

# 1. Maklervertrag

## 1.1. Grundlagen, Begriffsbestimmungen

In diesem einleitenden Kapitel wird auf die grundlegenden Begriffe des Immobilienmaklerrechts eingegangen. Als Basis dienen die allgemeinen Bestimmungen des Maklerrechts, auf welchen das Immobilienmaklerrecht aufbaut.

Als Rechtsgrundlage gelangen neben dem Maklergesetz (MaklerG) ua die Immobilienmaklerverordnung (ImmMV), die besonderen Landesregeln für Immobilienmakler, die Gewerbeordnung (GewO), das Konsumentenschutzgesetz (KSchG), das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG), die Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU) sowie das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) zur Anwendung.

Das Maklergesetz stellt eine der zentralen Rechtsquellen für Makler sowie Immobilienmakler dar und ist in vier Teile gegliedert:

- 1. Teil: Allgemeiner Teil, §§ 1–15
- 2. Teil: Sonderbestimmungen für Immobilienmakler, §§ 16–18
- 3. Teil: Sonderbestimmungen für Handelsmakler inkl Sonderbestimmungen für Versicherungsmakler, §§ 19–32
- 4. Teil: Sonderbestimmungen für Personalkreditvermittler, §§ 33–39
- Art II: Änderungen des KSchG
- Art III: Regelungen zum Inkrafttreten sowie Übergangsbestimmungen

## 1.2. § 1 MaklerG: Begriff und Tätigkeit des Maklers

### § 1 MaklerG

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

Makler ist demnach,

- wer aufgrund eines Maklervertrages
- für einen Auftraggeber
- Geschäfte mit einem Dritten
- vermittelt,
- ohne ständig damit betraut zu sein.

Zu beachten ist, dass in dieser Norm neben dem grundlegenden Begriff „Makler“ bereits der Geltungsbereich des MaklerG definiert ist. Der Geltungsbereich stellt darauf ab, auf wen und welche Tätigkeit dieses MaterienGesetz zur Anwendung gelangt.

## 1. Maklervertrag

---

Obwohl diese Norm kurz und bündig formuliert ist, beinhaltet sie einige Begriffe, die einer näheren Erklärung sowie Auslegung bedürfen:

privatrechtliche Vereinbarung, Maklervertrag	Der Maklervertrag zwischen Makler und Auftraggeber dient als Grundlage für die darauffolgende Vermittlungs- und Verhandlungstätigkeit. Der Vertrag beinhaltet einige <i>essentialia negotii</i> (lat; „wesentliche Geschäftseigenschaften“), wobei als wesentlichste die Geschäftsvermittlung gegen Provision gesehen werden kann. <sup>1</sup>
Geschäfte mit Dritten	Der potentielle Vertragspartner des Auftraggebers kann nicht der Makler selbst sein, sondern ist eine von diesem verschiedene Person (= ein Dritter). <sup>2</sup>
vermitteln	Dies stellt auf die Tätigkeit ab, potentielle Vertragspartner zusammenzuführen und diese in weiterer Folge zum Abschluss des Geschäfts zu bewegen. Konkret bedeutet das für den Makler zu verhandeln, wobei die Kriterien hierfür im Maklervertrag abgesteckt werden. <sup>3</sup> Als Mindeststandard für die Vermittlung kann die Namhaftmachung eines Dritten gem § 6 Abs 2 MaklerG angesehen werden.
ohne ständige Betrauung	Der Makler ist nicht ständig mit der Tätigkeit des Vermittelns von seinem Auftraggeber betraut – im Gegensatz zu zB einem Handelsvertreter. <sup>4</sup>

Die Tätigkeit des Maklers lässt sich somit als Vermittlung von Geschäften bestimmen.

### 1.2.1. FAQs: § 1 MaklerG

#### Was sind wesentliche Geschäftseigenschaften (= *essentialia negotii*) des Maklervertrages?

Zu den wesentlichen Inhalten eines Maklervertrages zählen:

- Bezeichnung der Vertragsparteien (Auftraggeber/Makler)
- Vermittlungsobjekt
- Bestimmung der Tätigkeit des Maklers
- Provisionszusage

---

1 Prader, Immobilienmaklerrecht<sup>2</sup> (2018) 3.

2 Rainer, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 21.

3 Prader, Immobilienmaklerrecht<sup>2</sup> (2018) 3.

4 Rainer, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 22.

- Bestimmung der Provisionshöhe
- allfällige Nebenabreden (Befristung, Anwendung von AGB, Art des Vertrages: Alleinvermittlungsauftrag oder schlichter/allgemeiner Vermittlungsauftrag etc).<sup>5,6</sup>

### Unterliegt der Maklervertrag Formvorschriften?

Beim Maklervertrag bestehen an sich keine Formvorschriften. Demgemäß kann der Vertrag mündlich, schriftlich, schlüssig oder stillschweigend zustande kommen.<sup>7</sup>

### Inwiefern kann ein Maklervertrag stillschweigend bzw schlüssig zustande kommen?

Kommt der Maklervertrag weder schriftlich noch mündlich zustande, stellt sich die Frage, ob er auch stillschweigend (konkudent) bzw schlüssig geschlossen werden kann, wenn Makler und Auftraggeber ohne Vereinbarung zusammenarbeiten und es in weiterer Folge zum Abschluss des Hauptgeschäftes kommt.

stillschweigend	Der Maklervertrag wird gültig durch eine stillschweigende Beauftragung geschlossen, wenn der Auftraggeber die Tätigkeit des Maklers kennt und dagegen keine Einwendungen erhebt und somit widerspricht.
schlüssig	Der Maklervertrag kommt gültig zustande, wenn sich der Auftraggeber den Leistungen des Maklers in nutzbringender Weise bedient sowie sich der Tätigkeit des Maklers bewusst ist und dagegen keinen Widerspruch erhebt. <sup>8</sup>

Zum Vertragsabschluss sieht die Bestimmung des § 863 ABGB Folgendes vor:

#### § 863 ABGB

(1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.

(2) In bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Es gibt jedoch Ausnahmen, in denen kein (stillschweigender bzw schlüssiger) Vertrag zustande kommt, nämlich

- wenn der Makler nicht in seiner üblichen Tätigkeit der Vermittlung nachkommt, weil die Vertragsparteien bereits auf andere Art und Weise zusammengekommen sind<sup>9</sup>,

5 Rainer, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 4.

6 Siehe Kapitel 2. „Vermittlungsaufträge“.

7 Knittl/Holzappel, Maklerrecht Österreich<sup>2</sup> (2015) 55.

8 Prader, Immobilienmaklerrecht<sup>2</sup> (2018) 3 f.

9 OGH 6.6.2005, 9 Ob 129/04t; Rainer, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 10.

## 1. Maklervertrag

---

- wenn der Makler ein Eigengeschäft tätigt,<sup>10</sup>
- wenn der Makler nur aufgrund eines Alleinvermittlungsauftrages zwischen Vermieter und Makler tätig wird.<sup>11</sup>

### **Ist jede tätigkeitsbezogene Entlohnungsvereinbarung als Maklervertrag einzustufen?**

Zu beachten ist, dass ein Maklervertrag erfolgsbezogen zu qualifizieren ist. Die Entlohnung des Maklers erfolgt nach verdienstlicher Vermittlungstätigkeit, in concreto nach Zusammenführung potentieller Vertragspartner und deren anschließendem Geschäftsabschluss.

Wird eine tätigkeitsbezogene Entlohnung vereinbart, so liegt kein Maklervertrag vor und wird eine solche Vereinbarung in weiterer Folge nicht unter dem Maklerrecht subsumiert.<sup>12</sup>

### **Wann ist ein Maklervertrag entgeltlich?**

Grundsätzlich ist ein Maklervertrag nicht zwingend entgeltlich. Die Entgeltlichkeit ist jedoch im Zweifelsfall anzunehmen.<sup>13</sup>

## **1.3. § 1 ImmMV: Anwendungsbereich**

Der Anwendungsbereich dieser Verordnung umfasst folgende Tätigkeiten:

### **§ 1 ImmMV**

[...]

1. die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von bebauten und unbebauten Grundstücken, Wohnungen, Geschäftsräumen, Fertighäusern und Unternehmen sowie Unternehmensbeteiligungen,
2. die Vermittlung von Bestandverträgen (Miet- und Pachtverträgen) sowie die Vermittlung sonstiger Rechte einschließlich der Vermittlung von Teilzeitnutzungsrechten und Optionsrechten über bebaute und unbebaute Grundstücke, Wohnungen, Geschäftsräume und Unternehmen,
3. die Vermittlung von Hypothekendarlehen und
4. die Vermittlung von Anteilscheinen und Beteiligungen an Immobilienfonds.

Die Immobilienmaklerverordnung richtet sich primär an gewerbliche Makler und nicht an bloße Gelegenheitsmakler.

---

10 OGH 9.3.2006, 6 Ob 47/06i; *Rainer*, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 10.

11 OGH 29.4.2003, 5 Ob 49/03x; OGH 6.6.2005, 9 Ob 129/04t; *Rainer*, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 10.

12 OGH 19.5.2010, 8 Ob 46/10p; *Rainer*, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 10.

13 *Rainer*, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 23.

Grundsätzlich ist zu dieser Verordnung auszuführen, dass sie als „Gesetz“ im Sinne des § 879 ABGB gilt<sup>14</sup> und somit

- Standesregeln für Immobilienmakler reglementiert, welche der Makler zu berücksichtigen hat, sowie
- Konsumentenschutzbestimmungen aufweist, auf die sich Kunden aufgrund der allgemeinen Geltung berufen können.<sup>15</sup>

### § 879 ABGB

(1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;
    - 1a. wenn etwas für die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bedungen wird;
  2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich löst oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird;
  3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;
  4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.
- (3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

## 1.4. §§ 94 Z 35, 117 GewO: Immobilientreuhänder

Der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers stellt ein reglementiertes Gewerbe iSd § 94 Z 35 GewO dar, von dem gem § 117 GewO das Gewerbe der Immobilientreuhänder umfasst wird. Diese Bestimmungen sind einschlägig für

- Immobilienmakler,
- Immobilienverwalter und
- Bauträger.

### § 94 GewO

Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe: [...]

35. Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger)

---

14 OGH 24.9.2008, 2 Ob 11/08v.

15 Rainer, Immobilienmaklerrecht (2015) Rz 611 ff; OGH 17.7.1996, 7 Ob 2098/96x; OGH 17.12.1980, 1 Ob 777/80.