

Kantonale Höchstbegrenzungen bei Maklerprovisionen – ein überholtes Gesetzesmodell

Dr. Peter Burkhalter und Dr. Boris Grell sind Rechtsanwälte bei Hodler & Emmenegger in Bern und Zürich (www.swisslawyersgroup.ch)

Ausgangslage

Vertragsfreiheit im Maklerrecht und Höchsttarifordnung im Kanton Zürich

Nach Art. 413 OR ist der Maklerlohn verdient, sobald der Vertrag in Folge des Nachweises oder in Folge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist¹. Das Gesetz spricht sich nicht direkt zur zulässigen Höhe aus, sondern hält nur fest, dass wenn der Betrag der Vergütung nicht festgesetzt werde, entweder eine allenfalls bestehende Taxe oder in Ermangelung einer solchen der übliche Lohn als vereinbart gelte. Trotz dieser weitgehenden Vertragsfreiheit können die Kantone nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf Art. 6 ZGB die Bestimmungen des Bundeszivilrechts, wozu auch die Normen zum Maklervertrag zählen, durch öffentlich-rechtliche Vorschriften ergänzend regeln.

Die Direktion der Justiz des Kantons Zürich hat im Jahre 1982 für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen ein Vermittlungsgesetz² und gestützt darauf eine Tarifordnung³ erlassen. Nach dieser Tarifordnung darf der Maklerlohn 75% des ersten monatlichen Nettomietzinses nicht übersteigen, wobei der Maklerlohn sämtliche Aufwendungen des Maklers umfasst. Andere Honorare dürfen nicht verlangt werden und die Erhebung von Einschreibe- oder sonstigen Gebühren ist nach der Tarifordnung unzulässig. Verträge,

die sich nicht an diesen Höchstansatz halten, sind nach dem Vermittlungsgesetz im Umfang der Überschreitung nichtig. Weiter werden Verstösse gegen das Vermittlungsgesetz oder die zugehörigen Bestimmungen mit Verweis oder Busse bestraft.

SVIT-Honorarempfehlungen

Demgegenüber empfehlen die Honorarempfehlungen der SVIT-Sektion des Kantons Zürich (Ausgabe Oktober 1998) als Honoraransatz bei der Vermittlung von Wohnräumen 7-10% resp. für Gewerberäume 10% der jährlichen Soll-Nettomietzinse.

Analyse und Auslegung der gesetzlichen Grundlagen

Effektiv werden heute im Kanton Zürich bei der Vermittlung von Geschäftsräumen üblicherweise Maklerprovisionen zwischen 20% und 30% der ersten Netto-Jahresmiete eingefordert und seitens der Auftraggeber soweit ersichtlich auch nicht beanstandet. Diese Zahlungen sind trotz der erwähnten kantonalen Tarifordnung gerechtfertigt und sollten auch weiterhin rechtmässig eingefordert werden können.

Bundesgerichtsentscheid vom 3. Oktober 1984

Der Kassationshof des Bundesgerichts konnte im Jahre 1984 zur Rechtmässigkeit des eingangs erwähnten Zürcher Vermittlungs-

gesetzes und der zugehörigen Tarifordnung Stellung nehmen⁴. Das Bundesgericht entschied damals, dass die Regelungen des Maklervertrags im OR nicht abschliessend zu verstehen und ergänzende öffentlich-rechtliche Regelungen der Kantone zum Schutz des schwächeren Vertragspartners auch bei der Vermittlung von Mietobjekten zulässig seien. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass das Ziel der Zürcher Tarifordnung der Schutz der Wohnungssuchenden vor Missbräuchen seitens derungsvermittler sei und Mieter in einer Zeit der Wohnungsknappheit des besonderen Schutzes bedürften. Zudem erscheine nach der gesamten Interessenlage bei der Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen die Aufstellung eines verbindlichen Rahmentarifs zum Schutze der Mietinteressenten, welche faktisch gezwungen seien, jede Möglichkeit zum Auffinden geeigneter Räume auszuschöpfen, als notwendig. Zum Schluss stellte das Bundesgericht fest, dass der in der Tarifordnung pauschal festgelegte Höchstansatz nicht als sachlich schlechthin nicht vertretbar und daher als willkürlich zu qualifizieren sei.

Lösungsansatz in der Praxis: Separater Ersatz von Zusatzaufwendungen

Auch bei einem zulässigen kantonalen Höchstansatz sollte dieser auf die reine Vermittlungs- oder Nachweistätigkeit beschränkt

ANZEIGE



FHS
HOCHSCHULE FÜR TECHNIK, WIRTSCHAFT
UND SOZIALE ARBEIT ST.GALLEN



WEITER DENKEN - WEITER BILDEN

Mit einem berufsbegleitenden Nachdiplomstudium oder -kurs eröffnen sich Ihnen neue Berufschancen.

Nachdiplomstudium (Executive Master): **Immobilienökonomie**

Nachdiplomkurse:

**Immobilienbewertung, Immobilienmanagement,
Immobilienplanung, Immobilienverwaltung,
Informationsvisualisierung**



Interessiert? **FHS Weiterbildung Technik**, Tellstrasse 2, 9001 St.Gallen, Tel. +41 71 226 12 04, wbtte@fhsg.ch

www.fhsg.ch
Mitglied der Fachhochschule Ostschweiz FHO

werden. Zusatzleistungen des Maklers, wie die Beratung des Auftraggebers hinsichtlich der optimalen Suchstrategie, Besichtigungen, Rückfragen und regelmässiges Berichten an den Auftraggeber sowie die Verhandlungen mit der Gegenseite, dürften vom kantonalen Höchsttarif nicht erfasst sein. All diese Zusatzleistungen des Maklers sollten somit trotz des kantonalen Höchsttarifs separat an den Makler bezahlt resp. als in den üblicherweise vereinbarten 20%-30%-igen Maklerprovision enthalten vergütet werden. Im Weiteren kommt die Tarifordnung nur auf die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen zur Miete zur Anwendung. Denn der Wortlaut der Tarifordnung geht bei der Festlegung der Rechte und Pflichten konsequent von „Miet-Interessenten“ aus, woraus e contrario folgt, dass die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen zum Kauf nicht von der Tarifordnung erfasst wird.

Sachfremde Tarifsätze für Geschäftsraum-Mieten

Die Anwendung kantonaler Höchsttarife ist bei der Vermittlung von Geschäftsräumen

sachfremd und sollte jedenfalls nicht mit der Vermittlung von Wohnräumen gleichgesetzt werden, wo allenfalls ein gewisses Schutzbedürfnis des Mieters bejaht werden kann. Dies gilt umso mehr, als bei der Vermittlung von Geschäftsräumen nur selten die notwendigen Investitionen, die Risiken und weiteren Aufwendungen mit denjenigen in ein Wohnraum-Objekt zu vergleichen sind, zumal Mietverträge über Geschäftsräume in der Regel auf eine Mindestlaufzeit von 5 bis 10 Jahren geschlossen und schon daher nicht mit der Vermittlung von Wohnräumen mit sehr kurzen Kündigungsfristen/-terminen verglichen werden können.

Zusammenfassung und Ausblick

Wie im Rahmen dieser Kurzanalyse gezeigt werden konnte, besteht bei der Vermittlung von Geschäftsräumen kein mit der Vermittlung von Wohnräumen vergleichbares Schutzbedürfnis des Mieters. Deshalb sollte die Vermittlung von Geschäftsräumen zur Miete auch nicht von den kantonalen Tarifhöchstansätzen erfasst werden. Es ist in diesem Zusammenhang weiter zu beachten, dass

der oben genannte Entscheid des Bundesgerichts aus der Blütezeit der Schweizer Immobilienspekulation stammt und damit auch eine politische Signalwirkung beabsichtigt war, die heute angesichts des grossen Überangebots an verfügbaren Geschäftsräumen ins Leere geht. Es ist an der Zeit, diese überholten Strukturen und sachfremden, öffentlich-rechtlichen Tarifmodelle aufzuheben oder zumindest unter Beachtung der SVIT-Honorarempfehlungen den heutigen Verhältnissen anzupassen.

1 Zu vertieften rechtlichen Ausführungen zum Maklerrecht vgl. den SVIT-Kommentar zum Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, Zürich 2005.

2 Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen vom 25. März 1982, LS 844.

3 Tarifordnung für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen vom 25. März 1982, LS 844.1.

4 Der Entscheid BGE 110 Ia 111 ist abrufbar unter www.bger.ch

Ausgabe 2005 jetzt erhältlich

Bauen, modernisieren, einrichten – Das Handbuch des Bauherrn

Damit der Traum von den eigenen vier Wänden nicht zum Albtraum wird, ist es wichtig, dass sich auch die Bauherrin, der Bauherr in die komplexe Materie des Bauens einliert und einen klaren Wunschkatalog seiner Bedürfnisse erstellt. Nur so lassen sich teure Leerläufe und Mehrkosten vermeiden, können Wert erhaltende Projekte entstehen.

Im Verlag Baublatt FachMediaCom, Rüschiikon, erscheint – jährlich aktualisiert – «Das Handbuch des Bauherrn». Es handelt auf 600 Seiten (A5) alle Themen rund ums Bauen ab, gut gegliedert in 10 Themenbereiche (Planung und Vorbereitung; Rohbau, Fassade und Dach; Fenster und Aussentüren; Haustechnik; Badezimmer und Sauna; Küche und Wirtschaftsraum; Innenausbau; Einrichten und Wohnen; Aussenanlagen, Wintergarten und Garage; Kosten, Finanzierung und

Steuern) mit Checklisten, Produkteinformationen und Hinweisen auf weitere Informationsquellen.

Das Handbuch, die wertvolle Informationsquelle für «alles, was Sie schon immer übers Kaufen, Finanzieren, Planen, Bauen, Modernisieren und Einrichten von Wohneigentum wissen wollten» ist gratis bei allen führenden Schweizer Banken erhältlich.

Genauer unter www.bauherrenhandbuch.ch

