

Besondere Provisionsvereinbarungen und Entschädigung nach § 15 MaklerG

Grundlagen, Voraussetzungen und Ansprüche nach § 15 Abs 1 Z 1 und Z 2 MaklerG

BEITRAG. Liegen die Voraussetzungen des Erfolgsprovisionsanspruchs gem §§ 6, 7 Abs 1 MaklerG nicht vor, steht dem Makler grundsätzlich kein Provisionsanspruch zu. Die besonderen Provisionsvereinbarungen gem § 15 MaklerG räumen dem Makler bei bestimmten Fallkonstellationen und einer maklervertraglichen Vereinbarung aber die Möglichkeit ein, auch bei fehlendem Vermittlungserfolg eine Entschädigung¹⁾ geltend zu machen. Die Auseinandersetzung mit dieser Bestimmung im Allgemeinen sowie dessen Abs 1 Z 1 (Nichtabschluss wider Treu und Glauben) und Abs 1 Z 2 (anderes als zweckgleichwertiges Geschäft) ist Gegenstand dieses Beitrags. Die (ergänzenden) Ausführungen zu den Bestimmungen des § 15 Abs 1 Z 3 und 4 sowie Abs 2 MaklerG finden sich im Beitrag von *Holzapfel*.²⁾ immolex 2025/82



Dr. Daniel Lassingleitner, LL.M.oec., ist Rechtsanwalt in Salzburg und Autor der bei Manz erschienenen Dissertationsschrift „Die Kautio im Mietrecht“.

A. Allgemeines

1. Anspruchsgrundlagen nach dem MaklerG und Vereinbarungserfordernis

Die Tätigkeit des Immobilienmaklers ist wesentlich durch dessen Erfolg charakterisiert. Aus diesem Erfolgsprinzip ergibt sich, dass dem Makler grundsätzlich dann ein Anspruch auf eine Provision zusteht, wenn das zu vermittelnde Geschäft durch die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustande kommt, sohin ein rechtswirksames Rechtsgeschäft iSd § 7 Abs 1 MaklerG vorliegt. Ein erfolgsunabhängiger Aufwandsersatz steht lediglich unter den (engen) Voraussetzungen des § 9 MaklerG und bei Entschädigungsansprüchen nach § 15 MaklerG zu. Nach den Materialien sollen die Tatbestände des § 15 MaklerG den Makler in Konstellationen schützen, bei denen kein Anspruch auf eine Erfolgsprovision besteht, allerdings dem Makler eine leicht geltend zu machende Entschädigung für vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers oder ein Ersatz für seine Aufwendungen und Mühewaltung zukommen soll. Unter Wertungsgesichtspunkten dient die Bestimmung daher dem Schutz des Maklers in vom Gesetzgeber taxativ³⁾ vorgegebenen Konstellationen. Die in Abs 1 geregelten Fälle können bei allen wie auch immer gear teten Maklerverträgen vereinbart werden, jene des Abs 2 hingegen ausschließlich beim Abschluss von Alleinvermittlungsaufträgen.⁴⁾⁵⁾

Der Makler kann nur dann Ansprüche nach § 15 MaklerG geltend machen, wenn eine entsprechende **Vereinbarung** mit dem Auftraggeber getroffen wurde;⁶⁾ dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, sodass im Ergebnis zutr judiziert wurde, dass § 15 MaklerG allein keine (gesetzliche) Grundlage für das Entstehen eines Entschädigungsanspruchs bietet.⁷⁾ Nach der Rsp ist auch ein pauschaler Verweis auf § 15 MaklerG nicht ausreichend.⁸⁾ Zutr wird daher postuliert, dass die einzelnen Fallkonstellationen konkret als Anspruchsgrundlage vereinbart werden müssen.⁹⁾ Diese Voraussetzungen sind mE jedenfalls dann erfüllt, wenn der schriftliche Makler-

vertrag den Gesetzestext des § 15 MaklerG enthält und die Anwendung der einzelnen Fallkonstellationen (jeweils) ausdrücklich vereinbart wird.¹⁰⁾

Eine Geltendmachung von Ansprüchen gem § 15 Abs 1 und 2 MaklerG setzt eine maklervertragliche Vereinbarung voraus.

Bei **Verbraucherverträgen** ist darüber hinaus § 31 Abs 1 Z 3 KSchG zu beachten. Nach dieser Bestimmung sind Vereinbarungen nach § 15 MaklerG nur rechtswirksam, wenn sie **ausdrücklich** und **schriftlich** erfolgen. Neben dem Schriftformgebot – für welches nach allgemeinen Grundsätzen ein geschriebener Text und Unterschriftlichkeit erforderlich sind¹¹⁾ – wird dabei in der Praxis häufig übersehen, dass eben dieses um das Erfordernis der **Ausdrücklichkeit** erweitert wird. Die Lit versteht darunter nicht das Gegenteil von stillschweigend, sondern eine für den Verbraucher **deutlich erkennbare** oder **hinreichend deutliche** Regelung.¹²⁾ Zutr ist daher, dass mit einem Verweis auf die Website des Maklers und die dort öffentlich gemachten AGB dem Erfordernis der

Bei Verbraucherverträgen ist darüber hinaus § 31 Abs 1 Z 3 KSchG zu beachten. Nach dieser Bestimmung sind Vereinbarungen nach § 15 MaklerG nur rechtswirksam,

¹⁾ Zur leichteren Lesbarkeit wird für Ansprüche nach § 15 in der Folge der Terminus „Entschädigung“ verwendet.

²⁾ *Holzapfel*, Besondere Provisionsvereinbarungen des Immobilienmaklers, in diesem Heft Seite 202.

³⁾ ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 24.

⁴⁾ *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 1.

⁵⁾ Zum Alleinvermittlungsauftrag iZm § 15 MaklerG im Detail *Holzapfel*, aaO.

⁶⁾ 4 Ob 12/09g wobl 2010/84 (*Kothbauer*); RIS-Justiz RSO061580.

⁷⁾ 4 Ob 12/09g wobl 2010/84 (*Kothbauer*).

⁸⁾ 2 Ob 135/14p wobl 2016/51 (*Kothbauer*).

⁹⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 7; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 6.

¹⁰⁾ So auch *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 6; *Humpel/Michtner* in *Illedits*⁴ § 15 MaklerG Rz 11.

¹¹⁾ *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁶ § 886 Rz 2.

¹²⁾ *Eccher* in *Klang*³ § 31 KSchG Rz 2; *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 31 Rz 3; vgl auch RIS-Justiz RSO129488.

Ausdrücklichkeit nicht Genüge getan wird. Eine nicht gesetzeskonforme Vereinbarung ist rechtsunwirksam.¹³⁾

2. Wesen des Entschädigungsanspruchs

Als missverständlich müssen die vom Gesetzgeber für Ansprüche nach § 15 MaklerG verwendeten Termini „Provisionsvereinbarungen“ (Überschrift) und „Entschädigung oder Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltung“ (Abs 1) eingeordnet werden. *Fromherz* hat zutr erkannt, dass die Unterscheidung zwischen Entschädigung und Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltung ohne praktische Relevanz ist.¹⁴⁾ Da es den Ansprüchen nach § 15 MaklerG auch am für Provisionsansprüche charakteristischen Erfolgsprinzip mangelt, können sie auch nicht als solche eingeordnet werden. Bei einer dogmatischen Betrachtungsweise sind die Ansprüche daher als echte pauschalierte Schadenersatzforderungen iS einer Konventionalstrafe anzusehen.¹⁵⁾ Auch der Gesetzgeber hat schließlich in Abs 3 – wider die obigen Definitionen – klargestellt, dass die vereinbarten Vergütungsbeträge als Konventionalstrafe iSd § 1336 ABGB einzuordnen sind. Die Entschädigungsansprüche unterliegen daher auch dem richterlichen Mäßigungsrecht.¹⁶⁾

3. Zulässige Höhe

Gem § 15 Abs 1 MaklerG darf die vom Makler begehrte Entschädigung die – zulässigerweise – vereinbarte bzw ortsübliche Provision nicht übersteigen.¹⁷⁾ Entscheidend sind dabei die nach der IMV 1996 zulässigen Höchstsätze, welche von der Rsp auch als ortsüblich qualifiziert werden.¹⁸⁾ Nur für den Fall, dass keine Provisionsvereinbarung zwischen Makler und Auftraggeber getroffen wurde, ist die ortsübliche Provision gem § 8 Abs 1 Satz 1 MaklerG subsidiär als Obergrenze heranzuziehen.¹⁹⁾

Die in der Praxis verwendeten Vertragsformblätter sehen – insbesondere bei Alleinvermittlungsaufträgen – häufig vor, dass bei Ansprüchen nach § 15 MaklerG eine „doppelte Provision“ (und zwar Verkäufer- und Käuferprovision) zu bezahlen ist. Im Ergebnis kann dies für den Auftraggeber zu einer beträchtlichen Kostenbelastung – im „Worstcase“ 6% zzgl USt²⁰⁾ – führen. Der 8. Senat hat im Jahr 2004 festgehalten, dass es nicht zulässig sei, eine Verpflichtung zur Zahlung der doppelten Provision bei unberechtigtem Rücktritt des Verkäufers vom Alleinvermittlungsauftrag (§ 15 Abs 2 Z 1 iVm Abs 1 MaklerG) vorzusehen.²¹⁾ In der Lit wird allerdings zutr darauf hingewiesen, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 12 Abs 2 S 1 IMV auch die Verrechnung einer „doppelten Erfolgsprovision“ zulässig sein kann. Demnach ist eine Überschreitung des Höchstbetrags um bis zu 100% zulässig, wenn mit dem anderen Vertragsteil keine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart wird.²²⁾ Die Verrechnung einer „doppelten Provision“ an den Verkäufer (durch Überwälzung der Käuferprovision) würde also voraussetzen, dass der namhaft gemachte Käufer mit dem Makler keine (ausdrückliche oder konkludente) Provisionsvereinbarung trifft. Nicht ausreichend ist dabei nach der Rsp, wenn der Käufer „lediglich“ nach den Vorstellungen der Vertragsparteien „provisionsfrei“ bleiben soll.²³⁾

Auch mE ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 12 Abs 2 S 1 IMV eine Überschreitung des zulässigen Höchstbetrags um bis zu 100% zulässig, zumal den Höchstprovisionsätzen der IMV nach der Rsp über § 917a ABGB zivilrechtliche Relevanz zukommt.²⁴⁾ Nachdem bei der Erfolgsprovision unter

diesen Voraussetzungen die Verrechnung einer „doppelten Provision“ zulässig ist, erscheint es iS eines „Gleichklangs“ nur konsequent, auch bei Ansprüchen nach § 15 MaklerG eine solche Vereinbarung bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 12 Abs 2 S 1 IMV als rechtskonform anzusehen.²⁵⁾

Die Vereinbarung einer überhöhten Entschädigung kann zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung nach § 15 MaklerG führen.

Immobilienmakler sind jedenfalls gut beraten, keine „überhöhten“ Vereinbarungen zu treffen. *Prader* verweist darauf, dass eine überhöhte Vereinbarung jedenfalls im

B2C-Bereich nicht nur zur Teilnichtigkeit, sondern zur Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung führt. Einerseits liege nämlich ein Verstoß gegen das Transparenzgebot iSd § 6 Abs 3 KSchG und andererseits ein Verstoß gegen § 879 Abs 1 ABGB vor.²⁶⁾ Auch eine (vertragliche) Erweiterung der taxativ vorgegebenen Fallkonstellationen stünde im Übrigen gleich Nichtigkeitssanktion.²⁷⁾

B. Unterlassener Abschluss wider Treu und Glauben

1. Nichtabschluss und Abschlussfreiheit

Nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG kann ein Anspruch auf Entschädigung auch dann vereinbart werden, wenn das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustande kommt, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterlässt. Der bei jedem Maklervertrag einer Vereinbarung zugängliche und besonders praxisrelevante Tatbestand des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG erfordert zunächst den Nichtabschluss des im Maklervertrag bezeichneten Geschäfts. Vom Nichtabschluss ist die Nichtausführung des vermittelten Rechtsgeschäfts zu unterscheiden. Unterbleibt „lediglich“ die Ausführung, gelangen die Nichtausführungsregeln des § 7 Abs 2 MaklerG zur Anwendung; andernfalls kann ein Anspruch nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG bestehen.²⁸⁾

Gem § 4 Abs 2 MaklerG ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, das angebahnte Geschäft zu schließen. Die sich aus dieser Bestimmung ergebende Abschlussfreiheit des Auftraggebers ist zwingendes Recht und kann auch durch eine Ver-

¹³⁾ RIS-Justiz RS0129488.

¹⁴⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 1.

¹⁵⁾ *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 5.

¹⁶⁾ *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht³ Rz 469ff.

¹⁷⁾ Vgl auch RIS-Justiz RS0120254.

¹⁸⁾ 7 Ob 531/80.

¹⁹⁾ *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 9.

²⁰⁾ Vorbehaltlich einer richterlichen Mäßigung gem § 15 Abs 3.

²¹⁾ 8 Ob 73/04z immolex 2006/12.

²²⁾ *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 49; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht³ Rz 465ff.

²³⁾ 4 Ob 366/85 SZ 55/157; 8 Ob 73/04z immolex 2006/12.

²⁴⁾ 6 Ob 71/07w.

²⁵⁾ *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht³ Rz 466; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 49.

²⁶⁾ *Prader*, MaklerG³⁰³ § 15 Anm 1 und 2.

²⁷⁾ *Prader*, MaklerG³⁰³ § 15 Anm 1 unter Verweis auf EuGH C-625/21, *Gupfinger*.

²⁸⁾ 5 Ob 266/01f MietSlg 53.611; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht³ Rz 483.

einbarung nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG nicht abbedungen werden. Sie wird nach der Rsp „lediglich“ durch das sich aus § 1295 Abs 2 ABGB ergebende Schikaneverbot eingeschränkt. Der Geschäftsherr ist nämlich auch zur grundlosen Ablehnung des Vertragsabschlusses berechtigt; er kann nur wegen willkürlicher Ablehnung des Vertragsabschlusses (absichtliche Provisionsverhinderung) ersatzpflichtig werden, wenn diese aus besonderen Gründen geradezu wider Treu und Glauben gegen Vertragspflichten verstößt.²⁹⁾ Neben der Schikane erfährt die Abschlussfreiheit durch eine wirksame Vereinbarung gem § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG eine Einschränkung.³⁰⁾

Nach der wohl hM kommt dem weiteren Tatbestandsmerkmal „wider Treu und Glauben“ daher keine eigenständige Bedeutung zu. Bei Erfüllung aller anderen Tatbestandselemente ist gleichsam von einem Nichtabschluss wider Treu und Glauben auszugehen.³¹⁾

2. „Entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf“

Weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG ist, dass der Abschluss „entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf“ unterbleibt. Die hA versteht unter einem solchen Vertragsverhandlungen, in welchen eine Annäherung der wechselseitigen Standpunkte der Partner des vermittelten Geschäfts versucht wird bzw eine solche Annäherung mit oder ohne Zutun des Maklers erfolgt, sodass einem Vertragsabschluss keine nennenswerten Hindernisse mehr entgegenstehen. Die bei objektiver Betrachtung überraschende Weigerung zur Setzung des erforderlichen Rechtsakts muss daher in einem späteren Verhandlungsstadium erfolgen.³²⁾

Eine überraschende Weigerung setzt also zunächst eine so weitgehende Annäherung der Parteien voraus, welche einen zukünftigen Vertragsabschluss als „bloße Formsache“ erscheinen lässt. Dabei ist *Fromherz* zuzustimmen, dass die Abschlussfreiheit des Auftraggebers mit fortgesetzter Verhandlungsdauer und entsprechend dem jeweiligen Grad der wechselseitigen Annäherung eine immer stärkere Einschränkung erfährt.³³⁾ Werden Vertragsverhandlungen vom Auftraggeber, etwa nach Übermittlung eines unterbreiteten Kaufanbots, sogleich abgelehnt oder die Gegenzeichnung desselben sogleich ausgeschlossen, mangelt es am Erfordernis des bisherigen Verhandlungsverlaufs. Dies ausgehend vom Wortlaut des Gesetzestexts und der sich aus § 4 Abs 2 MaklerG ergebenden Abschlussfreiheit selbst dann, wenn das Kaufanbot exakt jene Vorgaben (insb hinsichtlich des Zielkaufpreises) erfüllt, welche der Auftraggeber dem Makler – im Regelfall im schriftlichen Maklervertrag – vorgegeben hat. Freilich werden damit Sinn und Zweck des Entschädigungsanspruchs – der Schutz des Maklers – mE nahezu gänzlich unterlaufen. Wird hingegen zu einem späteren Zeitpunkt die Setzung des erforderlichen Rechtsakts unter objektiven Gesichtspunkten überraschend unterlassen, kann dies zum Verlust der Abschlussfreiheit gegenüber dem Makler führen.

3. „Ohne beachtenswerten Grund“

Weitere Tatbestandsvoraussetzung ist, dass der Auftraggeber keinen „beachtenswerten Grund“ für den Nichtabschluss ins Treffen führt. Der beachtenswerte Grund erfährt dabei keine Gleichstellung mit dem Vorliegen eines „wichtigen“ Grundes nach den allgemeinen Grundsätzen zur Auflösung von Dauerschuldverhältnissen. Der Abschluss muss auch nicht unzumutbar sein.³⁴⁾ Nach der Rsp ist es ausreichend, wenn der Grund für den Nichtabschluss bei objektiver Betrachtung *verständlich*

ist.³⁵⁾ Die Schwelle für die Annahme des Vorliegens eines beachtenswerten Grundes liegt also deutlich unter jener eines „wichtigen“ bei Dauerschuldverhältnissen. Zunächst sind bereits alle nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründe beachtenswert iSd § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG.³⁶⁾ Beachtenswert ist ein Grund aber sogar dann, wenn er in der Privatsphäre des Auftraggebers liegt und von subjektiven Erwägungen getragen ist.³⁷⁾

Auch ein in der Privatsphäre des Auftraggebers liegender und von subjektiven Erwägungen getragener Grund ist beachtenswert.

Diese einschränkende Auslegung ist mE schon deshalb erforderlich, da andernfalls mittels einer Vereinbarung nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG die sich aus § 4 Abs 2 MaklerG er-

gebende Abschlussfreiheit unterlaufen werden könnte. Dass der Gesetzgeber der Abschlussfreiheit des Auftraggebers erhöhte Schutzbedürftigkeit zugesteht, ergibt sich daraus, dass dieser sich ohnehin bereits aus dem ABGB ergebende Grundsatz *zusätzlich* unter § 4 Abs 2 MaklerG positiviert wurde. Unter Wertungsgesichtspunkten wird daher zutr zwischen „wichtigen“ Gründen bei Dauerschuldverhältnissen und „beachtenswerten“ iSd § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG unterschieden.

Von der Rsp wurden etwa subjektive Umstände wie eine nicht geplante Änderung des Wohnorts aufgrund eines Berufswechsels, eine Scheidung, der Tod eines Angehörigen oder gesundheitliche Probleme als beachtenswerte Gründe anerkannt.³⁸⁾ Nach dem 3. Senat kann aber auch eine Verletzung der Informationspflicht gem § 30b Abs 1 KSchG einen beachtenswerten Grund darstellen.³⁹⁾ Im Anlassfall wurde der Auftraggeber nicht über alle ihn treffenden Nebenkosten im vermittelten Kreditvertrag informiert. Unter diesen Voraussetzungen sei die Weigerung des Auftraggebers, den vermittelten Vertrag abzuschließen, keine überraschende Weigerung iSd § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG, sondern durch beachtenswerte Gründe gedeckt. Neben dem Vorliegen eines beachtenswerten Grundes mangelte es somit auch an einer überraschenden Weigerung. Kein beachtenswerter Grund liegt hingegen dann vor, wenn der Verkäufer entgegen seiner ursprünglichen Zustimmung die Unterfertigung eines geänderten Kaufvertrags verweigert, bei der Gemeinde eine ablehnende Haltung gegen das vom Käufer geplante Bauvorhaben herbeiführt und die Liegenschaft an einen Dritten veräußert.⁴⁰⁾ Bei einer solchen Konstellation kann mE getrost auch eine Durchbrechung der Abschlussfreiheit aufgrund von Schikane iSd § 1295 Abs 2 ABGB angenommen werden.

²⁹⁾ RIS-Justiz RSO062781; 1 Ob 26/14a wobl 2014/113.

³⁰⁾ 6 Ob 109/20b immolex 2021/34 (B. Dobler).

³¹⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 31; zust *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 24; *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 18.

³²⁾ 6 Ob 109/20b immolex 2021/34 (B. Dobler); 2 Ob 135/14p; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 13; *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 26.

³³⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 27.

³⁴⁾ *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht³ Rz 491; *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 16.

³⁵⁾ 6 Ob 109/20b immolex 2021/34 (B. Dobler).

³⁶⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 29.

³⁷⁾ ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 24; RIS-Justiz RSO118179; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht³ Rz 91.

³⁸⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 30 unter Hinweis auf *Ostermayer/Schuster*, Maklerrecht § 15 Anm 4.

³⁹⁾ 3 Ob 69/05a immolex 2007/32.

⁴⁰⁾ 5 Ob 1824/04g wbl 2005/209 - e contrario.

Die vorliegenden Judikate veranschaulichen eindrucksvoll, dass die erfolgreiche Durchsetzung des Anspruchs nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG in der Praxis ein für den Makler „hürdenbehaftetes“ Unterfangen darstellt. Erfahrungsgemäß divergiert das Vorbringen zwischen Makler und Auftraggeber bereits auf der Sachverhaltsebene erheblich. Die Feststellung des vom kl Makler gewünschten und die Rechtsfolgen des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG allenfalls auslösenden Sachverhalts auf der Tatsachenebene gestaltet sich mitunter nicht zuletzt deshalb als wahre „Herkulesaufgabe“, da häufig sowohl Verkäufer als auch Käufer ein Interesse daran haben, weder eine Erfolgsprovision noch eine Entschädigung nach § 15 MaklerG leisten zu müssen. Selbst wenn der Sachverhalt entsprechend „wunschgemäß“ festgestellt wurde, ist der Anwendungsbereich des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG denkbar eng, zumal mE im Ergebnis die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG regelmäßig nur bei willkürlicher Ablehnung des Vertragsabschlusses (Schikane) erfüllt sein werden.⁴¹⁾

C. Anderes als zweckgleichwertiges Geschäft

Eine Entschädigung kann gem § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG auch dann begehrt werden, wenn mit dem vom Makler vermittelten Dritten ein **anderes als ein zweckgleichwertiges Geschäft** zustande kommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt. Dieser Tatbestand erfordert zunächst eine Abgrenzung zu § 6 Abs 3 MaklerG. Nach dieser Bestimmung hat der Makler auch dann Anspruch auf Provision, wenn aufgrund seiner Tätigkeit zwar nicht das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft, wohl aber ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich *gleichwertiges* Geschäft zustande kommt. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist somit die **Zweckgleichwertigkeit**. Liegt unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein zweckgleichwertiges Geschäft vor, steht dem Makler gem § 6 Abs 3 MaklerG ohnehin eine Erfolgsprovision zu; ausschließlich andernfalls kann ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG bestehen.⁴²⁾

Weiters muss die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fallen. Im Schrifttum wird zutr ausgeführt, dass dabei nicht die gewerberechtlichen Vorgaben entscheidend sind, sondern auf den vereinbarungsgemäßen Tätigkeitsbereich abzustellen ist.⁴³⁾ Aufgrund dieses Umstands ist *Knittl/Holzapfel* zuzustimmen, dass der Anwendungsbereich dieses Tatbestands eher schmal sein wird.⁴⁴⁾

Der OGH hat das Vorliegen eines zweckgleichwertigen Geschäfts verneint, wenn im Vermittlungsauftrag der Verkauf der gesamten Liegenschaft vereinbart war, tatsächlich aber nur ein Miteigentumsanteil (Wohnungseigentum) veräußert wurde.⁴⁵⁾ *Kothbauer* ist zuzustimmen, dass bei einer solchen Konstellation ein Anspruch nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG bestehen könnte.⁴⁶⁾ Die Rsp hat das Vorliegen eines zweckgleichwertigen Geschäfts iSd § 6 Abs 3 MaklerG mangels ausdrücklicher Vereinbarung auch bei Erwerb der vom Makler angebotenen Liegenschaft durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren verneint, da der Maklervertrag die Nachweisung einer solchen Erwerbsgelegenheit im Regelfall nicht umfasse.⁴⁷⁾ In der älteren Rsp wurde diesbezüglich ins Treffen geführt, dass es diesfalls auch am Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mangle.⁴⁸⁾ Der jüngeren Rsp ist allerdings die Tendenz zu entnehmen, dass im Rahmen der Privatautonomie auch die Vereinbarung einer Provision für den Fall eines exekutiven Erwerbs zulässig ist. Wie *Kothbauer* zutr erkennt, würde diese Vereinbarung im Ergebnis

eine solche nach § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG darstellen,⁴⁹⁾ sodass für deren Wirksamkeit auch die sich aus § 15 MaklerG (bei Verbraucherverträgen iVm § 31 Abs 1 Z 3 KSchG) entsprechenden Formvorschriften einzuhalten sind.

Schlussstrich

- Die Vereinbarung einer Entschädigung gem § 15 MaklerG setzt bei Verbraucherverträgen eine schriftliche und ausdrückliche Vereinbarung voraus. Ansprüche nach § 15 MaklerG sind dogmatisch als echte pauschalierte Schadenersatzforderung iS einer Konventionalstrafe einzuordnen.
- Eine erfolgreiche Durchsetzung des Anspruchs nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG ist im Ergebnis aufgrund der sich aus § 4 Abs 2 MaklerG ergebenden Abschlussfreiheit nahezu nur bei willkürlicher Ablehnung des Vertragsabschlusses (Schikane) möglich. Ein beachtenswerter Grund liegt nach der Rsp schon dann vor, wenn der Grund für den Nichtabschluss bei objektiver Betrachtung verständlich ist.
- Der Anwendungsbereich des § 15 Abs 1 Z 2 MaklerG ist auf jene Fälle eingeschränkt, bei denen kein zweckgleichwertiges Geschäft iSd 6 Abs 3 MaklerG vorliegt. Die Vermittlung muss dennoch in den Tätigkeitsbereich des Maklers fallen. Der Anwendungsbereich dieses Tatbestands ist im Ergebnis daher eingeschränkt.

⁴¹⁾ So im Ergebnis auch *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 24, *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 17.

⁴²⁾ *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 21; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht³ Rz 495.

⁴³⁾ *Fromherz*, MaklerG § 15 Rz 40; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 30.

⁴⁴⁾ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht³ Rz 495.

⁴⁵⁾ 8 Ob 130/10s immolex 2011/29 (*Prader*).

⁴⁶⁾ *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 23.

⁴⁷⁾ 2 Ob 106/01d MietSlg 53:606; 1 Ob 240/06k.

⁴⁸⁾ 8 Ob 248/68 SZ 41/135; 1 Ob 876/32 RZ 1933, 116.

⁴⁹⁾ *Kothbauer* in GeKo Wohnrecht II² § 15 MaklerG Rz 24.