

I. Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler [. . .]

Maklergesetz – MaklerG

BGBI 1996/262 idF BGBI I 2001/98, I 2004/131, I 2010/28, 29 und 58,
I 2012/34, I 2017/107, I 2018/112, I 2023/24

[Auszug]

Artikel I Maklergesetz

1. Teil: Allgemeiner Teil Begriff und Tätigkeit des Maklers

Begriff

§ 1.¹) Makler ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt²), ohne ständig damit betraut zu sein.

Stammfassung.

Literatur: *Wilhelm*, Ein neues Maklerrecht, *ecolex* 1995, 389; *Degelsegger*, Das neue Maklergesetz – ein Überblick über das Immobilienmaklerrecht, *wobl* 1996, 195; *Knittl*, Neues Maklerrecht ab 1. 7. 1996, *RdW* 1996, 254; *Weigand*, Das neue Maklerrecht im Überblick, *JAP* 1996/97, 110; *S. Bydlinski*, Das neue Maklergesetz im Überblick, *ecolex* 1997, 587; *Noss*, Rechtsprechungsübersicht zum (schlüssigen) Zustandekommen eines Maklervertrags, *immolex* 2009, 140; *Prader/Walzel von Wiesentreu*, Immobilienmakler: Neue Standesregeln und neue Verbraucherschutzrichtlinie – Auswirkungen auf den Provisionsanspruch, *RdW* 2013, 258; *Stabentheiner*, Die miet- und wohnrechtlich relevanten Teile des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, *immolex* 2014, 170; *Prader*, Auswirkungen des VRUG/FAGG im Miet- und Immobilienmaklerrecht, *RdW* 2014, 448; *Pesek*, Auswirkungen des VRUG auf das Wohn- und Immobilienrecht, *wobl* 2014, 185; *S. Bydlinski*, Maklergesetz (1996); *Ostermayer/Schuster*, Maklerrecht (1996); *Fromherz*, Kommentar zum Maklergesetz (1997); *Krieger*, Der Immobilienmakler – Pflichten und vertragliche Haftung (2007); *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014); *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht² (2015); *Gartner/Karandi*, Maklergesetz³ (2016); *Kothbauer*, FAGG: Achtung aufs Muster-Widerrufsformular! *immolex* 2019, 300.

Anmerkungen:

1) Die Bestimmungen des FAGG finden auch auf den Maklervertrag Anwendung, obwohl Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an unbeweglichen Sachen gem § 1 Abs 2 Z 6 FAGG ausgenommen sind (6 Ob 49/23h = § 30a E 10); *Prader*, RdW 2014, 484; *Stabentheiner*, immolex 2014, 170; BGH I ZR 20/15 und I ZR 68/15).

Für den Maklervertrag sind **keine besonderen Formvorschriften** vorgesehen. Er kann nach der Rsp auch **konkludent** (10 Ob 3/17i = E 17) zustande kommen (s aber dazu unten zu den eventuellen Auswirkungen von Pkt C der Besonderen Ständesregeln). Dies gilt auch im Bereich des **KSchG**. Hier ist allerdings darauf hinzuweisen, dass gem § 30b Abs 1 KSchG der Makler entsprechende Informationen schriftlich zu erteilen hat (zu seinen Ständesplichten vgl § 4 ImmMV). Überdies ist auf Pkt C der Besonderen Ständesregeln (in Kraft seit 1. 10. 2012) zu verweisen, wonach der Makler bei erster Kontaktaufnahme auf seine Stellung als Makler hinzuweisen hat. Dies kann mE durchaus auch Auswirkungen auf den konkludenten Vertragsabschluss haben (vgl ausführlich zu Pkt C der Besonderen Ständesregeln und zu den Auswirkungen im Zivilrecht, insb auf die Frage des konkludenten Vertragsabschlusses: *Prader/Walzel von Wiesentreu*, RdW 2013, 258). Damit korrespondiert auch die Bestimmung des § 9 Abs 2 FAGG, wonach bei einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung, der während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, der Verbraucher erst dann vertraglich gebunden ist, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Vertragsanbots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt; diese Bestimmung setzt aber einen Anruf des Maklers voraus (*Dehn in Schwimann/Kodek*, ABGB IX³ § 9 FAGG Rz 4). Ein Verstoß führt nicht zur Nichtigkeit des Vertrags, sondern zur fehlenden Bindung des Verbrauchers; damit steht dem Makler kein Provisionsanspruch zu, wenn sich der Verbraucher darauf beruft (*Dehn in Schwimann/Kodek*, ABGB IX³ § 9 FAGG Rz 11).

Jedenfalls dann, wenn die entsprechenden Informationen erteilt wurden und die Dienste in Anspruch genommen werden, ist grundsätzlich von einem Vertragsabschluss auszugehen, dies auch dann, wenn der Makler bereits für einen anderen Auftraggeber einschreitet, aber erkennbar ist, dass die Tätigkeit des Maklers provisionspflichtig ist (8 Ob 33/02i = E 12). Allerdings ist ungeachtet dessen auch auf die Bestimmung des **§ 6 Abs 4 MaklerG** zu achten, wonach entsprechend zu informieren ist, wenn ein Naheverhältnis vorliegt. In diesem Fall besteht mangels Hinweises kein Provisionsanspruch (strittig ist, ob ein bloß pauschal gehaltener am Gesetzeswortlaut orientierter Hinweis genügt, vgl für eine strenge Sichtweise: 1 Ob 79/01a = § 6 E 149; *Markl*, ImmoZak 2021/2 und *Prader*, RdW 2019/14 [6] sowie zur Notwendigkeit einer klaren Darlegung des Naheverhältnisses etwa *Rosifka* zu 7 Ob 109/17f immolex 2018/8; ggt aber das LGZ Wien 40 R 22/18h = § 6 E 147). Im Falle eines **Eigengeschäfts** besteht gem § 6 Abs 4 schon ex lege kein Anspruch.

2) Der Begriff des Vermittelns ist nicht näher definiert. Nach dem OGH setzt „Vermitteln“ voraus, zwei **potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen**; andernfalls liegt kein Maklervertrag vor; dies ist daher bei einer tätigkeits- und nicht erfolgsorientierten Entlohnungsvereinbarung der Fall (8 Ob 46/10p = E 5); vgl zur Frage der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen im Lichte allfälliger Umgehungshandlungen der Ansprüche nach dem MaklerG *Kothbauer* zu wobl 2011/70.

Entscheidungen:

Übersicht

- I. § 1 MaklerG (E 1–35)
 - A. Maklerbegriff, Vertragsinhalt (E 1–7)
 - B. Vertragsabschluss (E 8–35)
 - 1. Allgemeines (E 8–21)
 - 2. Einzelfälle (E 22–35)

I. § 1 MaklerG

A. Maklerbegriff, Vertragsinhalt

E 1. Nach § 1 MaklerG ist Makler, wer aufgrund einer **privatrechtlichen Vereinbarung** (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein. Am Vorliegen eines Maklervertrags ändert grundsätzlich auch nichts, wenn sich der Makler den **Selbsteintritt** vorbehalten hat: 6 Ob 47/06i; allerdings gelten für den Gelegenheitsmakler die Bestimmungen der ImmMV nicht, daher auch nicht die darin genannten Höchstsätze: 8 Ob 502/93.

E 2. Inhalt des Maklervertrags ist die Vermittlung, also das Zusammenführen der potentiellen Vertragspartner. Dazu gehören alle Aktivitäten, die geeignet sind, Vertragsinteressenten zu finden und deren Abschlusswillen zu fördern: 1 Ob 28/14w wobl 2015/51 (*Limberg*).

E 3. Die Norm des § 1 MaklerG setzt **keine besonderen beruflichen Eigenschaften** des Maklers voraus; daher kommt sie auch bei Vermittlung eines Geschäfts durch einen **Unternehmensberater** zum Tragen. Wird keine nähere Art der gewünschten Unternehmensbeteiligung vereinbart, führt jede letztlich erfolgte und dem Ziel der Vermittlungsvereinbarung entsprechende Beteiligung zum Provisionsanspruch, ohne dass es eines Rückgriffs auf die Zweckgleichwertigkeit bedarf: 1 Ob 113/15x.

E 4. Zu den essentialia negotii des Maklervertrags gehört die **Vermittlung eines Geschäfts gegen Provisionszusage**, nicht jedoch der für das zu vermittelnde Geschäft zu zahlende Preis. Wenn die „Preise laut Liste/Tabelle“ dem ursprünglichen Vertragsschluss tatsächlich nicht zugrunde gelegen sein sollten, berührt das die Gültigkeit des Maklervertrags jedenfalls dann nicht, wenn das zu vermittelnde Geschäft der Abverkauf aller Wohnungen in dem (in verschiedenen Varianten) geplanten Neubau auf dem vom Bekl erworbenen Grundstück, deren Zahl mit „5–6“ geschätzt wurde, war: 4 Ob 102/15a wobl 2016/12 (*Kothbauer*).

E 5. Wesentlich für die Tätigkeit als Makler ist die **Vermittlung von Geschäften**. „Vermitteln“ bedeutet dabei, zwei **potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen**. Der Maklervertrag ist an eine erfolgsbezogene Entlohnung geknüpft, die nur bei verdienstlicher Vermittlungstätigkeit gebührt. Grundsätzlich wird der Makler daher nur für den Fall entlohnt, dass das in Aussicht genommene Geschäft durch seine Vermittlungstätigkeit zustande kommt. Bei Vereinbarung einer **tätigkeitsbezogenen Entlohnung ist der Vertrag nicht** als Maklervertrag zu qualifizieren. Die Vereinbarung einer tätigkeitsbezogenen Entlohnung für Leistungen, die sich ua auf die Vermittlung von Geschäften beziehen, steht mit dem Maklergesetz somit nicht im Widerspruch. In diesem Fall gelangt nicht Maklerrecht zur Anwendung: 8 Ob 46/10p wobl 2010/70 (*Kothbauer*) (Anm: *E ergangen zum Versicherungsmakler*).

E 6. Der **Wille, im Namen eines anderen zu handeln**, muss im Geschäftsverkehr ausdrücklich erklärt werden oder aus den Umständen erkennbar sein. Ist der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar, kann die Wirkung der direkten Stellvertretung nicht eintreten. Im Zweifel ist ein Eigengeschäft des Handelnden anzunehmen. Wenn ein ausdrückliches Handeln im fremden Namen nicht vorliegt, bedarf es in jedem Einzelfall der sorgfältigen Prüfung, wie der Dritte – von seinem Erkenntnishorizont aus gesehen – das Auftreten des Handelnden verstehen musste. Die Beurteilung der Erkennbarkeit hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Maßgeblich ist auch hier die Vertrauenslehre. Danach kommt es darauf an, wie ein redlicher, verständiger Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung des Geschäftszwecks und der gegebenen Umstände die Erklärung verstehen durfte. Wird eine GmbH (Bekl) gegründet, um – offenbar unter Umgehung der Bestimmungen des BTVG – für die Bebauung durch die M**** geeignete Grundstücke an- und weiterzuverkaufen und sagt der Geschäftsführer der M**** unter Duldung der Bekl mit dem Hinweis an die „Verkäufer“ (der Grundstücke der Bekl), dass er zwar nicht offiziell, wohl aber tatsächlich Eigentümer der Bekl sei und diese berechtigterweise vertreten könne, zu, dass bei Überschreiten des angegebenen Preises der Überling als Provision zustehe, so ist diese Zusage der Bekl zuzurechnen und sich eine errechnende Provision zu bezahlen, wenn die Verwertung des Grundstücks ausschließlich im Interesse der Bekl lag und auch schon bei einem anderen Projekt die vom Geschäftsführer der M**** in diesem Zusammenhang gemachten Zusagen von der Bekl tatsächlich auch eingehalten wurden: 8 Ob 114/20b.

E 7. Ein Immobilienmakler ist idR **nur mit der Vermittlung eines Geschäftsabschlusses** betraut, hat aber keine Vertretungsmacht. Die bloße Betrauung eines Vermittlungsmaklers mit der Suche nach Interessenten ist kein ausreichender Zurechnungsgrund dafür, bei Dritten einen dem Auftraggeber zurechenbaren Anschein dahin zu erwecken, dass er berechtigt sei, in dessen Namen Vertragsbedingungen auszuhandeln, die auch dann gelten sollen, wenn sie im schriftlichen Vertrag keinen Niederschlag finden. Im **Gegensatz zur irrtumsrechtlichen Zurechnung** der Erklärungen eines Verhandlungshelfen bedarf die Vereinbarung konkreter Eigenschaften der versprochenen Leistung idS § 922 Abs 1 ABGB („bedingene Eigenschaften“) übereinstimmender Willenser-

klärungen der Vertragsparteien. § 922 Abs 2 ABGB führt insoweit zu keiner abweichenden Beurteilung, wenn das Exposé persönlich übergeben wurde und damit keine öffentliche Ankündigung vorliegt: 1 Ob 152/18m.

B. Vertragsabschluss

(Anm: zur Frage des konkludenten Vertragsabschlusses nach Pkt C der Besonderen Standerregeln seit 1. 10. 2012 s § 1 Anm 1)

1. Allgemeines

E 8. Immobilienmaklerverträge sind weder nach der alten Rechtslage noch nach der geltenden Rechtslage nach dem MaklerG BGBl 1996/262 formbedürftig und können **auch schlüssig** abgeschlossen werden. Auftraggeber nach dem MaklerG ist nicht nur derjenige, der den Vermittlungsauftrag erteilt, sondern auch der Interessent, der der Vermittlung durch den Makler **zumindest schlüssig** zustimmt. Dazu reicht es aus, dass sich der Auftraggeber der Vermittlung nutzbringend bedient hat, wenn er nur die vom Immobilienmakler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht: 6 Ob 38/00g; allerdings können Provisionen nur aufgrund einer Vereinbarung gefordert werden. **Ohne Vermittlungsvertrag** gibt daher selbst eine **nach so verdienstliche Tätigkeit** des Vermittlers **keinen** Provisionsanspruch: 8 Ob 702/89; daher gilt, dass auch jede noch so verdienstliche Tätigkeit, die zum Abschluss eines Vertrages führt, nur dann gegen die Vertragschließenden einen Provisionsanspruch begründet, wenn diese Tätigkeit aufgrund eines von den Kontrahenten ausdrücklich oder konkludent erteilten Auftrages entwickelt wurde: 7 Ob 53/58; 5 Ob 74/68.

E 9. Selbst wenn der Auftraggeber der Beziehung eines **Untermaklers** bzw der Begründung eines **Gemeinschafts-(Meta-)Verhältnisses** ausdrücklich zustimmt, tritt der Auftraggeber zu dem beigezogenen Dritten in keine unmittelbare Rechtsbeziehung: 1 Ob 634/84; MietSlg 36.408.

E 10. Nimmt der Mieter die Tätigkeit eines **Immobilienmaklers** – wenn auch aufgrund eines durch bloß konkludentes Verhalten zustande gekommenen Maklervertrages – in Anspruch, ist er sogar dann provisionspflichtig, wenn der **Makler zugleich Verwalter** der betreffenden Liegenschaft ist, seine Tätigkeit als Makler aber im konkreten Fall über die Tätigkeit hinausging, die sich im gewöhnlichen Verlauf der Dinge zur Erhaltung und Verwaltung der Liegenschaft als notwendig und zweckmäßig erweist. Umso mehr besteht die Provisionspflicht nach allgemeinem Maklerrecht, wenn ein vom **Verwalter der Liegenschaft verschiedener Makler** vom Mieter in Anspruch genommen wird und von diesem das Bestandsobjekt vermittelt erhält: 5 Ob 59/95 (Anm: *s aber im Bereich des MRG: Prader, MRG⁶ § 22 E 10 und nun § 17a*); das **Sichgefallenlassen** einer Vermittlung durch einen Makler begründet idR eine Verpflichtung zur Zahlung einer Provision, zumal dann von einem stillschweigenden Vertragsabschluss auszugehen ist. Für die Schlüssigkeit eines Verhaltens legt § 863 ABGB einen strengen Maßstab an. Es darf kein vernünftiger Grund übrig sein, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgswille in einer bestimmten Richtung vorliegt: 9 Ob 86/21 v immolex 2022/160 (*Plank*) = wobl 2023/40 (*Kothbauer*); Sichgefal-

lenlassen einer Provisionspflicht begründet, von Ausnahmefällen abgesehen, eine Provisionspflicht: 8 Ob 33/18 p immolex 2018/92 (*Cerha*).

E 11. Eine **stillschweigende Auftragserteilung** ist immer dann anzunehmen, wenn der Interessent die vom Realitätenvermittler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht. Nur dann, wenn der Immobilienmakler erkennbar für einen anderen Auftraggeber handelt, ist in der Annahme der **Maklerdienste kein stillschweigender** Vertragsabschluss zu sehen. Nach allgemeinen Grundsätzen darf aber eine konkludente Willenserklärung nur angenommen werden, wenn eine Handlung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer bestimmten Richtung zu verstehen ist. Es darf kein vernünftiger Grund vorliegen, daran zu zweifeln, dass ein bestimmter Rechtsfolgswille vorliegt. **Bloßes Schweigen** hat grundsätzlich keinen Erklärungswert, insb nicht die Bedeutung der Zustimmung zu einem Vertragsangebot. Jedenfalls setzt ein konkludent zustande gekommener Vertrag die Absicht der Parteien voraus, einen solchen zu schließen. An dieser Voraussetzung mangelt es aber dann, wenn der Makler (hier: *der mit der Vermietung betraut war*) von der Existenz einer Vertragspartei (hier: *Käufer und späterer Vermieter*) überhaupt nichts wusste. Die Führung eines Realitätenvermittlungsgeschäftes kann auch nicht als Angebot an die Allgemeinheit aufgefasst werden, da – abgesehen von allen anderen Problemen – dieses Angebot sicherlich nicht bestimmt wäre, weil nie feststünde, für welche Liegenschaften gerade die konkrete Vermittlungstätigkeit bestehen sollte: 8 Ob 702/89.

E 12. Ein Maklervertrag kann mit dem Interessenten auch **schlüssig zustande** kommen. Von einem Vertragsabschluss ist demgemäß schon auszugehen, wenn sich der Interessent der Dienste des Maklers bedient und ihrer Leistung nicht widerspricht. Wenn allerdings der Makler – für den Interessenten erkennbar – **bereits für einen anderen** arbeitet, so bedarf es, um einen Provisionsanspruch gegen den Interessenten zu begründen, einer **Provisionsvereinbarung** mit dem Interessenten, wobei ein **Hinweis auf die Provisionserwartung des Maklers genügt**: 9 Ob 129/04t; 1 Ob 138/22h immolex 2023/49 (*Stadtmann/Max*); dies gilt unabhängig von der Kaufmannseigenschaft des Interessenten, da das MaklerG lex specialis zum HGB (nunmehr: *UGB*) ist; der Makler muss daher, wenn er erkennbar für einen anderen tätig ist, auf seine Provisionserwartung hinweisen, damit ein Maklervertrag (schlüssig) zustande kommen kann: 8 Ob 33/02i; Grundvoraussetzung ist sohin, wenn der Makler bereits für einen anderen Auftraggeber einschreitet, dass er zumindest klarstellt, dass auch der 2. Auftraggeber provisionspflichtig wird: 6 Ob 503/89; 8 Ob 1687/92; Voraussetzung für einen Provisionsanspruch ist zunächst ein allenfalls auch nur **schlüssig zustande** gekommener Maklervertrag. Dafür ist es zumindest erforderlich, dass der Interessent die von einem Immobilienmakler für ihn entfaltete Tätigkeit **kennt und ihr nicht widerspricht**; selbst das reicht jedoch nicht aus, wenn der Immobilienmakler erkennbar bereits für einen **anderen Auftraggeber** (hier den Verkäufer) handelt. In diesem Fall muss der Immobilienmakler **deutlich zu erkennen** geben, für seine Bemühungen (auch) eine Provision von seinem Gesprächs-/Verhandlungspartner zu erwarten. Teilt er dies erst im Laufe des Kontaktes mit, so kann es erst ab diesem Zeitpunkt zum Vertragsabschluss kommen, und zwar

mit der nächsten Reaktion des Interessenten. Damit können auch erst die Leistungen des Maklers provisionsbegründend wirken, die **nach einer Reaktion** des Interessenten darauf erfolgen: 3 Ob 131/16k immolex 2017/57 (zust *Hagen*); die Inanspruchnahme der Dienste des Immobilienmaklers ist in diesem Fall nur dann als konkludentes Einverständnis zum Abschluss eines Maklervertrags zu deuten, wenn der Makler zuvor **deutlich zu erkennen** gegeben hat, dass er auch von seinem weiteren Gesprächs- bzw Verhandlungspartner eine Provision erwartet. Es darf mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund übrigbleiben, an der Zustimmung zum Vertragsschluss zu zweifeln. Verbleiben Zweifel an einer schlüssigen Auftragserteilung, gehen diese stets zu Lasten des Maklers, der für das Zustandekommen des Vermittlungsauftrags beweispflichtig ist: 10 Ob 91/18g; 6 Ob 129/20v.

E 13. Ein Auftrag an einen gewerblichen Immobilienmakler ist als eine der Voraussetzungen für einen Provisionsanspruch **bereits dann anzunehmen**, wenn der Interessent die vom Vermittler für ihn **entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht**. In der bloßen Annahme der Dienste eines Immobilienmaklers liegt aber dann kein schlüssiger Vertragsabschluss, wenn dieser erkennbar für einen anderen Auftraggeber tätig wurde. In einem solchen Fall könnte die Annahme der Dienste des Maklers **nur dann als konkludentes** Einverständnis zum Abschluss eines Maklervertrags gedeutet werden, wenn der Makler zuvor deutlich zu erkennen gab, für seine Bemühungen (auch) eine Provision von seinem Gesprächs- bzw Verhandlungspartner zu erwarten. Insoweit ist ausschlaggebend, ob der Vermittler seine vertragsgemäße Leistung während des Bestehens des Maklervertrags erbrachte: 6 Ob 71/07w; 5 Ob 120/03p; 10 Ob 91/18g; 6 Ob 129/20v; hat zunächst der Erstbekl (im eigenen Namen sowie in jenem seiner Frau, der Zweitbekl) mit der Kl Kontakt aufgenommen, wobei die telefonisch angekündigten Unterlagen (samt Hinweis auf die Provision) dem Erstbekl (für beide Bekl) zugegangen sind, auch wenn er diese trotz wirksamer Zustellung zunächst nicht zur Kenntnis nahm (sie nicht gelesen hat, weil er im richtigen Ordner seines E-Mail-Accounts nicht nachsah), liegt in der Annahme eines konkludenten Vertragsabschlusses keine unvertretbare Rechtsansicht. Dies gilt auch für das Zustandekommen des Maklervertrages mit beiden Bekl, wenn der Erstbekl der Kl mitgeteilt hat, dass er selbst und seine Frau sich für das Haus interessierten, die – vom Erstbekl telefonisch vereinbarte – Besichtigung mit beiden Bekl gemeinsam erfolgte und diese schließlich gemeinsam das Objekt kauften: 3 Ob 224/18i wobl 2019/81 (krit *Kepplinger*).

E 14. Auch bei der Erteilung eines Maklerauftrages sind **öffentlich-rechtliche Beschränkungen** zu beachten; erteilt der allein **dazu nicht befugte Bürgermeister** den Auftrag, kommt dadurch alleine kein Maklervertrag zustande. Allerdings ist auch dabei eine (nachträgliche) Genehmigung möglich: 6 Ob 71/07w (Anm: *hier zur Frage des § 58 Abs 1 Oö GemO 1990 [nunmehr idF LGBl 2007/137]*).

E 15. Auch ein **konkludenter Abschluss** eines Maklervertrages ist möglich, wenn der Auftraggeber in Kenntnis des Umstandes, eine provisionspflichtige Tätigkeit des Vermittlers in Anspruch zu nehmen, diese Tätigkeit duldet oder sich der Vermittlungstätigkeit nutzbringend bedient, um den gewünschten Er-

folg herbeizuführen. Dies gilt aber **dann nicht, wenn der Makler erkennbar bereits für einen anderen** Auftraggeber handelt. Es muss also – wie immer bei Annahme einer schlüssigen Willenserklärung – mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund da sein, an einem schlüssigen Vertragsabschluss zu zweifeln (§ 863 Abs 1 ABGB); 5 Ob 49/03 x MietSlg 55.330 = wobl 2003/177.

E 16. Für das **konkludente Zustandekommen** eines Maklervertrages ist **zumindest** erforderlich, dass der Interessent die von einem Immobilienmakler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht; allerdings reicht selbst das nicht aus, wenn der Immobilienmakler erkennbar bereits für einen anderen Auftraggeber handelt. In diesem Fall muss sich der Immobilienmakler seinen Provisionsanspruch durch einen Hinweis auf seine Provisionserwartung wahren; weist der Makler zu Beginn auf seinen Auftraggeber hin und **erwähnt erst in weiterer Folge Provisionsansprüche**, die von Verkäuferseite abgelehnt werden, ist das Zustandekommen eines Maklervertrages zu verneinen: 6 Ob 257/11 d.

E 17. Der Provisionsanspruch des Maklers setzt einen zumindest **schlüssig erteilten Vermittlungsauftrag** voraus. **Ohne gültigen Abschluss** eines Maklervertrags kann ein Provisionsanspruch eines Vermittlers daher gar nicht entstehen. Zweifel, ob eine schlüssige Auftragserteilung erfolgte, **gehen stets zulasten des Maklers**, der für das Zustandekommen des Vermittlungsvertrags beweispflichtig ist: 10 Ob 3/17 i.

E 18. Für das **konkludente Zustandekommen** eines Maklervertrages ist es zumindest erforderlich, dass der Interessent die von einem Immobilienmakler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht. Selbst das reicht jedoch nicht aus, wenn der Interessent durch **Informationen Dritter und eigene Erhebungen** Kenntnis von der Kaufgelegenheit und dem Verkäufer hatte (hier erstmalige Informationen über die späteren Vertragsverfasser): 3 Ob 35/18 w.

E 19. Auch bei **kollektiver Vertretungsbefugnis** genügt zur passiven Vertretung bereits die Kenntnis eines der kollektiv handelnden Vertreter, um dessen Kenntnis der vertretenen juristischen Person zuzurechnen; dies gilt auch für die Kenntnis der entgeltlichen Tätigkeit eines Maklers: 8 Ob 130/17 a.

E 20. Die **Erklärung eines allein handelnden Gesamtvertreters** ist schwebend unwirksam, solange das Geschäft nicht nachträglich genehmigt wird. Durch Schweigen kann zwar nicht im Regelfall, wohl aber unter bestimmten Umständen eine konkludente Zustimmung ausgedrückt werden, wenn Gesetz, Verkehrssitte oder Treu und Glauben eine Pflicht zum Handeln auferlegen. Wesentlich ist der Empfängerhorizont. Es ist jedenfalls keineswegs unvertretbar, wenn eine **Redepflicht des zweiten Vorstandsmitglieds** für den Fall seines fehlenden Einverständnisses bejaht wird: 8 Ob 130/17 a.

E 21. **Stillschweigende Auftragserteilung** ist anzunehmen, wenn der Interessent die vom gewerbsmäßigen Realitätenvermittler für ihn entfaltete Tätigkeit duldet oder sich der Tätigkeit des Vermittlers nutzbringend bedient, um den gewünschten Erfolg herbeizuführen. Handelt der Immobilienmakler erkennbar bereits für einen anderen Auftraggeber (hier für den Verkäufer der Liegenschaft), so kann darüber hinaus die Annahme der Dienste des Maklers nur dann

als konkludentes Einverständnis zum Abschluss eines Maklervertrags gedeutet werden, wenn der Makler zuvor deutlich zu erkennen gab, für seine Bemühungen (auch) eine Provision von seinem Verhandlungspartner zu erwarten, wobei ein Hinweis auf die Provisionserwartung genügt: 10 Ob 46/18i.

2. Einzelfälle

E 22. Wendet sich der **Interessent über ausdrückliche Anweisung** des **Vermieters** an den Makler, weil dieser einen **Alleinvermittlungsauftrag** abgeschlossen hatte, obwohl er das Objekt und die Bedingungen bereits vor der Kontaktaufnahme mit dem Makler kannte, steht bereits bei der ersten Kontaktaufnahme fest, dass der Makler keine wie immer geartete Vermittlungstätigkeit entfalten wird. Der einzige Grund für die Zuziehung des Maklers war der zwischen Vermieter und Makler geschlossene Alleinvermittlungsauftrag. Daher kann in einem solchen Fall keinesfalls ein schlüssiger Abschluss eines Vermittlungsauftrages gesehen werden: 5 Ob 49/03x MietSgl 55.330 (Anm: *s nun aber § 17a*).

E 23. Eine kongruente Anbahnung iSd § 3 Abs 3 Z 1 KSchG liegt nur dann vor, wenn der Verbraucher gegenüber dem späteren Vertragspartner zum Ausdruck bringt, in Verhandlungen zum Abschluss **eines konkret bestimmten Rechtsgeschäfts** treten zu wollen. Der Unternehmer kann sich somit nicht darauf berufen, der Verbraucher habe gegenüber einem **anderen Unternehmer**, der nicht sein Beauftragter war, die Anbahnung herbeigeführt. Auch der Hinweis des Maklers, zum Termin einen ortskundigen weiteren Makler mitzubringen, bedeutet kein Anbahnen des Vertrages mit diesem. Das **Rücktrittsrecht** gem § 3 KSchG kann daher ausgeübt werden: 3 Ob 112/04y.

E 24. Wenn der von der Verkäuferin beauftragte Makler gegenüber dem Interessenten gar nicht in seiner typischen Tätigkeit, nämlich der Bekanntgabe der Abschlussgelegenheit bzw der Zusammenführung der Parteien, in Erscheinung tritt, weil diese schon auf andere Weise zusammengelassen waren, liegt kein Maklervertrag vor: 9 Ob 129/04t.

E 25. **Verpflichtet sich der am Ankauf interessierte Erwerber** (hier Bauträger, der über eine Immobilienmaklerkonzession verfügt), die Einheit um einen bestimmten Preis zu erwerben, wobei ihm gleichzeitig auch das Recht eingeräumt wird, einen Dritten als Erwerber zu nennen, und dem Erwerber der bei Mehrzahlung durch den genannten Dritten zustehende Erlös zustehen soll („**Übererlösklausel**“), liegt **kein Maklervertrag** vor, sondern ein Eigengeschäft iSd § 6 Abs 4 MaklerG; daran ändert auch eine lange Bindungsfrist (hier 2 Jahre) jedenfalls dann nichts, wenn der Erlös dem Verkäufer binnen kurzer Zeit zufließt (hier durch Gutschrift des vereinbarten Kaufpreises der neuen Eigentumswohnung binnen weniger Wochen). Damit stellt sich auch Frage der Zulässigkeit der Höchstsätze der ImmMV ebenso wenig wie eine Verpflichtung, den Dritten über die Preisdifferenz aufzuklären: 6 Ob 47/06i.

E 26. Findet sich in einer **Aussendung mit der Bewerbung der Liegenschaft** unter dem Punkt „Nebenkostenübersicht“ ein **Hinweis auf das Vermittlungshonorar** (3% vom Kaufpreis zuzüglich 20% USt), meldet sich der Geschäftsführer der Interessentin, bekundet sein Interesse an der Liegenschaft, weshalb die Maklerin eine Interessentenmeldung angelegt und diese an den Verkäufer über-

mittelt hat, besteht in der Annahme eines zumindest konkludent abgeschlossenen provisionspflichtigen Maklervertrages jedenfalls keine krasse Fehlbeurteilung: 4 Ob 155/13 t wobl 2014/112 (*Kothbauer*).

E 27. Übermittelt der Immobilienmakler einem Kaufinteressenten ein **Exposé**, das ein eindeutiges Provisionsverlangen enthält, liegt darin ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags. Dieses Angebot **nimmt der Kaufinteressent bereits an, wenn** er den Makler um die Vereinbarung eines **Besichtigungstermins ersucht**, damit kommt der Vertragsschluss nicht erst zustande, wenn der Kaufinteressent den Besichtigungstermin mit dem Makler wahrnimmt. Wenn die Übersendung des Exposés per E-Mail erfolgt und in weiterer Folge der Kaufinteressent den Besichtigungstermin telefonisch vereinbart, kommt der Maklervertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande: BGH I ZR 20/15 und I ZR 68/15.

E 28. Wenn der Immobilienmakler **nach Ablauf eines befristeten Alleinvermittlungsauftrages gegen den erklärten Willen** des seinerzeitigen Auftraggebers weiter Interessenten sucht, kommt allein dadurch, dass der seinerzeitige Auftraggeber sodann mit einem dieser Interessenten den Kaufvertrag abschließt, nicht schlüssig ein neuer Vermittlungsauftrag zustande: 1 Ob 721/83; Selbige muss auch dann gelten, wenn der beauftragte Makler seinem Klienten (der mit ihm wegen „Verärgerung“ und offensichtlicher Erfolglosigkeit nicht mehr kontrahieren will) über einen anderen Makler im Rahmen eines (nur intern ohne Einbindung auch des ursprünglichen Auftraggebers) „A-meta-Geschäftes“ einen Interessenten zuführt: 10 Ob 2120/96 d.

E 29. Machen die Interessenten eine ausdrückliche Provisionszusage für den Fall, dass ihr Kaufangebot angenommen wird, wurde ihnen auch die genaue Höhe der Vermittlungsprovision genannt und ein „Formblatt § 30 b Konsumentenschutzgesetz“ übergeben, ist am **Abschluss eines Maklervertrages** nicht zu zweifeln. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Maklerin erkennbar für den Verkäufer der Liegenschaft tätig war, wenn die Maklerin durch ihre Vorgangsweise eindeutig zu erkennen gibt, auch mit den Interessenten einen Maklervertrag abschließen zu wollen. Eine Zustimmung dazu kann auch **konkludent** erfolgen. Erreicht die Maklerin nach Abschluss des Maklervertrages die Annahme des Kaufanbots der Interessenten durch den Verkäufer, liegt auch eine den Provisionsanspruch der Maklerin nach § 6 Abs 1 MaklerG begründende verdienstliche Tätigkeit vor: 5 Ob 266/01 f.

E 30. Hat der Bekl die Tätigkeit der Maklerin auch noch **nach dem Besichtigungstermin** (bei dem ihm ein „Besichtigungsschein“ samt Hinweis auf die Provisionserwartung ausgefolgt worden war) in Anspruch genommen, indem ihm – wie zuvor telefonisch besprochen – Informationen und Unterlagen zu der Immobilie (Gutachten über den Grundstück- und Gebäudewert sowie ein Kaufanbotformular) übersandt wurden, liegt keine aufzugreifende grobe Fehlbeurteilung vor, wenn auf diese Umstände die Nichtunterfertigung des „Besichtigungsscheins“ (deren Grund nicht feststellbar war) nicht als Widerspruch gegen die Tätigkeit der Maklerin gewertet wird, sondern die Erteilung eines schlüssigen Vermittlungsauftrags unterstellt wird: 10 Ob 46/18i.