

Provisionsanspruch des Maklers bei Verträgen mit Bedingungen

immolex 2026/164

§§ 7, 10 MaklerG; § 1091 ABGB

OGH 20. 5. 2026, 8 Ob 160/25z

Provision; bedingter Vertrag; aufschiebende Bedingung; auflösende Bedingung; Pachtvertrag; Photovoltaikanlage

Ein Vertrag, mit dem eine Grundfläche zur Errichtung und zum Betrieb einer Photovoltaikanlage überlassen wird, ist kein Pachtvertrag. Bei einem vermittelten auflösend bedingten Vertrag richtet sich der Provisionsanspruch danach, ob das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aus Zweckgleichwertigkeitsgründen einem unbedingten gleichzuhalten ist.

Aus der Begründung:

Der OGH hat sich noch nicht näher mit der Qualifikation eines Vertrags, mit dem eine Grundfläche dem Vertragspartner für eine bestimmte Zeit zur Errichtung und Betrieb einer Photovoltaikanlage überlassen wird, auseinandergesetzt.

Nach der Definition des § 1091 Satz 1 ABGB wird der Bestandvertrag, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt, ein Mietvertrag, wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Diese gesetzliche Definition wird von der hA berichtigend dahingehend ausgelegt, dass für die Abgrenzung zwischen Miete und Pacht nicht die Art des Bestandobjekts, sondern der Vertragszweck, und zwar iS der dem Bestandnehmer eingeräumten Befugnisse, maßgeblich ist (*Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht*² § 1091 ABGB Rz 5 mwN; im gleichen Sinn zB *Lovrek* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1091 ABGB Rz 2; *Pesek* in *Schwimm/Kodek*⁵ § 1091 ABGB Rz 2; RSO020261). Belanglos ist für die Abgrenzung von Miete und Pacht, welche rechtliche Unterstellung die Parteien im Bestandvertrag in dieser Richtung vorgenommen haben (RSO020514; 6 Ob 141/09t Pkt 7. [immolex 2010/46 (*Stadlmann*)]). Enthält ein Bestandvertrag sowohl Elemente der Miete als auch der Pacht, dann entscheidet für die Zuordnung nach § 1091 Satz 2 ABGB aber die „Hauptsache“. Demnach gibt das nach der Verkehrsauffassung und der Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls überwiegende Element, nämlich jenes mit der größeren wirtschaftlichen Bedeutung, den Ausschlag dafür, ob für das – gesamte – Vertragsverhältnis die Regeln der Miete oder jene der Pacht gelten; es gilt das Absorptionsprinzip (*Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht*² § 1091 ABGB Rz 3 mwN; im gleichen Sinn *Lovrek* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1091 ABGB Rz 6).

Geht man vom zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Vertragszweck aus, dann liegt Miete vor, wenn der Bestandnehmer nur zum Gebrauch der Sache berechtigt ist. Im Gegensatz zur Miete darf der Bestandnehmer bei der Pacht den Vertragsgegenstand nicht nur verwenden, sondern darüber hinaus auch die sachtypischen Nutzungen und Erträge aus der Sache ziehen (*Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht*² § 1091 ABGB Rz 6f; *Rassi* in *KBB*⁷ § 1091 ABGB Rz 1). Bspw wird eine Eisfläche zur Anlage eines Schlittschuhlaufplatzes vermietet, zur Eisgewinnung hingegen verpachtet (*Pesek* in *Schwimm/Kodek*⁵ § 1091 ABGB Rz 2 mwN).

Die Überlassung von Grundstücken zur Errichtung von Betriebsobjekten oder Betriebsgebäuden ist nach Rsp und Literatur regelmäßig als Miete einzustufen (vgl *Pesek* in *Schwimm/Kodek*⁵ § 1091 ABGB Rz 18 mwN). In der Rsp (vgl die entsprechenden Nachweise bei *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht*² § 1091 ABGB Rz 6) wurde bspw die Überlassung von Grundstücken zu folgenden Zwecken als Miete eingestuft: zur Errichtung eines Superädifikats oder eines Geschäftsraums, von Verkaufsständen, eines Buffets, zur Abhaltung eines Markts, zum Betrieb eines Sportplatzes oder zum Betrieb einer Tankstelle.

Bei einem erst zu gründenden Betrieb kann (Unternehmens-) Pacht nur dann angenommen werden, wenn der Bestandgeber alle wesentlichen Grundlagen des künftigen Unternehmens zur Verfügung stellt und der Bestandnehmer auch zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens verpflichtet ist. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, dann wird selbst bei Interesse des Bestandgebers an der Führung des Betriebs nur Miete des Bestandobjekts und nicht Unternehmenspacht angenommen (vgl RSO029483).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich damit, dass der in Rede stehende „Grundnutzungs- und Dienstbarkeitsvertrag“ nicht als Pachtvertrag eingestuft werden kann. Einerseits spricht gegen das Vorliegen eines solchen, dass es beim Betrieb einer Photovoltaikanlage an einer Fruchtziehung aus dem verpachteten Gegenstand fehlt (zur Relevanz dieses Kriteriums auch im österreichischen Recht *Rassi* in *KBB*⁷ § 1091 ABGB Rz 1; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht*² § 1091 ABGB Rz 7). Auch kann dem Grundnutzungs- und Dienstbarkeitsvertrag weder entnommen werden, dass der Liegenschaftseigentümer die wesentlichen Grundlagen des künftigen Unternehmens zur Verfügung stellen würde, noch dass der Anlagenbetreiber verpflichtet wäre, ein lebendes Unternehmen zurückzustellen.

Bei der Errichtung von Photovoltaikanlagen auf fremdem Grund und Boden werden häufig Photovoltaikdienstbarkeiten bestellt, typischerweise in Form beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten des Anlagenbetreibers. Regelmäßig dienen Dienstbarkeiten dazu, das schuldvertraglich eingeräumte Nutzungsrecht des Anlagenbetreibers aus dem Flächennutzungsvertrag mit dem Grundstückseigentümer dinglich abzusichern (*Voß* in *Jeromin/Klose/Ring/Schulte Beerbühl*, Stichwort-Kommentar Nachbarrecht, „Photovoltaikanlage“ Rz 13; vgl auch § 1092 Abs 3 BGB und dazu zB *Bork/Hustedt*, Langfristige Sicherung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien, ErdbauZ 2025, 98ff). Es gilt damit zu beurteilen, ob der vorliegende „Grundnutzungs- und Dienstbarkeitsvertrag“ als Mietvertrag oder als Dienstbarkeitsvertrag zu qualifizieren ist.

Dieser Vertrag ist als Dienstbarkeitsvertrag zu qualifizieren: Dafür spricht zum einen, dass sich aus ihm klar ein Wille der Parteien auf Verdinglichung ergibt (vgl Vertragspunkt 3.). Gegen die Annahme eines Mietvertrags spricht zudem, dass die Vertragsparteien den Vertrag nicht als solchen, sondern als „Grundnutzungs- und Dienstbarkeitsvertrag“ bezeichneten, dies aufgrund seines ent-

sprechenden Schwerpunkts ganz zu Recht. Im Übrigen sind sich auch die Parteien des Verfahrens vor dem OGH darüber einig, dass der „Grundnutzungs- und Dienstbarkeitsvertrag“ nur ein zweckgleichwertiges Rechtsgeschäft darstellt, demnach gerade kein Kauf- oder Mietvertrag, dessen Vermittlung der Maklervertrag intendierte.

Der Provisionsanspruch der KI dem Grunde nach hängt davon ab, ob der vermittelte „Grundnutzungs- und Dienstbarkeitsvertrag“ (auch) iSd § 6 Abs 1 MaklerG „zustande gekommen“ und iSd § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG „rechtswirksam“ ist und entweder das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft oder ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustande gekommen ist (§ 6 Abs 3 MaklerG).

Für einen unter einer Bedingung abgeschlossenen Vertrag, den ein Makler vermittelt, gebührt keine Provision, wenn die Bedingung nicht erfüllt ist (RS0062555). Ist das vermittelte Geschäft aufschiebend bedingt, ist es vor Eintritt der Bedingung nicht rechtswirksam geschlossen und begründet es daher noch keine Provisionspflicht (8 Ob 3/16y [Pkt 1.]). Hier entsteht die Provisionspflicht idR erst mit dem Eintritt der Bedingung (5 Ob 182/04g mwN; 6 Ob 194/22f Rz 19 [immolex 2023/121 (Horn)]). Im Fall einer auflösenden Bedingung tritt demgegenüber die Rechtswirksamkeit des Hauptgeschäfts unmittelbar ein, der Bedingungseintritt beseitigt diese aber wiederum. Der Provisionsanspruch richtet sich hier danach, ob das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aus Zweckgleichwertigkeitsgründen einem unbedingten gleichzuhalten ist (5 Ob 182/04g; 8 Ob 3/16y [Pkt 1.]). Dafür, ob ein mit Abschluss des Hauptgeschäfts grundsätzlich entstandener Provisionsanspruch des Maklers bei Eintritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung wieder entfällt, ist entscheidend, ob der vermittelte Auftrag für den Auftraggeber des Maklers wirtschaftlich von Wert war (RS0062778; 8 Ob 3/16y [Pkt 1.]).

Ob bei der Setzung einer Bedingung eine aufschiebende oder auflösende gemeint ist, ist Auslegungsfrage (GIUNF 1808; 1 Ob 330/97d). Wenn gewisse Rechtswirkungen eines unter einer Bedingung abgeschlossenen Vertrags sofort eintreten sollen, so spricht dies für eine auflösende Bedingung (3 Ob 631/85; RS0017503), insb bei Bestehen echter Erfüllungsansprüche von Anfang an (*Beclin in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 897 ABGB Rz 32 mwN).

Gem § 8 Abs 1 Satz 1 MaklerG gebührt im Fall, dass über die Provisionshöhe nichts Besonderes vereinbart ist, dem Makler die für die erbrachten Vermittlungsleistungen ortsübliche Maklerprovision. Lässt sich eine solche nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellen, steht gem § 8 Abs 1 Satz 2 MaklerG eine angemessene Provision zu. In erster Linie kommt es damit für die Provisionshöhe auf die Vereinbarung zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber an.

Im weiteren Verfahren wird davon auszugehen sein, dass, zumal über die Provisionshöhe nichts Besonderes vereinbart ist, der KI gem § 8 Abs 1 Satz 1 MaklerG die für die erbrachten Vermittlungsleistungen ortsübliche und für den Fall, dass sich eine solche nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellen lässt, gem § 8 Abs 1 Satz 2 MaklerG eine angemessene Provision zusteht. Die Wendung des Satzes 2 entspricht § 273 Abs 1 Satz 1 ZPO (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 22). Fehlt – wie hier – eine unmittelbar anwendbare Gebührenordnung und sollte auch sonst iSd § 8 Abs 1 Satz 1 MaklerG eine ortsübliche Provision nicht feststellbar sein, so kann bei der vom Richter kraft seines freien Ermessens nach § 273 ZPO festzusetzenden angemessenen Provision (§ 8 Abs 1 Satz 2 MaklerG) eine verwandte Gebührenordnung Orientierungshilfe und Anhaltspunkt liefern (8 Ob 33/18p [immolex 2018/92 (Cerha)]; vgl auch *Humpel/Michtner in Illedits*, Wohnrecht⁴ § 8 MaklerG Rz 13).

Die Höhe der angemessenen Provision kann sich aus der ortsüblichen Provision für vergleichbare Tätigkeiten an anderen Orten ergeben, weil im Fall einer anderswo ortsüblichen Provision von deren Angemessenheit auszugehen ist (*Kothbauer in GeKo Wohnrecht*² § 8 MaklerG Rz 8).

Anmerkung:

Im Ergebnis ist die Entscheidung des OGH nicht zu beanstanden. Sie enthält va für die Fälligkeit des Provisionsanspruchs des Immobilienmaklers bei Verträgen mit Bedingungen wesentliche Aussagen. Gem § 7 Abs 1 MaklerG entsteht der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Nach der Rsp ist dabei eine Punktation iSd § 885 ABGB, im Gegensatz zu einem Vorvertrag, ausreichend (2 Ob 131/13y; *Prader*, MaklerG^{3,07} § 6 E 21). Im Regelfall entsteht der Provisionsanspruch in der Praxis sohin mit Vorliegen eines von sämtlichen Vertragsparteien unterfertigten Miet- oder Kaufanbots, sofern darin kein Vorbehalt (zB Finanzierungsvorbehalt) und/oder Bedingungen enthalten sind.

Bei Verträgen mit Bedingungen muss zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen unterschieden werden.

Im Rahmen der vorliegenden Entscheidung wird unter Verweis auf die Vorjudikatur zutr ausgeführt, dass bei aufschiebend bedingten Verträgen das Rechtsgeschäft vor Eintritt der Bedingung als nicht rechtswirksam geschlossen einzuordnen ist, sodass auch der Provisionsanspruch erst mit Bedingungseintritt entsteht und gem § 10 MaklerG fällig ist (6 Ob 195/13i immolex 2014/48 [*Stadlmann*]). In der Praxis ist dabei insb an die rechtskräftige Erteilung behördlicher (Grundverkehr) oder gerichtlicher (Pflegschaftsgericht) Bewilligungen/Genehmigungen zu denken. Der Makler hat in solchen Fällen mit der Rechnungslegung bis zum Eintritt der Bedingungen zuzuwarten, was in der Praxis häufig übersehen wird.

Im vorliegenden Fall hatte der 8. Senat eine auflösende Bedingung zu beurteilen. Wie dieser zutr festgestellt hat, tritt Rechtswirksamkeit iSd § 7 Abs 1 MaklerG bei auflösenden Bedingungen unmittelbar ein; bei Bedingungseintritt wird diese jedoch (nachträglich) wieder beseitigt. Folglich ist zu klären, ob der ursprünglich wirksam entstandene Provisionsanspruch bei Eintritt der Bedingung weiter Bestand hat. Dabei ist grundsätzlich entscheidend, ob das bedingte Rechtsgeschäft unter Zweckgleichwertigkeitsgründen einem unbedingten gleichzuhalten ist. Es ist daher zu prüfen, ob der vermittelte Auftrag für den Auftraggeber des Maklers unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten von Wert war (*Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 7 Rz 9; ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 22.). Ein solcher wirtschaftlicher Wert ist nach der Rsp etwa für den Käufer einer Liegenschaft dann nicht gegeben, wenn auflösende Bedingung das (nicht vom Käufer selbst herbeigeführte) Misslingen der vom Verkäufer vorzunehmenden Lastenfreistellung der verkauften Liegenschaft ist (1 Ob 564/85 JBI 1986, 395).

Im Schrifttum ist strittig, ob der Provisionsanspruch schon dann bestehen bleibt, wenn die Tätigkeit „lediglich“ von Nutzen war (*Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 7 Rz 9). Die vorliegende Entscheidung spricht dafür, dass höchstgerichtlich nicht nur ein Nutzen, sondern (auch) das Vorliegen eines wirtschaftlichen Wertes als Voraussetzung für den Fortbestand des Provisionsanspruchs gefordert wird (so auch 8 Ob 3/16y; *Humpel/Michtner in Illedits*⁴ § 7 MaklerG Rz 16; *Prader*, MaklerG^{3,06} § 7 Anm 1).

Praxistipp:

In der Praxis sind Immobilienmakler jedenfalls gut beraten, im Falle der Fakturierung von Provisionen bei Verträgen mit auflösenden Bedingungen für etwaige Rückzahlungsverpflichtungen Sorge zu tragen.

Dr. **Daniel Lassingleithner**, LL.M. oec., ist RA in Salzburg.