mit 30. 4. 2008 in einen unbefristeten und jederzeit kündbaren schlichten Maklervertrag um, der vom Beklagten nicht gekündigt wurde. In diesem Vertrag wurde unter der Überschrift „Provisionsvereinbarung“ Folgendes vereinbart:

„Der Auftraggeber verpflichtet sich zur Bezahlung der nachstehenden Provision für den Fall, dass er mit dem vom Immobilienmakler namhaft gemachten Interessenten während oder nach Ablauf der vereinbarten Alleinvermittlungsfrist das vorgenannte Rechtsgeschäft abschließt. Die Provision gebührt dem Makler auch, wenn er in anderer Weise als durch Namhaftmachung (zB durch vermittelnde Tätigkeit) verdienstlich tätig geworden ist.“

Die Klägerin nahm das Hotel in ihr Internetportal sowie das Portal ihrer Partner im Ausland auf, wo registrierte Kunden, zu denen auch H***** K***** gehörte, nach Unterfertigung einer Vertraulichkeitserklärung und unter Verwendung eines Codes über einen gesicherten Bereich nähere Daten über das Objekt abrufen konnten. Außerdem erstellte die Klägerin ein mehrseitiges Exposé samt Lichtbildern, schaltete zumindest in zwei Ausgaben einer Gastronomie-Fachzeitschrift ein Inserat und bot das Objekt insgesamt 22 registrierten Kunden zum Kauf an. Nach Abschluss des Alleinvermittlungsvertrags gab es zumindest drei Besichtigungen des Hotels des Beklagten durch J***** H***** (damaliger Kommanditist der Klägerin sowie Alleingesellschafter und Geschäftsführer der alleinvertretungsbefugten Komplementärin) mit Kaufinteressenten, bei denen es sich aber nicht um H***** oder

W***** K***** handelte. Kopien über die geschalteten Inserate sowie eine Registrierungsnummer, um auf die Homepage der Klägerin zugreifen zu können, erhielt der Beklagte nicht.

Im September 2007 informierte H***** H***** K***** telefonisch und per E-Mail über dieses Objekt und forderte ihn zum „Besuch des Interneteintrags“ und zur Besichtigung auf. Der Verkauf dieses Hotels war diesem davor nicht bekannt. Am 25. 12. 2007 rief er über das Internetportal der Klägerin zwei Mal das Hotel auf.

Auch nach „Auslaufen“ des Alleinvermittlungsvertrags telefonierte H***** mehrmals mit H***** K***** und versuchte, ihm das Hotel schmackhaft zu machen. Ernsthafteres Interesse zeigte K***** für dieses Objekt gegenüber H***** aber nie, er lehnte auch eine vorgeschlagene unverbindliche Besichtigung ab.

Nicht feststellbar ist, ob H***** gegenüber dem Beklagten den Namen „K*****“ als Kaufinteressenten erwähnte oder er H***** K***** auf andere Weise so beschrieb, dass der Beklagte dadurch von ihm als zumindest bestimmbarer konkreter Kaufinteressent Kenntnis erlangte. Ob es nach Ablauf der Alleinvermittlungsfrist bis März 2009 noch zu Kontakten zwischen dem Beklagten und H***** kam, in denen dieser den Beklagten über weitere Vermittlungsbemühungen informierte, kann nicht festgestellt werden. Nach Ablauf des befristeten Alleinvermittlungsauftrags wandte sich der Beklagte auch an andere Immobilienbüros.

Im Herbst oder Winter 2008 kontaktierte H***** K***** von sich aus und ohne Kenntnis der Klägerin den Beklagten. Er besichtigte das Hotel des Beklagten in der Folge mehrmals, auch gemeinsam mit seinem Sohn W***** und einem Bankvertreter, immer ohne Beisein und Verständigung der Klägerin. Ob zwischen H***** K***** und dem Beklagten darüber gesprochen wurde, wie jener vom Verkauf des Hotels erfahren hatte, nämlich über die Klägerin, kann nicht festgestellt werden.

Am 29. 1. 2009 schloss H***** K***** mit der A***** R***** KG, vertreten durch den Beklagten als alleinvertretungsbefugten und persönlich haftenden Gesellschafter, einen Vorvertrag, demzufolge dieser ihm und allfälligen Miterwerbern das Unternehmen samt sämtlichem Anlagevermögen, Inventar und Bestandteilen, insbesondere auch der im Eigentum der A***** R***** KG stehenden Liegenschaft in Filzmoos mit dem darauf befindlichen Hotel, um 1.800.000 EUR veräußern, einen entsprechenden Kaufvertrag unterfertigen und zum 1. 5. 2009 übergeben werde. Auf Anraten des Steuerberaters erfolgte die Unternehmens- und Liegenschaftsübertragung in der Folge in Form einer GmbH-Neugründung und Anteilsabtretung. Das protokollierte Einzelunternehmen A***** R***** (vormals A***** R***** KG) wurde in die neu gegründete H***** GmbH eingebracht und mit Abtretungsvertrag vom 25. 5. 2009 wurden sämtliche Geschäftsanteile des Beklagten an dieser an W***** K***** und H***** K***** zu einem Preis von 1.820.000 EUR abgetreten. In die Verkaufsverhandlungen bzw in den Vertragsabschluss zwischen dem Beklagten und der Familie K***** war die Klägerin bzw J***** H***** nie eingebunden.

Wann H***** über Dritte vom Vertragsabschluss erfuhr, kann nicht mehr genau festgestellt werden; jedenfalls war dies nach Einigung der Vertragsparteien und Abschluss des Vorvertrags vom 29. 1. 2009. H***** konfrontierte den Beklagten daraufhin damit, dass er ihm den Käufer K***** als potentiellen Interessenten seinerzeit schon namhaft gemacht habe, was der Beklagte aber mit der sinngemäßen Erklärung, dies nicht mehr zu wissen, abwehrte.

Die Klägerin beehrte vom Beklagten die Zahlung einer Vermittlungsprovision von 54.600 EUR sA aus dem Verkauf der Liegenschaft samt darauf befindlichem Hotel. Sie habe mit dem Beklagten einen bis 30. 4. 2008 befristeten Alleinvermittlungsauftrag abgeschlossen, der sich vereinbarungsgemäß nach Ablauf in einen unbefristeten schlichten Maklervertrag umgewandelt habe. Sie habe die Liegenschaft H***** K***** zum Kauf angeboten, der von dieser Geschäftsgelegenheit ausschließlich durch sie erfahren habe. Mit Einbringungsvertrag vom 28. 1. 2009 sei die Liegenschaft in die H***** GmbH eingebracht und seien die Gesellschaftsanteile des Beklagten an dieser an W***** und H***** K***** zu einem Preis von 1.820.000 EUR abgetreten worden. Da es sich dabei um ein zweckgleiches Geschäft im Sinn des § 6 Abs 3 MaklerG handle, begehre sie die vereinbarte 2,5%ige Vermittlungsprovision zuzüglich 20 % USt. Die Klägerin beehrte vom Beklagten die Zahlung einer Vermittlungsprovision von 54.600 EUR sA aus dem Verkauf der Liegenschaft samt darauf befindlichem Hotel. Sie habe mit dem Beklagten einen bis 30. 4. 2008 befristeten Alleinvermittlungsauftrag abgeschlossen, der sich vereinbarungsgemäß nach Ablauf in einen unbefristeten schlichten Maklervertrag umgewandelt habe. Sie habe die Liegenschaft H***** K***** zum Kauf angeboten, der von dieser Geschäftsgelegenheit ausschließlich durch sie erfahren habe. Mit Einbringungsvertrag vom 28. 1. 2009 sei die Liegenschaft in die H***** GmbH eingebracht und seien die Gesellschaftsanteile des Beklagten an dieser an W*****

und H***** K***** zu einem Preis von 1.820.000 EUR abgetreten worden. Da es sich dabei um ein zweckgleiches Geschäft im Sinn des Paragraph 6, Absatz 3, MaklerG handle, begehre sie die vereinbarte 2,5%ige Vermittlungsprovision zuzüglich 20 % USt.

Der Beklagte wendete im Wesentlichen ein, dass die Erwerber nicht von der Klägerin namhaft gemacht worden seien und diese keine verdienstliche Tätigkeit erbracht habe. Weiters berief er sich auf laesio enormis und wandte aus dem Titel des Schadenersatzes eine Gegenforderung von 84.000 EUR ein. Zudem beehrte er die Minderung des Provisionsanspruchs gemäß § 3 Abs 4 MaklerG. Der Beklagte wendete im Wesentlichen ein, dass die Erwerber nicht von der Klägerin namhaft gemacht worden seien und diese keine verdienstliche Tätigkeit erbracht habe. Weiters berief er sich auf laesio enormis und wandte aus dem Titel des Schadenersatzes eine Gegenforderung von 84.000 EUR ein. Zudem beehrte er die Minderung des Provisionsanspruchs gemäß Paragraph 3, Absatz 4, MaklerG.

Das Erstgericht sprach aus, dass die Klagsforderung mit 54.600 EUR sA zu Recht bestehe, die Gegenforderung „von 84.000 EUR“ nicht zu Recht bestehe und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von 54.600 EUR sA. Rechtlich führte es zur Verdienstlichkeit aus, dass zwischen den Parteien - auch für nach Ablauf der Alleinvermittlungsfrist getätigte Rechtsgeschäfte -

eine Provision vereinbart worden sei. Die Abtretung von Geschäftsanteilen sei ein zweckgleichwertiges Geschäft im Sinn des § 6 Abs 3 MaklerG. Zwar sei der Klägerin der Nachweis der erfolgten Namhaftmachung des späteren Erwerbers K***** gegenüber dem Beklagten nicht gelungen, jedoch bestehe nach der Vereinbarung der Provisionsanspruch gegenüber dem Verkäufer auch dann, wenn der Makler (Klägerin) in anderer Weise als durch Namhaftmachung - zB durch vermittelnde Tätigkeit - verdienstlich tätig geworden sei. Davon sei hier auszugehen. J***** H***** habe für die Klägerin das Objekt des Beklagten nicht nur auf der Homepage beworben und Inserate in einer Fachzeitung geschaltet, sondern auch ein Exposé erstellt, konkret in Frage kommende Kunden aktiv über dieses Verkaufsprojekt informiert und Besichtigungen durchgeführt. Diese Tätigkeiten seien als verdienstlich zu beurteilen. Sie seien für den späteren Erwerb des Objekts durch H***** und W***** K***** auch zumindest mitkausal gewesen, weil diese erst über die Klägerin vom zu verkaufenden Objekt erfahren und auch die Daten dazu über die Klägerin erhalten hätten. Der Klägerin stehe ein nicht zu mäßigender Provisionsanspruch von 2,5 % zuzüglich USt zu, der bei einem Abtretungspreis von 1.820.000 EUR 54.600 EUR betrage. Das Erstgericht sprach aus, dass die Klagsforderung mit 54.600 EUR sA zu Recht bestehe, die Gegenforderung „von 84.000 EUR“ nicht zu Recht bestehe und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von 54.600 EUR sA. Rechtlich führte es zur Verdienstlichkeit aus, dass zwischen den Parteien - auch für nach Ablauf der Alleinvermittlungsfrist getätigte Rechtsgeschäfte -, eine Provision vereinbart worden sei. Die Abtretung von Geschäftsanteilen sei ein zweckgleichwertiges Geschäft im Sinn des Paragraph 6, Absatz 3, MaklerG. Zwar sei der Klägerin der Nachweis der erfolgten Namhaftmachung des späteren Erwerbers K***** gegenüber dem Beklagten nicht gelungen, jedoch bestehe nach der Vereinbarung der Provisionsanspruch gegenüber dem Verkäufer auch dann, wenn der Makler (Klägerin) in anderer Weise als durch Namhaftmachung - zB durch vermittelnde Tätigkeit - verdienstlich tätig geworden sei. Davon sei hier auszugehen. J***** H***** habe für die Klägerin das Objekt des Beklagten nicht nur auf der Homepage beworben und Inserate in einer Fachzeitung geschaltet, sondern auch ein Exposé erstellt, konkret in Frage kommende Kunden aktiv über dieses Verkaufsprojekt informiert und Besichtigungen durchgeführt. Diese Tätigkeiten seien als verdienstlich zu beurteilen. Sie seien für den späteren Erwerb des Objekts durch H***** und W***** K***** auch zumindest mitkausal gewesen, weil diese erst über die Klägerin vom zu verkaufenden Objekt erfahren und auch die Daten dazu über die Klägerin erhalten hätten. Der Klägerin stehe ein nicht zu mäßigender Provisionsanspruch von 2,5 % zuzüglich USt zu, der bei einem Abtretungspreis von 1.820.000 EUR 54.600 EUR betrage.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten Folge und wies das Klagebegehren ab. Rechtlich führte es aus, dass die Provisionspflicht des Auftraggebers voraussetze, dass dieser vor Abschluss des Hauptgeschäfts Kenntnis von der Maklertätigkeit gehabt habe. Für das Erfordernis der Kenntnis spreche, dass der Auftraggeber seine Preisgestaltung im Hauptvertrag in der Regel davon abhängig machen werde, ob eine Provisionsforderung des Maklers zu erwarten sei oder nicht. Nach der bisherigen Rechtsprechung trage der Immobilienmakler die Gefahr, dass der Interessent dem Auftraggeber die Maklertätigkeit nicht bekannt gebe. Soweit die Provisionspflicht vereinbarungsgemäß von der Namhaftmachung eines Interessenten abhängig gemacht worden sei, träfen den Auftraggeber diesbezüglich auch keinerlei Erkundigungs- oder Nachforschungspflichten. Dass der Beklagte vor Vertragsabschluss durch andere Personen Kenntnis von der Maklertätigkeit gehabt habe, sei von der Klägerin nicht

behauptet worden. Nicht festgestellt habe werden können, ob sich der Beklagte bei H***** K***** erkundigt habe, wie dieser auf den Verkauf der Liegenschaft aufmerksam geworden sei, sodass „die Frage, ob den Auftraggeber auch dann keine Erkundigungs- oder Nachforschungspflichten“ träfen, „wenn die Provision auch bei sonstiger verdienstlicher Tätigkeit“ gebühre, mangels Nachweises eines allfälligen Verstoßes offenbleiben könne. Da der Beklagte vor Vertragsabschluss keine Kenntnis von der vorausgegangenen Maklertätigkeit gehabt habe und ihm auch kein Verstoß gegen eine allfällige Erkundigungspflicht nachgewiesen werden habe können, stehe der Klägerin keine Provision zu.

Die ordentliche Revision erklärte das Berufungsgericht gemäß § 502 Abs 1 ZPO für zulässig, weil zur Rechtsfrage, ob die Provisionspflicht des Auftraggebers dessen Kenntnis von der Maklertätigkeit vor Abschluss des Hauptgeschäfts voraussetze, keine aktuelle höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege. Die ordentliche Revision erklärte das Berufungsgericht gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO für zulässig, weil zur Rechtsfrage, ob die Provisionspflicht des Auftraggebers dessen Kenntnis von der Maklertätigkeit vor Abschluss des Hauptgeschäfts voraussetze, keine aktuelle höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richtet sich die ordentliche Revision der Klägerin mit dem Antrag, dem Klagebegehren Folge zu geben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt in der Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel der Prozessgegnerin zurückzuweisen, in eventu ihm keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist nicht berechtigt.

1. Gemäß § 6 Abs 1 MaklerG ist der Auftraggeber zur Zahlung einer Provision für den Fall verpflichtet, dass das zu vermittelnde Geschäft durch die vertragsgemäß verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustandekommt. Voraussetzung für den behaupteten Provisionsanspruch der Klägerin ist der Nachweis einer verdienstlichen, für den Geschäftsabschluss adäquat kausalen Tätigkeit. Eine verdienstliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn sie den Anforderungen des Vermittlungsvertrags entspricht und ihrer Art nach geeignet ist, für den Geschäftsherrn Vertragspartner aufzufinden bzw diese zum Vertragsabschluss zu bewegen. Im Geschäftszweig der gewerblichen Immobilienmakler reicht dabei die Namhaftmachung des potentiellen Geschäftspartners (Nachweisung einer Vertragsabschlussgelegenheit) gemäß § 6 Abs 2 MaklerG aus (RIS-Justiz RS0062723; RS0062747 [T2]). Wenn die Verdienstlichkeit feststeht, ist in einem weiteren Schritt das Kausalitätserfordernis zu prüfen (2 Ob 91/10m mwN; vgl RIS-Justiz RS0062940 [T8]). 1. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, MaklerG ist der Auftraggeber zur Zahlung einer Provision für den Fall verpflichtet, dass das zu vermittelnde Geschäft durch die vertragsgemäß verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustandekommt. Voraussetzung für den behaupteten Provisionsanspruch der Klägerin ist der Nachweis einer verdienstlichen, für den Geschäftsabschluss adäquat kausalen Tätigkeit. Eine verdienstliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn sie den Anforderungen des Vermittlungsvertrags entspricht und ihrer Art nach geeignet ist, für den Geschäftsherrn Vertragspartner aufzufinden bzw diese zum Vertragsabschluss zu bewegen. Im Geschäftszweig der gewerblichen Immobilienmakler reicht dabei die Namhaftmachung des potentiellen Geschäftspartners (Nachweisung einer Vertragsabschlussgelegenheit) gemäß Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG aus (RIS-Justiz RS0062723; RS0062747 [T2]). Wenn die Verdienstlichkeit feststeht, ist in einem weiteren Schritt das Kausalitätserfordernis zu prüfen (2 Ob 91/10m mwN; vergleiche RIS-Justiz RS0062940 [T8]).

2. In der zwischen den Parteien abgeschlossenen „Provisionsvereinbarung“ wird die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit der klagenden Immobilienmaklerin definiert. Danach steht ihr die Provision einerseits schon aufgrund der Namhaftmachung zu, wenn also das Rechtsgeschäft mit einem Interessenten abgeschlossen wird, der von der Immobilienmaklerin genannt worden ist (Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich [2011] 291 zur inhaltsgleichen Klausel im ÖVI-FormNr 11/3/2009).

„Namhaftmachung“ im hier interessierenden Sinn ist die erstmalige Nennung eines bisher unbekannten Interessenten für den Vertragsabschluss. Die Vorkenntnis der namhaft gemachten Person als Individuum schadet allerdings nicht; wesentlich ist nur, dass die Person in ihrer Eigenschaft als potentieller Vertragspartner unbekannt ist. Der namhaft Gemachte muss soweit individualisiert werden, dass sich der Auftraggeber mit ihm in Verbindung setzen kann (9 Ob 57/04d; 2 Ob 91/10m = wobl 2011/130 [zust Kothbauer] = immolex 2012/20 [zust Maier-Hülle], jeweils mwN). Der erforderlichen Konkretisierung der in Frage kommenden Person wird grundsätzlich auch entsprochen, wenn der

Interessent selbst beim Auftraggeber erscheint und sich dort vorstellt. Der Immobilienmakler kann sich dementsprechend zur Mitteilung einer Kaufgelegenheit auch des Interessenten selbst bedienen (RIS-Justiz RS0062491). Wenn der Interessent aber dem Auftraggeber verschweigt, dass er aufgrund der Tätigkeit des Immobilienmaklers von der Kaufgelegenheit erfuhr und deshalb den Auftraggeber kontaktierte, trägt der Immobilienmakler, dessen Provisionspflicht vereinbarungsgemäß von der Namhaftmachung des dann das Geschäft abschließenden Interessenten abhängig ist, die Gefahr, dass der Interessent dies dem Auftraggeber nicht bekannt gibt. Jedenfalls muss der Beklagte von der Maklertätigkeit (vor Abschluss des Hauptvertrags) in Kenntnis sein, um provisionspflichtig zu werden. Für den beklagten Auftraggeber bestehen dabei keine Erkundigungs- oder Nachforschungspflichten, insbesondere auch nicht beim Makler. Ein „redlicher Kunde“ eines Maklers ist keineswegs verpflichtet, (in jedem Fall) abzuklären, ob ein eingetretener Vertragserfolg auf die Tätigkeit des Maklerunternehmens zurückzuführen ist, um damit einen - andernfalls gar nicht bestehenden - Provisions-

anspruch durch Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss doch noch zu begründen (7 Ob 174/06y mwN; vgl Knittl/Holzapfel aaO 66; Kriegner, Der Immobilienmakler - Pflichten und vertragliche Haftung [2007] 44). „Namhaftmachung“ im hier interessierenden Sinn ist die erstmalige Nennung eines bisher unbekannten Interessenten für den Vertragsabschluss. Die Vorkennntnis der namhaft gemachten Person als Individuum schadet allerdings nicht; wesentlich ist nur, dass die Person in ihrer Eigenschaft als potentieller Vertragspartner unbekannt ist. Der namhaft Gemachte muss soweit individualisiert werden, dass sich der Auftraggeber mit ihm in Verbindung setzen kann (9 Ob 57/04d; 2 Ob 91/10m = wobl 2011/130 [zust Kothbauer] = immolex 2012/20 [zust Maier-Hülle], jeweils mwN). Der erforderlichen Konkretisierung der in Frage kommenden Person wird grundsätzlich auch entsprochen, wenn der Interessent selbst beim Auftraggeber erscheint und sich dort vorstellt. Der Immobilienmakler kann sich dementsprechend zur Mitteilung einer Kaufgelegenheit auch des Interessenten selbst bedienen (RIS-Justiz RS0062491). Wenn der Interessent aber dem Auftraggeber verschweigt, dass er aufgrund der Tätigkeit des Immobilienmaklers von der Kaufgelegenheit erfuhr und deshalb den Auftraggeber kontaktierte, trägt der Immobilienmakler, dessen Provisionspflicht vereinbarungsgemäß von der Namhaftmachung des dann das Geschäft abschließenden Interessenten abhängig ist, die Gefahr, dass der Interessent dies dem Auftraggeber nicht bekannt gibt. Jedenfalls muss der Beklagte von der Maklertätigkeit (vor Abschluss des Hauptvertrags) in Kenntnis sein, um provisionspflichtig zu werden. Für den beklagten Auftraggeber bestehen dabei keine Erkundigungs- oder Nachforschungspflichten, insbesondere auch nicht beim Makler. Ein „redlicher Kunde“ eines Maklers ist keineswegs verpflichtet, (in jedem Fall) abzuklären, ob ein eingetretener Vertragserfolg auf die Tätigkeit des Maklerunternehmens zurückzuführen ist, um damit einen - andernfalls gar nicht bestehenden - Provisions-, anspruch durch Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss doch noch zu begründen (7 Ob 174/06y mwN; vergleiche Knittl/Holzapfel aaO 66; Kriegner, Der Immobilienmakler - Pflichten und vertragliche Haftung [2007] 44).

Nach den Feststellungen konnte die dafür beweispflichtige Klägerin nicht nachweisen, dass der Beklagte durch sie oder über den Kaufinteressenten bis zum Hauptvertragsabschluss Kenntnis von ihrer Tätigkeit gegenüber diesem Verhandlungspartner erlangte. Im Zeitpunkt dessen erstmaliger Kontaktaufnahme mit dem Beklagten im Herbst/Winter 2008 bestand zwischen den Parteien ein schlichter Maklervvertrag; daneben schaltete der Beklagte auch andere Immobilienbüros ein. Da der Klägerin der Nachweis einer - später genützten - Abschlussgelegenheit durch Namhaftmachung des Kaufinteressenten H***** K***** nicht gelungen ist, besteht daraus keine Provisionspflicht des Beklagten, was die Klägerin in der Revision auch nicht bestreitet.

3. Gemäß § 6 Abs 2 MaklerG begründet die bloße Namhaftmachung des Dritten keinen Provisionsanspruch, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht. Im Immobilienmaklergewerbe genügt allerdings bereits - wie dargelegt - die Namhaftmachung des Geschäftspartners (RIS-Justiz RS0062723). Die Bestimmung des § 6 Abs 2 MaklerG betrifft (ebenso wie § 6 Abs 1 MaklerG) die Verdienstlichkeit. Darunter ist die mindestens zu entfaltende Vermittlungstätigkeit des Maklers zu verstehen. Grundsätzlich ist diese nur dann verdienstlich, wenn sie über die bloße Namhaftmachung eines Dritten hinausgeht. Die reine Bekanntgabe einer Geschäftsgelegenheit begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht zulässigerweise (vgl aber § 40 MaklerG) Gegenteiliges vereinbart wurde oder - wie hier beim gewerblich tätigen Immobilienmakler - ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 19). § 6 Abs 2 MaklerG zieht eine Untergrenze für die provisionspflichtige Vermittlungstätigkeit ein (vgl 2 BlgNR 20. GP 15; Fromherz, Kommentar zum MaklerG [1997] § 1 Rz 8; Kriegner aaO 40; Eberhardt, Die Verdienstlichkeit des Maklers, ecolex 2011, 284). Untergrenze der Verdienstlichkeit ist damit im Geschäftszweig der Immobilienmakler die bloße Namhaftmachung (Knittl/Holzapfel aaO

63 f; aA Fromherz aaO § 7 Rz 6 bis 8, der in § 6 Abs 2 MaklerG eine Zweifelsregel für die Art der Tätigkeit des Maklers, die zur Begründung des Provisionsanspruchs ausreicht, sieht).³ Gemäß Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG begründet die bloße Namhaftmachung des Dritten keinen Provisionsanspruch, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht. Im Immobilienmaklergewerbe genügt allerdings bereits - wie dargelegt - die Namhaftmachung des Geschäftspartners (RIS-Justiz RS0062723). Die Bestimmung des Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG betrifft (ebenso wie Paragraph 6, Absatz eins, MaklerG) die Verdienstlichkeit. Darunter ist die mindestens zu entfaltende Vermittlungstätigkeit des Maklers zu verstehen. Grundsätzlich ist diese nur dann verdienstlich, wenn sie über die bloße Namhaftmachung eines Dritten hinausgeht. Die reine Bekanntgabe einer Geschäftsgelegenheit begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht zulässigerweise vergleiche aber Paragraph 40, MaklerG Gegenteiliges vereinbart wurde oder - wie hier beim gewerblich tätigen Immobilienmakler - ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht (ErläutRV 2 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 19,). Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG zieht eine Untergrenze für die provisionspflichtige Vermittlungstätigkeit ein vergleiche 2 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 15, ; Fromherz, Kommentar zum MaklerG [1997] Paragraph eins, Rz 8; Kriegner aaO 40; Eberhardt, Die Verdienstlichkeit des Maklers, ecolex 2011, 284). Untergrenze der Verdienstlichkeit ist damit im Geschäftszweig der Immobilienmakler die bloße Namhaftmachung (Knittl/Holzapfel aaO 63 f; aA Fromherz aaO Paragraph 7, Rz 6 bis 8, der in Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG eine Zweifelsregel für die Art der Tätigkeit des Maklers, die zur Begründung des Provisionsanspruchs ausreicht, sieht).

Hat nun die Tätigkeit der Klägerin die Untergrenze der vereinbarten Maklertätigkeit in der Form der bloßen Namhaftmachung des Kaufinteressenten gegenüber dem Beklagten vor Abschluss des Hauptgeschäfts nicht erreicht, begründen die von ihr gegenüber dem Kaufinteressenten vor dessen erstmaliger Kontaktaufnahme mit dem Beklagten gesetzten Aktivitäten, die diesem nicht bekannt waren, keine verdienstliche und damit provisionspflichtige Vermittlungstätigkeit. Die durch die Klägerin erlangte Kenntnis des Kaufinteressenten von der Verkaufsabsicht des Beklagten vermag eben das Mindesterfordernis der Verdienstlichkeit im Sinn des § 6 Abs 2 MaklerG - die Namhaftmachung des Kaufinteressenten gegenüber dem Beklagten - nicht zu erfüllen. Die gegenteilige Ansicht entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers, kann doch gemäß § 18 MaklerG von § 6 leg cit - und damit auch von dessen § 6 Abs 2 - nicht zum Nachteil des Auftraggebers des Immobilienmaklers abgegangen werden (vgl dazu Noss, Maklerrecht³ [2008] Rz 99; Fromherz aaO § 18 Rz 5 misst dagegen § 18 für einen von § 6 Abs 2 MaklerG abweichenden Geschäftsgebrauch keine Bedeutung zu, weil „im Zweifel ... schon eine nachweisende Tätigkeit für das Entstehen des Provisionsanspruchs ausreichend“ sei). Nannte also die Klägerin dem Beklagten nicht einmal den ihm bisher unbekannten potentiellen Vertragspartner für den Abschluss des Hauptvertrags, so begründen ihre Tätigkeiten gegenüber dem Kaufinteressenten vor der erstmaligen Kenntnis des Beklagten von diesem im Herbst/Winter 2008 mangels Verdienstlichkeit auch nicht die gesetzliche Provisionspflicht. Hat nun die Tätigkeit der Klägerin die Untergrenze der vereinbarten Maklertätigkeit in der Form der bloßen Namhaftmachung des Kaufinteressenten gegenüber dem Beklagten vor Abschluss des Hauptgeschäfts nicht erreicht, begründen die von ihr gegenüber dem Kaufinteressenten vor dessen erstmaliger Kontaktaufnahme mit dem Beklagten gesetzten Aktivitäten, die diesem nicht bekannt waren, keine verdienstliche und damit provisionspflichtige Vermittlungstätigkeit. Die durch die Klägerin erlangte Kenntnis des Kaufinteressenten von der Verkaufsabsicht des Beklagten vermag eben das Mindesterfordernis der Verdienstlichkeit im Sinn des Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG - die Namhaftmachung des Kaufinteressenten gegenüber dem Beklagten - nicht zu erfüllen. Die gegenteilige Ansicht entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers, kann doch gemäß Paragraph 18, MaklerG von Paragraph 6, leg cit - und damit auch von dessen Paragraph 6, Absatz 2, - nicht zum Nachteil des Auftraggebers des Immobilienmaklers abgegangen werden vergleiche dazu Noss, Maklerrecht³ [2008] Rz 99; Fromherz aaO Paragraph 18, Rz 5 misst dagegen Paragraph 18, für einen von Paragraph 6, Absatz 2, MaklerG abweichenden Geschäftsgebrauch keine Bedeutung zu, weil „im Zweifel ... schon eine nachweisende Tätigkeit für das Entstehen des Provisionsanspruchs ausreichend“ sei). Nannte also die Klägerin dem Beklagten nicht einmal den ihm bisher unbekannten potentiellen Vertragspartner für den Abschluss des Hauptvertrags, so begründen ihre Tätigkeiten gegenüber dem Kaufinteressenten vor der erstmaligen Kenntnis des Beklagten von diesem im Herbst/Winter 2008 mangels Verdienstlichkeit auch nicht die gesetzliche Provisionspflicht.

4. Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag gebührt die Provision „dem Makler auch, wenn er in anderer Weise als durch Namhaftmachung (zB durch vermittelnde Tätigkeit) verdienstlich tätig geworden ist“. Im Revisionsverfahren ist strittig, ob die Klägerin in diesem Sinn eine vermittelnde Tätigkeit, die gemäß § 6 Abs 1 MaklerG zur Provisionspflicht des Beklagten führt, gesetzt hat. 4. Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag

gebührt die Provision „dem Makler auch, wenn er in anderer Weise als durch Namhaftmachung (zB durch vermittelnde Tätigkeit) verdienstlich tätig geworden ist“. Im Revisionsverfahren ist strittig, ob die Klägerin in diesem Sinn eine vermittelnde Tätigkeit, die gemäß Paragraph 6, Absatz eins, MaklerG zur Provisionspflicht des Beklagten führt, gesetzt hat.

Die Parteien haben in erster Instanz weder zu der von ihnen mit dieser Vertragsklausel verfolgten Absicht noch zu einer allfälligen Verkehrssitte im Sinn des § 914 ABGB Vorbringen erstattet. Der somit für die Auslegung maßgebliche Wortlaut (Bollenberger in KBB³ § 914 Rz 5 mwN) ergibt keinen Hinweis darauf, dass mit „verdienstlich“ und „vermittelnder Tätigkeit“ etwas anderes gemeint gewesen wäre als mit Verdienstlichkeit und Vermittlung nach dem MaklerG. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0062825 [zu § 6 HVG]) muss der Vermittler mit dem Vertragspartner verhandeln, das heißt, an ihn herantreten, mit ihm „Führung“ aufnehmen und seine Stimmung erkunden: Er muss ihm die näheren Mitteilungen machen, die ihn in die Lage setzen, die Vertragsgelegenheit zu prüfen. Zur Vermittlung gehört, dass der Vermittler auf den Entschluss des Gegners mindestens einwirkt, dass er ihm das Vertragsangebot schmackhaft zu machen sucht, indem er fördernde Vorstellungen erweckt und bekräftigt und hemmende beseitigt oder entkräftet. In der Regel ist nach den ErläutRV zum MaklerG (2 BlgNR 20. GP 15) ein Verhandeln mit beiden Seiten erforderlich. Die Parteien haben in erster Instanz weder zu der von ihnen mit dieser Vertragsklausel verfolgten Absicht noch zu einer allfälligen Verkehrssitte im Sinn des Paragraph 914, ABGB Vorbringen erstattet. Der somit für die Auslegung maßgebliche Wortlaut (Bollenberger in KBB³ Paragraph 914, Rz 5 mwN) ergibt keinen Hinweis darauf, dass mit „verdienstlich“ und „vermittelnder Tätigkeit“ etwas anderes gemeint gewesen wäre als mit Verdienstlichkeit und Vermittlung nach dem MaklerG. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0062825 [zu Paragraph 6, HVG]) muss der Vermittler mit dem Vertragspartner verhandeln, das heißt, an ihn herantreten, mit ihm „Führung“ aufnehmen und seine Stimmung erkunden: Er muss ihm die näheren Mitteilungen machen, die ihn in die Lage setzen, die Vertragsgelegenheit zu prüfen. Zur Vermittlung gehört, dass der Vermittler auf den Entschluss des Gegners mindestens einwirkt, dass er ihm das Vertragsangebot schmackhaft zu machen sucht, indem er fördernde Vorstellungen erweckt und bekräftigt und hemmende beseitigt oder entkräftet. In der Regel ist nach den ErläutRV zum MaklerG (2 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 15,) ein Verhandeln mit beiden Seiten erforderlich.

Die vereinbarte Verdienstlichkeit „in anderer Weise als durch Namhaftmachung (zB durch vermittelnde Tätigkeit)“ ist von der aufgrund der Namhaftmachung zu unterscheiden. Die Vertragsklausel wird daher richtigerweise so zu verstehen sein, dass sich der Immobilienmakler dann darauf berufen kann, wenn eine Namhaftmachung nicht mehr möglich war, weil der konkrete Interessent (dem Auftraggeber) bereits als möglicher Mieter oder Käufer bekannt war, sofern die verdienstliche Handlung für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts kausal und adäquat war (Knittl/Holzapfel aaO 291 f zur identen Klausel im ÖVI-FormNr 11/3/2009).

Diese Auslegung stimmt auch mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 686/83 = MietSlg 35.706; 2 Ob 122/01g, dazu zust Assen/Knittl, Rechtsprechung zum Maklerrecht, ImmZ 2003, 312 [314]; 6 Ob 71/07w) zum gesetzlichen Provisionsanspruch überein. Demnach wird die verdienstliche Tätigkeit des Immobilienmaklers durch vertragsgemäße, auf den Vertragsabschluss gerichtete Vermittlungstätigkeiten dann anerkannt, wenn zwar dem Auftraggeber die Vertragsgelegenheit schon bekannt war, der Immobilienmakler danach aber durch seine Bemühungen den Abschluss des Geschäfts unterstützte und der Auftraggeber diese Hilfestellung in Anspruch nahm (vgl Kriegner aaO 45; Noss aaO Rz 33). In diesem Sinn ist auch die etwas verkürzte, dort gar nicht tragende Aussage in der Entscheidung 7 Ob 92/06i zu verstehen, wonach als inhaltliche Voraussetzung für die Verdienstlichkeit neben der bloßen Nachweisung der Kaufgelegenheit „oder statt dessen“ auch die Förderung des Vertragsabschlusses in verdienstvoller Weise oder in einem dem Auftraggeber günstigen Sinn sowie die motivierende Einwirkung auf die Entschlussbildung etc in Betracht komme. Diese Auslegung stimmt auch mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 686/83 = MietSlg 35.706; 2 Ob 122/01g, dazu zust Assen/Knittl, Rechtsprechung zum Maklerrecht, ImmZ 2003, 312 [314]; 6 Ob 71/07w) zum gesetzlichen Provisionsanspruch überein. Demnach wird die verdienstliche Tätigkeit des Immobilienmaklers durch vertragsgemäße, auf den Vertragsabschluss gerichtete Vermittlungstätigkeiten dann anerkannt, wenn zwar dem Auftraggeber die Vertragsgelegenheit schon bekannt war, der Immobilienmakler danach aber durch seine Bemühungen den Abschluss des Geschäfts unterstützte und der Auftraggeber diese Hilfestellung in Anspruch nahm vergleiche Kriegner aaO 45; Noss aaO Rz 33). In diesem Sinn ist auch die etwas verkürzte, dort gar nicht tragende Aussage in der Entscheidung 7 Ob 92/06i zu verstehen, wonach als inhaltliche

Voraussetzung für die Verdienstlichkeit neben der bloßen Nachweisung der Kaufgelegenheit „oder statt dessen“ auch die Förderung des Vertragsabschlusses in verdienstvoller Weise oder in einem dem Auftraggeber günstigen Sinn sowie die motivierende Einwirkung auf die Entschlussbildung etc in Betracht komme.

Erst durch weitere konkrete Vermittlungsbemühungen des Immobilienmaklers - nach Kenntnis des Auftraggebers vom potentiellen Vertragspartner - wird demnach die Verdienstlichkeit begründet. Hier erfolgte die erstmalige Kontaktaufnahme des Kaufinteressenten mit dem Beklagten im Herbst/Winter 2008. In die Verkaufsverhandlungen bzw in den Vertragsabschluss zwischen dem Beklagten und der Familie K***** war die Klägerin aber nie eingebunden. Mangels verdienstlicher Vermittlungstätigkeit der Klägerin nach dem Zeitpunkt, zu dem dem Beklagten erstmals konkret ein Kaufinteressent bekannt wurde, liegt hier keine ausreichend verdienstliche Vermittlungstätigkeit vor, die den Provisionsanspruch gemäß § 6 Abs 1 MaklerG begründen könnte. Erst durch weitere konkrete Vermittlungsbemühungen des Immobilienmaklers - nach Kenntnis des Auftraggebers vom potentiellen Vertragspartner - wird demnach die Verdienstlichkeit begründet. Hier erfolgte die erstmalige Kontaktaufnahme des Kaufinteressenten mit dem Beklagten im Herbst/Winter 2008. In die Verkaufsverhandlungen bzw in den Vertragsabschluss zwischen dem Beklagten und der Familie K***** war die Klägerin aber nie eingebunden. Mangels verdienstlicher Vermittlungstätigkeit der Klägerin nach dem Zeitpunkt, zu dem dem Beklagten erstmals konkret ein Kaufinteressent bekannt wurde, liegt hier keine ausreichend verdienstliche Vermittlungstätigkeit vor, die den Provisionsanspruch gemäß Paragraph 6, Absatz eins, MaklerG begründen könnte.

5. Da aus den dargelegten Gründen das Klagebegehren nicht berechtigt ist, muss auf die umstrittene Frage, ob der Auftraggeber bei Abschluss des Hauptgeschäfts von der für den Vertragsabschluss entfalteten Tätigkeit des bloßen Vermittlungsmaklers Kenntnis haben muss (vgl Fromherz aaO § 7 Rz 16), und das vom Berufungsgericht gebrauchte Kalkulationsargument nicht eingegangen werden. 5. Da aus den dargelegten Gründen das Klagebegehren nicht berechtigt ist, muss auf die umstrittene Frage, ob der Auftraggeber bei Abschluss des Hauptgeschäfts von der für den Vertragsabschluss entfalteten Tätigkeit des bloßen Vermittlungsmaklers Kenntnis haben muss vergleiche Fromherz aaO Paragraph 7, Rz 16), und das vom Berufungsgericht gebrauchte Kalkulationsargument nicht eingegangen werden.

6. Da somit die Revision im Ergebnis eine unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht nicht aufzuzeigen vermag, ist ihr ein Erfolg zu versagen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 und § 50 ZPO. 6. Da somit die Revision im Ergebnis eine unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht nicht aufzuzeigen vermag, ist ihr ein Erfolg zu versagen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 41 und Paragraph 50, ZPO.

Textnummer

E100537

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0010OB00042.12A.0323.000

Im RIS seit

04.05.2012

Zuletzt aktualisiert am

08.05.2013

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at