



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

**„Informationspflichten und Sorgfaltsmaßstab des
Immobilienmaklers sowie die Durchsetzung von
Schadenersatzansprüchen“**

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Andreas Berger, MSc LL.M.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor

Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

I. Vorwort.....	4
II. Wem gegenüber bestehen Immobilienmakler-spezifische Informations- und Sorgfaltspflichten?..	7
1. Grundsatz der Doppelmaklertätigkeit.....	7
2. Einführung des „Bestellerprinzips“ bzw. „Erstauftraggeber-Prinzips“?.....	13
2.1. Initiativantrag der SPÖ zur Neufassung des § 17 MaklerG.....	13
2.2. Rechtslage in Deutschland.....	15
2.3. Auswirkungen eines etwaigen Bestellerprinzips auf die Maklerpraxis sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Informationspflichten in Österreich.....	19
2.3.1. Es dürfen keine dem Makler bekannten Immobilien im Rahmen eines Suchauftrages vermittelt werden.....	19
2.3.2. Bestellerprinzip hebt Rechtsgrundlagen für Informationspflichten aus und bewirkt Eingriff in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte.....	20
2.3.3. Das Bestellerprinzip ignoriert die Tatsache, dass der Immobilienmakler dem Interessenten eine Leistung erbringt.....	27
2.3.4. Wie kann der Immobilienmakler die dem Kunden zu erbringenden Leistungen im Rahmen eines Bestellerprinzips honoriert bekommen?.....	30
III. Der Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers.....	36
1. Der Immobilienmakler als Sachverständiger iSv § 1299 ABGB.....	36
2. Der Leistungsstandard des Immobilienmaklers.....	38
2.1. Grundsätzliches.....	38
2.2. Vorgaben der Gewerbeordnung.....	40
2.3. Der Befähigungsnachweis gemäß Immobilienrethändler-Verordnung.....	42
2.4. Die Befähigungsprüfung als Kernelement des Befähigungsnachweises.....	44
2.5. Das Standesrecht der Immobilienmakler.....	47
2.6. Bestrebungen zur Erhöhung der Qualifikationserfordernisse im letzten Regierungsprogramm.....	51
3. Grenzen der Nachforschungspflicht bei weitergegebenen Informationen.....	52
4. Einschränkung der Informationspflicht bei sachverständigen Kunden.....	60
5. Haftungsmaßstab im Verhältnis zu „Dritten“, die nicht Auftraggeber des Immobilienmaklers sind.....	61
IV. Wesen und Inhalt der Informationspflichten des Immobilienmaklers.....	63
1. Allgemeines.....	63
1.1. Rechtsgrundlagen im Überblick.....	63
1.2. Maßgebender Zeitpunkt für die Erfüllung der Informationspflichten.....	67
1.3. Informationspflichten versus essentialia negotii?.....	69
2. Informationspflichten zum vermittelten Rechtsgeschäft.....	73
2.1. Unbebaute Grundstücke.....	73
2.2. Bebaute Grundstücke.....	77
2.2.1. Erforderliche Bewilligungen.....	77
2.2.2. Angaben zur Beheizbarkeit.....	80
2.2.3. Zinshäuser.....	81
2.2.4. Lastenfreistellung bzw. Liegenschaftsbelastung.....	82
2.2.5. Spätere Richtigstellung falscher Angaben.....	82
2.3. Eigentumswohnung.....	83
2.3.1. Nutzbarkeit.....	83
2.3.2. Objektbeschreibung.....	84
2.3.3. Belastung mit laufenden Kosten.....	87
2.3.4. (Sonder-)Regelungen im Wohnungseigentumsvertrag.....	89

2.3.5. Wohnbauförderung.....	89
2.3.6. Finanzierungszusage.....	91
2.4. Wohnungs- oder Hausmiete.....	92
2.5. Geschäftsräume.....	94
3. Aufklärungspflicht über ein sonstiges familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten.....	94
3.1. Grundsätzliche Regelung.....	94
3.2. Das Eigengeschäft im weiteren Sinn gem § 6 Abs 4, 2. Satz, MaklerG.....	96
3.3. Sonstiges familiäres und wirtschaftliches Naheverhältnis.....	102
3.3.1. Grundlegender Anwendungsbereich.....	102
3.3.2. Der makelnde Hausverwalter.....	103
3.3.3. Immobilienmakler und Bauträger.....	104
3.4. Umfang und Inhalt der Hinweispflicht.....	107
3.5. Die zeitliche Komponente der Hinweispflicht.....	110
3.6. Rechtsfolgen der Unterlassung der gebotenen Hinweispflicht.....	112
V. Rechtsfolgen der Verletzung von Aufklärungs- und Informationspflichten durch den Immobilienmakler.....	114
1. Allgemeines.....	115
2. Schadenersatzrechtliche Grundsätze.....	117
2.1. Bestätigungen in Immobilienverträgen als verpönte Beweislastumkehr gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG?.....	118
2.1.1. Grundlegende Problematik.....	118
2.1.2. Für die Immobilienvertragsgestaltung relevante Judikatur.....	119
2.1.3. Einordnung konkreter Formulierungen.....	120
2.2. Ersatz des Vertrauensschadens.....	121
3. Naturalrestitution.....	124
3.1. Vorrang der Naturalrestitution.....	124
3.2. Vorliegen eines Schadens, Schutzobjekt.....	125
3.3. Vornahme der Naturalrestitution auch nach Verkauf der Immobilie?.....	126
3.4. Tunlichkeit der Naturalrestitution.....	129
3.4.1. Grundsätze der Tunlichkeit.....	129
3.4.2. Naturalrestitution nur zwischen den Parteien des vermittelten Vertrages oder auch im Verhältnis (Immobilien-)Makler und Auftraggeber?.....	130
3.4.3. Untunlichkeit der Naturalrestitution wegen „Aufdrängens“ einer ungewollten Rechtsposition?.....	131
3.5. Berücksichtigung eines „alternativen Geschehensablaufes“.....	134
4. Geldersatz.....	137
VI. Grenzüberschreitende Tätigkeiten des Immobilienmaklers.....	143
1. Ausgangslage.....	143
2. EU-rechtliche Vorgaben und Gewerberecht.....	144
3. Das anzuwendende Recht nach der ROM I-VO.....	147
3.1. Grundsatz der freien Rechtswahl.....	147
3.2. Prinzip der charakteristischen Leistung des Art 4.....	147
3.3. Relevanz der Provisionshöchstsätze der IMV für in Österreich tätige ausländische Makler.....	149
3.4. Verbraucherverträge iSd Art 6 ROM-I-VO.....	152
Exkurs: Der Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers in Deutschland.....	155
1. Grundlagen für die Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabes nach deutschem Rec.....	155
2. Relevante Judikatur zur Entwicklung eines Sorgfaltsmaßstabes für den deutschen Immobilienmakler.....	158

Zusammenfassung.....	173
Abkürzungsverzeichnis.....	175
Literaturverzeichnis.....	177

I. Vorwort

Mit dem Ruf des Immobilienmaklers steht es nicht zum Besten. Vielfach wird die Ansicht vertreten, dass dieser Beruf nicht aus fachspezifischem Interesse, sondern in erster Linie aufgrund der Perspektive, hier – im besten Fall auf legalem Weg - schnelles Geld zu machen, ergriffen wird. Dieses Berufsbild lässt sich mit dem komplexen und ambitionierten Anforderungsprofil des Berufsstandes nicht vereinbaren. Sowohl die Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen der letzten Jahre als auch die jüngsten Entwicklungstendenzen der Rechtsprechung zeigen, dass der Berufsstand des Immobilienmaklers als moderner, serviceorientierter Dienstleistungssektor begriffen werden muss. Kernelement des Tätigkeitsprofils des Immobilienmaklers sind hierbei die mannigfachen, rechtlich zum Teil sehr konkret bezeichneten, **Informations- und Aufklärungspflichten**. Im Rahmen dieser Dissertation soll eine strukturierte Darstellung dieser Pflichten sowie eine kritische Analyse und Auseinandersetzung mit aktuellen legislativen Ambitionen, die Rahmenbedingungen für diese Informationspflichten zu ändern, erfolgen.

Ein Schwerpunkt der Betrachtung liegt auf der Analyse und Darstellung der Rechtsprechung zur Geltendmachung von **Schadenersatzansprüchen**. Hierbei sollen vor allem die Parallelen zur Rechtsprechung zum „Anlegerschaden“ dargestellt werden und untersucht werden, inwieweit die dort herausgearbeiteten Grundsätze (etwa das Erfordernis des Feststellens eines „alternativen Geschehensablaufes“) auf Schadenersatzansprüche gegen Immobilienmakler herangezogen werden können.

Eine Beschäftigung mit den Informations- und Aufklärungspflichten erfordert zunächst eine eingehende Auseinandersetzung mit dem sog. „**Bestellerprinzip**“, das in Deutschland seit 2015 gilt und dessen Einführung für Österreich nunmehr – seit dem Nationalratswahlkampf 2019 – von allen maßgebenden politischen Parteien gefordert wird. Hier ist anhand der aktuell diskutierten Formulierungsvorschläge (Initiativanträge der SPÖ, Textierung im deutschen „Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung“ - WoVermRG) zu analysieren, welche Auswirkungen ein solches für die Rechtslage in Österreich hätte, wobei insbesondere auf den gem § 5 MaklerG bestehenden „abweichenden Gebrauch“ der „**Doppeltätigkeit**“, sowie auf die Rechtsgrundlagen der aktuell bestehenden Informations- und Sorgfaltspflichten (Immobilienmaklerverordnung, MaklerG, KSchG, etc.) einzugehen ist.

Im Zusammenhang mit aktuellen **Bestrebungen zur Erhöhung des Leistungsstandards** des Immobilienmakler-Gewerbes (verschärfte Zugangsvoraussetzungen, Aus- und Weiterbildungserfordernisse in den Standesregeln) ist der **Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers** näher zu beleuchten. Die gegenüber dem Auftraggeber bestehende Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 ABGB orientiert sich dabei am **Leistungsstandard** der betreffenden Berufsgruppe. Es soll daher zunächst eine Darstellung der Rechtsgrundlagen dieses Leistungsstandards für Immobilienmakler erfolgen (Gewerbeordnung, ImmobilienTREUHANDerverordnung, Immobilienmaklerverordnung, Standesregeln der WKO, ON-Regel 4300-1 [Maklerassistent]).

Vor dem Hintergrund der intendierten **Erhöhung des Leistungsstandards** und der damit einhergehenden Verschärfung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Immobilienmaklers ist zu hinterfragen und näher zu analysieren, **in welchem rechtlichen Rahmen** eine solche rechtswirksam erfolgen kann. Dabei wird auch auf das Wesen des Standesrechts der WKO als Verordnung eines Selbstverwaltungskörpers, die sich im Rahmen der Gesetze befinden muss, Bezug zu nehmen sein.

Von dieser Sachverständigenhaftung dem Auftraggeber gegenüber ist die (eingeschränkte) **Haftung gegenüber Dritten, die nicht Auftraggeber** sind, zu unterscheiden. Diese Differenzierung ist anhand einschlägiger Judikatur und Literatur näher darzustellen, auch sollen die Konsequenzen einer Umsetzung des Bestellerprinzips vor diesem Hintergrund beleuchtet werden. Analysiert und näher hinterfragt werden soll in diesem Zusammenhang auch die – zum Teil kritikwürdige – Judikatur zu den Grenzen der **Nachforschungspflicht bei weitergegebenen Informationen** sowie zur **Einschränkung der Informationspflicht bei sachverständigen Kunden**.

Die Arbeit soll eine umfassende **Darstellung der einzelnen konkreten Informationspflichten** bringen. Dabei soll zunächst auf einer übergeordneten Ebene herausgearbeitet werden, dass die **Umstände**, die für die **Beurteilung** des zu vermittelnden Geschäftes notwendig und Gegenstand der Immobilienmakler-spezifischen **Informationspflicht** gemäß § 3 Abs 3 MaklerG iVm § 30b Abs 2 KSchG sind, von den **essentialia negotii**, den für das Zustandekommen eines Vertrages notwendigen Vertragsinhalten, zu unterscheiden sind. Die aktuell immer wieder artikulierte Rechtsansicht, dass für die Bestimmtheit und damit Rechtswirksamkeit eines Immobilienvertrages die Angabe aller jenen Tatsachen erforderlich sei, die die Entscheidung eines Interessenten für oder gegen ein Objekt „beeinflussen“ können, und somit (auch) Gegenstand der Makler-spezifischen Informationspflichten sind, ist kritisch zu hinterfragen.

Daran anschließend erfolgt eine **strukturierte und umfassende Darstellung der relevanten** Jud der letzten 15 Jahre erfolgen, wobei grundsätzlich Informationspflichten zum Maklervertrag und zum abzuschließenden Rechtsgeschäft zu unterscheiden sind.

Besonders Augenmerk ist der Regelung des § 6 Abs 4 MaklerG hinsichtlich der **Aufklärungspflicht über ein sonstiges familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis** zwischen Makler und vermitteltem Dritten zu widmen. Hier ist die umfangreiche und zum Teil massiv kritisierte Rsp darzustellen und – auch aus interessenpolitischer Perspektive – zu erörtern, in welche Richtung eine Neuregelung geschaffen werden könnte.

Schließlich soll sich ein Exkurs einer Übersicht des **Sorgfaltsmaßstabes des Immobilienmaklers in Deutschland** widmen. Hier sind zunächst die für Immobilienmakler relevanten gewerberechtlichen Bestimmungen, die in Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie ergangen sind und ein **grenzüberschreitendes Tätigwerden** im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ermöglichen, kurz darzustellen. Daran anknüpfend ist auf die **kollisionsrechtlichen Bestimmungen** Bezug zu nehmen, die die Relevanz des deutschen Leistungsstandards auch für in Österreich erbrachte Vermittlungstätigkeiten eines deutschen Immobilienmaklers begründen können.

Bei der Beschreibung des deutschen Sorgfaltsmaßstabes ist insbesondere der Umstand herauszuarbeiten, dass die Ausübung des Maklergewerbes in Deutschland – im Unterschied zu Österreich – **nicht an den Nachweis (irgend)einer fachlichen Befähigung** gebunden ist. Insofern kann zur Definition des Sorgfaltsmaßstabes in Deutschland auch nicht auf – dort gar nicht existente – Befähigungsprüfungsordnungen und sonstige den Berufszugang zum Inhalt habende Bestimmungen Bezug genommen werden. Vor diesem Hintergrund obliegen Definition und Ausgestaltung des Sorgfaltsmaßstabes in Deutschland weitgehend der Rsp. Anhand ausgewählter **Entscheidungen deutscher Gerichte** sollen die Grundsätze des Leistungsstandards des „Maklers als Fachmann“ und Parallelen und Unterschiede zur nach österreichischem Recht relevanten Sachverständigen-Haftung herausgearbeitet werden.

II. Wem gegenüber bestehen Immobilienmakler-spezifische Informations- und Sorgfaltspflichten?

1. Grundsatz der Doppelmaklertätigkeit

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Tatsache, dass die Aufklärungs- und Informationspflichten des Immobilienmaklers seinem jeweiligen **Auftraggeber** gegenüber bestehen. So hat gemäß § 3 Abs 1 MaklerG¹ der Makler die Interessen des **Auftraggebers** redlich und sorgfältig zu wahren. § 30b KSchG² bestimmt weiters, dass die Übersicht über die dort näher bezeichneten Umstände stets dem **Auftraggeber** zu übergeben ist und die nach § 3 Abs 3 MaklerG erforderlichen Nachrichten dem **Auftraggeber** schriftlich mitzuteilen sind. Es ist daher eingangs die Frage zu klären, wer grundsätzlich Auftraggeber des Immobilienmaklers sein kann.

Gemäß § 117 Abs 2 GewO 1994³ umfasst der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers in erster Linie die **Vermittlung** der dort näher bezeichneten Verträge über Immobilien, sodass als Auftraggeber des Immobilienmaklers gs ein oder beide Vertragspartner des zu vermittelnden Geschäfts in Frage kommen. Zu beachten ist dabei, dass beidseitige **Entgeltlichkeit** kein notwendiges Element des Maklervertrages ist, ein Immobilienmakler kann auch für eine Seite unentgeltlich tätig werden.⁴

Der Immobilienmakler muss aber nicht unbedingt mit beiden Parteien des zu vermittelnden Vertrages über einen (entgeltlichen oder auch unentgeltlichen) Auftrag verbunden sein: Von Seiten des Abgebers kann er mit dem bloßen „Einverständnis“ zur Namhaftmachung oder Vermittlung ausgestattet wird. Dies ergibt sich u.a. aus § 4 Abs 1 Z 1 Immobilienmaklerverordnung⁵, wonach sich Immobilienmakler im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern insbesondere dann standeswidrig verhalten, wenn sie ohne „Einverständnis“ mit den Verfügungsberechtigten tätig werden. Auch auf Interessentenseite kann Ein vermittelter Vertragspartner im Verhältnis zum

1 BGBl 1996/262 idF BGBl I 2018/112.

2 KSchG BGBl 1979/140 idF BGBl I 2018/58.

3 BGBl 1994/194 idF BGBl I 2018/112; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 100.

4 Fromherz, Kommentar zum MaklerG (1997) § 1 Rz 25; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 1 Rz 3; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 13 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 9; Knittl/Holzappel, Maklerrecht Österreich² (2015) 53; OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k, MietSlg 58.498 = immolex 2007/87 = bbl 2007/98 = JBl 2007/730 = RdW 2007/491; u.a.

5 Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler BGBl 1996/297 idF BGBl II 2010/268, im Folgenden als „IMV“ bezeichnet.

Makler schlicht ein „vermittelter Dritter“ ohne jede Vertragsbeziehung sein:⁶ Ein Einwirken auf den Dritten zum Zwecke des Hauptvertragsabschlusses muss nicht (immer) stattfinden, der Dritte, mit dem kein Maklervertrag abgeschlossen wird, darf auch nicht damit rechnen, dass sich der Immobilienmakler für seine Interessen stark macht.⁷

§ 5 MaklerG widmet sich der sog. „**Doppeltätigkeit**“ und sieht vor, dass der Makler ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers nicht zugleich für den Dritten **tätig** werden oder von diesem eine **Belohnung** annehmen darf, wenn nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein **abweichender Gebrauch** besteht.⁸ Das Maklergesetz sieht die Doppeltätigkeit damit nicht als Regelfall, sondern als Ausnahme.⁹ Für das Gewerbe des Immobilienmaklers ist zunächst festzuhalten, dass ein solcher „abweichender Gebrauch“ ohne Zweifel besteht: In den Materialien¹⁰ zum Maklergesetz ist explizit festgehalten, dass für den Immobilienmakler – wie auch für den Versicherungsmakler – ein solcher existiert.¹¹

Das Maklergesetz sieht weiters im Zusammenhang mit der Doppeltätigkeit folgende **Informationspflichten** vor: Gemäß § 5 Abs 3 MaklerG hat der Makler, sobald er als **Doppelmakler** tätig wird, dies beiden Auftraggebern mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht entfällt, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist. Wie die Erläuterungen ausführen, wird der Auftraggeber beim Immobilienmakler, der kraft Geschäftsgebrauch als Doppelmakler tätig ist, nicht mit einer einseitigen Interessenvertretung zu seinen Gunsten rechnen. Diese Informationspflicht könne daher beim als Doppelmakler tätig werdenden Immobilienmakler „in der Regel“ entfallen.¹² Zu beachten ist aber, dass gem. § 30 b Abs 1 KSchG ein Auftraggeber, der **Konsument** ist, jedenfalls von der Tätigkeit des Immobilienmaklers als Doppelmakler schriftlich zu informieren ist.¹³

6 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015), 28; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2015) § 5 Rz 1 f; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 72 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 96.

7 Vgl Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 232.

8 Limberg, Immobilienmakler im Interessenkonflikt, ecolex 2011, 287, vertritt die Ansicht, dass Doppeltätigkeit immer dann angenommen werden muss, wenn der Immobilienmakler – aus welchen Gründen auch immer – bewusst im Interesse beider Seiten tätig wird, also zB auch dann, wenn sich der Makler von der nicht-bezahlenden Seite nur in Zukunft Aufträge erwartet und deren Interessen daher auch vertritt. ME wird die Abgrenzung schwer zu ziehen sein, zumal jede Vermittlung die Einbeziehung zweier Parteien erfordert und per se immer auch im Interesse des vermittelnden Maklers gelegen sein wird.

9 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015), 46; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 5 Rz 1; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 96; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 119.

10 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 18.

11 RIS-Justiz RS0062688; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 121 mwN; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 96; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 5 Rz 3; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 46 f.

12 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 18, 19.

13 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 46 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 215; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 123 ff; Gartner/Karandi, Makler³ (2016) § 30b KSchG Rz 10.

Im Geschäftszweig des Immobilienmaklers ist es nicht unüblich zu vereinbaren, dass ein **Alleinvermittlungsauftrag**¹⁴ nach Ablauf der Frist **in einen schlichten, jederzeit kündbaren Maklervertrag übergeht**.¹⁵ In einem solchen Fall ist die Hinweispflicht zu Beginn der Tätigkeit als schlichter Makler zu **wiederholen**, zumal damit ein neuer und auch anders gestalteter Vertrag begründet wird.¹⁶

Zum notwendigen **Inhalt** der Hinweispflicht hat das OLG Innsbruck ausgesprochen,¹⁷ dass mit dem in einem Exposé enthaltenen Hinweis „3,6 % Maklergebühr inkl USt“ nicht mit der von § 30b KSchG geforderten hinreichenden Deutlichkeit auf die Tätigkeit des Immobilienmaklers als Doppelmakler hingewiesen wird. Wie den weiteren Ausführungen dieser E zu entnehmen ist, sollte ein entsprechend transparenter Hinweis entweder den Ausdruck „Käuferprovision“ oder die Begriffe „Doppelmakler“ bzw. „Doppeltätigkeit“ umfassen.

Umgekehrt hat der Immobilienmakler gem. § 17 MaklerG dem Dritten mitzuteilen, wenn er auftragsgemäß **nur für eine Partei** des zu vermittelnden Geschäfts **tätig** wird. Keine Aufklärungspflicht besteht aber über den - daraus resultierenden - Umstand, dass der Makler ausschließlich zu seinem Auftraggeber in einem Vertragsverhältnis steht und **nur seine Interessen** vertreten muss.¹⁸ Nach den Materialien¹⁹ hat die Aufklärungspflicht nach § 17 MaklerG folgende Warnfunktion: Ein von einem Immobilienmakler kontaktierter potentieller Vertragspartner geht idR davon aus, dass der Immobilienmakler als Doppelmakler tätig sein kann und daher auch mit ihm einen Maklervertrag anstreben wird. Wenn der Makler aber vereinbarungsgemäß einseitiger Interessenvertreter einer Partei zu bleiben hat, soll er dies dem Dritten unverzüglich mitteilen müssen. Damit soll dem zukünftigen Vertragspartner des Auftraggebers von allem Anfang klar sein, dass er es nicht mit einem neutralen Doppelmakler zu tun hat.

Bemerkenswert ist, dass sowohl das Tätigwerden als Doppelmakler als auch als Makler nur für eine Partei dem Kunden – jedenfalls dem Konsumenten - gegenüber eine gesonderte Informationspflicht auslöst. Dies wird verschiedentlich als überschießend kritisiert²⁰, zumal jedem Kunden –

14 Dazu siehe *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 14 Rz 19 ff; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 66 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 19; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2015) 56 ff.

15 Vgl *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 14 Rz 19.

16 OLG Innsbruck 13.11.2019, 10 R 48/19p = ImmoZak 2020/8 (zust *Prader*).

17 OLG Innsbruck 13.11.2019, 10 R 48/19p = ImmoZak 2020/8 (zust *Prader*).

18 OGH 24.5.2018, 7 Ob 63/18t = immolex 2018/201 (*Rainer*) = ecolex 2018/377.

19 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 26.

20 Vgl *Limberg*, ecolex 2011, 287 (288); *Kothbauer*, zur Haftung des Immobilienmakler, immolex 2007, 352; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 123 ff.

Konsument wie Unternehmer – mittlerweile geradezu selbstverständlich bewusst ist, dass Immobilienmakler idR als Doppelmakler tätig werden. De lege ferenda wäre daher ein Entfall der Hinweispflicht auf die Doppeltätigkeit gemäß § 30b KSchG zu begrüßen, zumal damit ein – sowohl für Makler wie auch Kunden – unnötiger und zum Teil auch als verwirrend empfundener Formalismus beseitigt werden könnte.²¹

Die grundsätzliche Intention dieser Informationspflichten liegt auf der Hand: Es soll Transparenz dahingehend geschaffen werden, in wessen Interesse der Makler agiert. Sobald der Makler als Doppelmakler tätig ist, verändert sich seine Funktion. Er ist nicht mehr einseitiger Interessenvertreter seines Auftraggebers, sondern hat die Interessen beider Auftraggeber zu berücksichtigen, wobei er sich auf einen **neutralen Vermittlungsstandpunkt** zurückziehen muss.²² Im Fall der zulässigen Doppelbeauftragung sind anders als im Fall der Einzelbeauftragung die beiden Maklerverträge dahingehend zu interpretieren, dass der Makler zur Wahrung der Interessen der Auftraggeber lediglich im Rahmen des zu erwirkenden **Interessenausgleichs** verpflichtet ist.²³ Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass der Makler nach wie vor zwei Auftraggebern gegenüber steht, denen er die Erfüllung der – wenngleich nun geminderten – Informations- und Aufklärungspflichten schuldet. Der geforderte Interessenausgleich führt daher nicht zum Entfall, sondern lediglich zu einer „Reduktion“ dieser Pflichten.²⁴

Die Rsp hat unter Berufung auf diese Grundsätze etwa ausgesprochen, dass ein Doppelmakler nicht verpflichtet ist, dem Alter der Wohnung nicht entsprechenden Mängeln nachzuforschen, einen Kaufinteressenten im Rahmen der gemeinsamen Besichtigung einer Wohnung auf sichtbare Schäden am Kaufobjekt hinzuweisen und diesen - ohne besonderen Auftrag - von sich aus darüber aufzuklären, dass der begehrte Kaufpreis den **Verkehrswert** bei Berücksichtigung dem Makler unbekannter, dem Alter der Wohnung nicht entsprechender, Mängel **geringfügig** übersteigt.²⁵

21 Vgl demgegenüber aber *Fromherz*, MaklerG, § 5 Rz 28 und § 17 Rz 7, der diese Doppelgleisigkeit durch Entfall des § 17 MaklerG beseitigen möchte.

22 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 18; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 17; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2017) 72, 128 ff; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 5 Rz 9 f; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 47 f.

23 *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 3 Rz 34; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 5 Rz 9; OGH 5.6.2008, 6 Ob 71/07w, MietSlg 60.537 = immolex 2009/140 = bbl 2008/204 = RdW 2008/591; u.a.

24 Vgl *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 3 Rz 33; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 72 ff; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 47 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 36; OGH 19.12.2006, 1 Ob 240/06k, MietSlg 58.153 = immolex 2007/87 = bbl 2007/98 = JBl 2007/730 = RdW 2007/491; u.a.

25 OGH 18.02.2011, 4 Ob 186/10x, MietSlg 63.545 = ecolex 2011/124 = AnwBl 2011, 212 = immolex 2011/52 (zust *Prader*) = KRES 10/286 = wobl 2011/102 = RdW 2011/345.

Hinsichtlich des sensiblen Themas, ob bzw. ab wann bezüglich der Preisfindung eine „Warnpflicht“ des Maklers besteht, hat auch das LG Krems²⁶ ausgesprochen, dass der Immobilienmakler dem Auftraggeber von **unrealistisch hohen Kaufpreisforderungen** abzuraten und ihm einen erzielbaren Kaufpreis vorzuschlagen hat. Besondere Informationen zur Angemessenheit des Kaufpreises oder Bestandzinses unter Berücksichtigung der vorherrschenden Situation am Wohnungsmarkt dürfen vom Immobilienmakler aber nicht generell verlangt werden. Grundsätzlich obliegt es der freien Entscheidung des jeweiligen Auftraggebers, einen bestimmten Preis zu zahlen oder nicht.²⁷ Allerdings wird der Immobilienmakler sehr wohl über die objektivierbare und klar festzumachende Tatsache informieren haben, ob und gegebenenfalls **welche Mietzinsbeschränkungen** (z.B. Richtwertmietzins) dem Grunde nach bestehen.

Auch eingehende Nachforschungen in private Bereiche eines Auftraggebers, wie **Bonitätsprüfungen**, zu Gunsten des anderen Auftraggebers würden im Falle der Doppeltätigkeit eine unzulässige – weil einseitige - Interessenwahrnehmung bewirken.²⁸

Gerade die zur Relativierung der Informationspflichten herangezogenen Parameter („dem Alter der Wohnung nicht entsprechend“, „geringfügig übersteigt“) zeigen, dass eine Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist und es der Makler vielfach nicht leicht haben wird, (im Streitfall) beiden Auftraggebern gegenüber die Erfüllung seiner Informationspflichten zu argumentieren. Zur oft strittigen Frage der Kaufpreisbildung wird auch im Schrifttum zum Konsumentenschutzrecht vertreten, ein Makler sei zu besonderen Informationen zur **Angemessenheit des Kaufpreises** unter Berücksichtigung der Situation am Wohnungsmarkt - abgesehen von einem expliziten Auftrag oder auffälligen Preisdifferenzen - nicht generell verpflichtet.²⁹

In einem sensiblen Spannungsverhältnis steht das Gebot des Interessenausgleichs vor allem mit der **Verschwiegenheitspflicht** des Immobilienmaklers gem § 7 IMV.³⁰ Demnach ist der Immobilienmakler zur Verschwiegenheit über alle ihm im Rahmen seiner Berufsausübung bekanntgewordenen Tatsachen verpflichtet (Abs 1), es sei denn, ihn treffen gegenüber seinem Auftraggeber Beratungs- und Aufklärungspflichten (Abs 2). Das bereits erwähnte Urteil des OLG Innsbruck³¹ hatte sich auch mit

26 LG Krems, 19.8.1996, 4 Cg 123/95y = KRES 10/50.

27 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 101 mwN.

28 OGH 21.10.1999, 6 Ob 227/99x, MietSlg 51.605 = ecolex 2000/84 = JBl 2000, 314; Vgl auch *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 128.

29 *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 30b Rz 34 mwN.

30 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 128; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2015) 302 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 36.

31 OLG Innsbruck 13.11.2019, 10 R 48/19p = ImmoZak 2020/8 (zust *Prader*).

folgendem SV zu beschäftigen: Die Abgeberin schrieb dem Makler eine E-mail mit folgendem Inhalt: „Ich könnte mir vorstellen, dass es möglich ist, einem Kompromiss-Preis zu finden. Der erste Preis ist nie der letzte. Also Bewegung dürfte möglich sein. Auch bei mir.“ Der Makler leitete diese E-mail an diejenige Person weiter, die die Liegenschaft letztlich gekauft hat. Das OLG hielt zunächst grundsätzlich fest, dass ab dem Zeitpunkt der Doppeltätigkeit der Makler die ihm vom ersten Auftraggeber anvertrauten (nachteiligen) Umstände nicht mehr für sich behalten darf, da er nun auch die Interessen der anderen Vertragspartei zu wahren hat. Er erachtete jedoch nachvollziehbar die gegenständliche Vorgehensweise des Maklers als Verletzung seiner Verschwiegenheits- und Treuepflicht, weil damit die Verhandlungsposition der Abgeberin geschwächt wurde. Es sei treuwidrig, wenn der Makler derartige Informationen eins zu eins an die Gegenseite (den Käufer) weiterleitet. Der Makler wäre zumindest verpflichtet gewesen, vor einer Übermittlung dieser Informationen an den potentiellen Käufer beim Verkäufer nachzufragen.

2. Einführung des „Bestellerprinzips“ bzw. „Erstauftraggeber-Prinzips“?

2.1. Initiativantrag der SPÖ zur Neufassung des § 17 MaklerG

Diese – im Falle der Doppeltätigkeit geforderte - Einnahme eines neutralen Standpunktes stellt für den Doppelmakler naturgemäß eine oft nur schwer zu bewältigende Aufgabe dar. Vielfach wird daher die Meinung vertreten, Immobilienmakler können es im Rahmen einer gelebten Doppeltätigkeit nicht jedem recht machen, sie stehen meist einer Seite näher als der anderen.³² Mitunter wird in der Diskussion sogar auf die Bibel Bezug genommen, wo es heißt, man könne nicht der „Diener zweier Herren“³³ sein. Relativiert werden diese Bedenken allerdings durch die Tatsache, dass die Doppeltätigkeit – verglichen mit der für den Auftraggeber wohl „gefährlicheren“ Immobilienvermittlung mit wirtschaftlichem oder familiärem Naheverhältnis zu einer Seite³⁴ – kein besonderes Interessenskonflikt-Potential birgt. Ein Makler ist – erkennbar für die Auftraggeber - bis zu einem gewissen Grad immer im Interesse beider Parteien aktiv, zumal die Vermittlung ja per se auch in seinem eigenen Interesse liegt.³⁵

32 Vgl. Limberg, *ecolex* 2011, 287.

33 Matthäus 6/24: „Niemand kann zwei Herren dienen: entweder er wird den einen hassen und den anderen lieben, oder er wird dem einen anhangen und den anderen verachten. Ihr könnt nicht Gott dienen und dem Mammon. ...“

34 Vgl. dazu etwa Gartner/Karandi, *MaklerG*³ (2016) § 6 Rz 33 ff; Ausführlich zum wirtschaftlichen und familiären Naheverhältnis siehe IV.3.

35 Vgl. Limberg *ecolex* 2011, 287 (289).

Die AK sieht sich im Zusammenhang mit ihren Bestrebungen, die Wohnkosten zu senken, zu der plakativen Forderung veranlasst: „Weg mit der Maklerprovision für MieterInnen“³⁶. Die verschiedenen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Doppeltätigkeit mündeten schließlich in einen **Initiativantrag der SPÖ** vom 20.9.2017³⁷, mit dem der § 17 MaklerG neu gefasst werden soll. Dieser Antrag wird offenbar alljährlich (11.12.2018, 13.11.2019) mit gleichem Wortlaut erneut eingebracht.³⁸ Der wesentlichste Punkt dieser angestrebten Neuregelung lautet:

„Der Immobilienmakler darf von einem Wohnungssuchenden für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen über Wohnungen oder Wohnräume kein Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, es sei denn, der Wohnungssuchende hat mit dem Immobilienmakler einen Maklervertrag geschlossen, **bevor** der Vermieter oder Verkäufer oder ein anderer Berechtigter den Immobilienmakler mit dem Angebot der Wohnungen oder Wohnräume beauftragt hat oder der Makler sonst wie von der Vertragsgelegenheit Kenntnis erhielt. Eine Vereinbarung, durch die der Wohnungssuchende verpflichtet wird, ein vom Vermieter oder Verkäufer oder einem anderen Berechtigten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen, ist unwirksam.“

Als Argumente für die Einführung eines Bestellerprinzips lassen sich – neben der evidenten Kostenentlastung durch Entfall der kundenseitigen Maklerprovision – folgende Umstände ins Treffen führen: Gelebte Maklerpraxis – vor allem in Westösterreich – ist es, den Auftrag bzw. die Zustimmung des Verfügungsberechtigten zur Vermarktung der Immobilie dadurch zu bekommen, indem diesem Provisionsfreiheit zugesagt wird. Nach dem Motto: „Lass uns deine Immobilie inserieren, die Provision holen wir uns „eh“ vom Mieter bzw. Käufer“. Der Interessent wiederum kann nicht nachvollziehen, warum er nun die volle Maklerprovision zu zahlen hat. Schließlich ist er nicht primär an der Maklerdienstleistung interessiert, er wählt nicht einen ihm „genehmen“ Immobilienmakler aus, es geht ihm alleine um den Erwerb bzw. Miete der Immobilie seiner Wahl. Insofern wird der Immobilienmakler oft als „notwendiges Übel“, um zur gewünschten Immobilie zu kommen, gesehen. Bezeichnend dafür ist auch, dass die Maklerprovision gemeinhin auch als „**Maklergebühr**“ tituiert wird,³⁹ wobei „Gebühr“ ein Begriff ist, der v.a. Entgelte, die von der öffentlichen Hand für bestimmte Leistungen eingehoben werden, bezeichnet, aber im

36 www.wien.arbeiterkammer.at/beratung/Wohnen/miete/Wohnumfrage.html (3.11.2018)..

37 IA 2315/A XXV. GP.

38 IA 516/A XXVI. GP; IA 51/A XXVII. GP.

39 ZB: <https://www.immoverkauf24.at/immobilienmakler/maklerprovision/>.

Zusammenhang mit Leistungen an private Unternehmen eigentlich fehl am Platz ist.⁴⁰ Da somit nicht dem Interessenten, sondern ausschließlich dem Abgeber eine Leistung erbracht wird, sei es auch sachgerecht, diesem die (volle) Provision zu verrechnen. Schließlich würde das Bestellerprinzip auch dazu führen, dass **Mietverträge mit längerer Laufzeit** abgeschlossen werden würden, da der Vermieter bei jeder Neuvermietung aufs Neue eine Vermittlungsprovision zahlen müsste, auch das (ramponierte) **Image** der Immobilienmakler würde aufgebessert werden, wenn die Maklerdienstleistung nunmehr für den Mieter kostenlos erbracht werden würde.⁴¹ All diese Argumente mögen bei oberflächlicher Betrachtung nachvollziehbar sein, sind aber, wenn man ihre juristische Konsequenzen in Betracht zieht, erheblich zu relativieren, wie unter II.2.3. zu zeigen sein wird.

Das Bestellerprinzip wurde auch in den Niederlanden, in Belgien und Norwegen bereits verwirklicht, in der Diskussion vorherrschend ist aber naturgemäß das Beispiel des unmittelbaren Nachbarn Deutschland, sodass die Rechtslage dort im Folgenden etwas näher dargestellt werden soll.

Der Vollständigkeit halber sei auch erwähnt, dass das diesbezüglich im **aktuellen Regierungsprogramm**⁴² zu findende Vorhaben **keine taugliche Diskussionsgrundlage** sein kann: Unter der Überschrift „Maklerprovision nach dem Bestellerprinzip“ finden sich folgende Ausführungen: „Wie für gewöhnlich bei Dienstleistungen üblich, sollen die Kosten der Maklerin bzw. des Maklers bei Vermittlung von Mietwohnungen von demjenigen übernommen werden, der den Auftrag gegeben hat.“ Da es aber nun Wesen des im Immobilienmakler-Gewerbe geltenden Grundsatzes der Doppelmaklertätigkeit⁴³ ist, dass immer beide Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes Auftraggeber sein können, ist bei wörtlicher Interpretation dieser Formulierung keinerlei Handlungsbedarf gegeben. Es kann allerdings davon ausgegangen werden, dass diese Sichtweise in der politischen Diskussion vor dem Hintergrund der tatsächlichen Intention einer Neuregelung nicht lange Bestand haben würde.

40 Wikipedia etwa definiert Gebühr als eine „öffentlich-rechtlich erhobene Geldleistung, die als Gegenleistung für die besondere Inanspruchnahme der Verwaltung erhoben wird“. - <https://de.wikipedia.org/wiki/Geb%C3%bchr> (13.5.2019)

41 Vgl das diesbezügliche Argumentarium auf <https://www.bestellerprinzip.at/>, abgefragt am 18.08.2018.

42 https://www.dieneuevolkspartei.at/Download/Regierungsprogramm_2020.pdf (6.3.2020)

43 Siehe II.1.

2.2. Rechtslage in Deutschland

Die Formulierung des SPÖ-Initiativantrages orientiert sich im Wesentlichen an dem in Deutschland seit 1.6.2015 geltenden „**Bestellerprinzip**“: Mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21. 4. 2015 (MietNovG)⁴⁴ wurde in Deutschland neben der viel diskutierten „Mietpreisbremse“ in den §§ 556d ff BGB das sog. Bestellerprinzip in § 2 Abs 1a Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermRG)⁴⁵ eingeführt.⁴⁶ Die Neuregelung lautet wie folgt:

„Der **Wohnungsvermittler** darf vom **Wohnungssuchenden** für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume kein Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, es sei denn, der Wohnungsvermittler holt **ausschließlich** wegen des **Vermittlungsvertrages** mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag ein, die Wohnung anzubieten (§ 6 Abs 1).“

Das Maklerrecht ist in Deutschland grundlegend im BGB (§§ 652 ff) geregelt, das WoVermRG als Schutzgesetz des Wohnungssuchenden begrenzt die Vertragsfreiheit bei Abschluss eines Wohnungsvermittlungsvertrages.⁴⁷ **Wohnungsvermittler** ist, wer den Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume nachweist.⁴⁸ **Wohnungssuchender** ist jeder, der den Makler für sich oder für Dritte mit der Vermittlung von Wohnraum betraut.⁴⁹

Diese Regelung verfolgt gemäß den Gesetzesmaterialien⁵⁰ das **Ziel**, Wohnungssuchende vor der Ausnutzung faktischer **Zwangslagen** zu schützen, indem die eingetretene Marktentwicklung bei der Vermittlung von Mietwohnungen verändert wird. Es soll insbesondere verhindert werden, dass bei Mietwohnungsmärkten mit einem Nachfrageüberhang wie bisher der Wohnungssuchende die Maklerprovision, sei es durch direkte Kostenübernahme, sei es durch Abschluss eines Maklervertrags mit dem vom Vermieter bereits eingeschalteten Makler, zu tragen hat. Dem Wohnungssuchenden soll keine Zahlungspflicht auferlegt werden, wenn der Vermieter von sich aus

44 DBGBI I 2015, 610.

45 DBGBI I 1971, 1745, 1747.

46 Vgl dazu etwa *Hochleitner*, Hat das deutsche „Bestellerprinzip“ auch Auswirkungen auf Österreich?, *Jahrbuch Wohnrecht* 2016, 141; *Knoll/Scharmer*, IWD – Das Bestellerprinzip: Deutsche Wohnraummakler vor dem Aus?, *wobl* 2016, 16.

47 Vgl *Gramlich* im *Gramlich* (Hrsg) *Mietrecht*¹³ (1015), § 1 WoVermRG.

48 Vgl *Fischer*, Das Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht, *NJW* 2015, 1560 (1561).

49 Vgl *Duchstein*, Das „Bestellerprinzip“ im Wohnraummaklerrecht, *NZM* 2015, 417 (419).

50 BT-Drucks. 18/3121, 19.

einen Maklerauftrag erteilt hat. Zusätzlich soll sichergestellt werden, dass die beim Vermieter anfallenden Kosten nicht auf den in der Verhandlungsposition wesentlich schwächeren Wohnungssuchenden abgewälzt werden.⁵¹

Für das Verlangen eines Entgelts vom Wohnungssuchenden ist also Voraussetzung, dass der Wohnungsvermittler **ausschließlich** wegen des Vermittlungsauftrages mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag einholt, die Wohnung anzubieten.⁵² Das heißt, dass die zeitliche Reihenfolge dermaßen gestaltet sein muss, dass zunächst der Wohnungssuchende den Vermittlungsvertrag abzuschließen hat und der Makler erst dann das Einverständnis des Vermieters oder des anderen Berechtigten einholen kann.⁵³ Vor allem diese Tatsache bildet Anlass für **profunde und breite Kritik** an der Neuregelung:

Der Makler, der nun aufgrund eines Vermittlungsvertrages mit dem Wohnungssuchenden diesem mit Einverständnis des Verfügungsberechtigten ein Objekt angeboten hat, kann dieses, wenn es der Wohnungssuchende – aus welchen Gründen auch immer – nicht anmietet, nicht einem weiteren (nachfolgenden) Interessenten provisionspflichtig anbieten. Vielfach wird daher davon gesprochen, dass eine einmal angebotene Wohnung „verbrannt“⁵⁴ oder „verbraucht“⁵⁵ ist. Das aber hat zur Konsequenz, dass für die (weiteren) Wohnungssuchenden solche bereits angebotenen Wohnungen aus dem Angebotsspektrum praktisch ausscheiden, was aber der - prinzipiell ja als erstrebenswert angesehen - höchstmöglichen Markttransparenz jedenfalls abträglich ist. Vielfach wird daher in Deutschland gefordert, man möge im Rahmen einer teleologischen und auch verfassungskonformen Auslegung der Neuregelung das Tatbestandselement der „Ausschließlichkeit“ auf das eigentlich intendierte Verbot der Doppelmaklertätigkeit beschränken, sodass ein Provisionsanspruch des Maklers gegenüber dem Zweitinteressenten bei Abschluss eines Mietvertrages weiter möglich ist.⁵⁶

Allerdings hat das **Bundesverfassungsgericht** mit Beschluss vom 29.6.2016 das Bestellerprinzip mittlerweile für **verfassungskonform** erklärt⁵⁷ und im Wesentlichen dazu ausgeführt: Das Bestellerprinzip begründet zwar eine Beschränkung der Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 Dt.

51 *Fischer*, Das Bestellerprinzip im Maklerrecht, <file:///C:/Users/Andreas/AppData/Local/Temp/Fischer2016%20Maklerrecht.pdf>, abgefragt am 9.9.2018.

52 Im Gegensatz zum Initiativantrag der SPÖ in Österreich bezieht das deutsche Bestellerprinzip – bislang - Kaufverträge nicht ein und beschränkt sich auf Mietverträge über Wohnräume.

53 Vgl. *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 144.

54 *Fischer*, NJW 2015, 1563.

55 Vgl. *Hufen*, Das geplante „Bestellerprinzip“ im Recht der Wohnungsvermittlung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, NZM 2014, 663, 664.

56 Vgl. *Hufen*, NZM 2014, 663.

57 Dt. Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2015/15.

Grundgesetz), dies sei aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Gesetzgeber dürfe die diesem Grundrecht immanente Freiheit, ein Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen, um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken. Es gehe um den **Ausgleich widerstreitender Interessen**, bei dem die Freiheit des einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist. Der Gesetzgeber verfüge über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Eine Grundrechtsverletzung könne in einer solchen Lage nur festgestellt werden, wenn die Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.

Daran gemessen genüge die Normierung des Bestellerprinzips den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Sie bringe die sich gegenüberstehenden Interessen in einen Ausgleich, der den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit gerecht wird und insbesondere der dem Gesetzgeber zustehenden **sozialstaatlichen Gestaltungsbefugnis entspricht**. Auf dem Mietwohnungsmarkt bestehen nachvollziehbar zu Lasten der Wohnungssuchenden soziale und wirtschaftliche Ungleichgewichte, das Bestellerprinzip diene dazu, einen angemessenen Ausgleich zu schaffen. Dieser Ausgleich sei durch das legitime Ziel des Verbraucherschutzes sozialstaatlich gerechtfertigt, um zu verhindern, dass die Wohnungssuchenden Kosten tragen müssen, die vorrangig im Interesse des Vermieters (!) entstanden sind.

Die Begründung enthält weiters die – nicht unmittelbar auf die Marktgegebenheiten in Österreich übertragbare – Feststellung, dass die **Wohnungsvermittler (Immobilienmakler) nicht zu einer grundlegenden Veränderung ihrer geschäftlichen Aktivitäten** und Angebote in der Weise **gezwungen** würden, dass sie die berufliche Tätigkeit, die bisher ihre Lebensgrundlage bildete, völlig aufgeben und sich eine ganz neue berufliche Existenz aufbauen müssten. Da provisionspflichtige Aufträge zur Wohnungsvermittlung weiterhin möglich sind, können Makler auf diesem Geschäftsfeld tätig bleiben.

Nichts desto trotz beflügeln die dargelegten Unzulänglichkeiten der Neuregelung die Kreativität von Immobilienmaklern wie Verfügungsberechtigten über zu vermittelnde Immobilien, das Bestellerprinzip durch **Umgehungsgeschäfte** auszuhebeln. Gemäß § 2 Abs 5 WoVErmRG sind nicht nur solche Vereinbarungen unwirksam, die gegen Abs 1 bis 4 verstoßen, sondern auch jene, durch die der Wohnungssuchende verpflichtet wird, ein vom Vermieter oder einem Dritten

geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen. Eine derartige Zahlungspflicht kann gegenüber dem Wohnungsmakler weder unmittelbar noch durch einen Vertrag zugunsten Dritter – hier zugunsten des Maklers – begründet werden. Auch die Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) ist nach deutschem Recht ausgeschlossen.⁵⁸ Diese Regelung untersagt allerdings nur das Abwälzen der Maklerprovision unmittelbar auf den Wohnungssuchenden. Denkbar bleiben Fallgestaltungen, bei denen der Abschluss des Mietvertrages davon abhängig gemacht wird, dass ein Familienangehöriger des Wohnungssuchenden oder ein von ihm sonstig gestellter Dritter sich bereit erklärt, die Vermieterprovision zu übernehmen. Aber auch ein derartiges Übernahmeverlangen wird vom Schutzzweck des § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittRG erfasst und ist daher unzulässig.⁵⁹ Weitere im Raum stehende Vorgehensweisen, wie das Verlangen von „Besichtigungsgebühren“ vom Mieter oder „kreative“ Vertragsgestaltungen, wie das Vereinbaren eines „Beratervertrages“ zur Suche einer entsprechenden Wohnung, eines „Dienstleistungssuchauftrages“ oder eines Gesellschaftsvertrages als Surrogat für eine nicht durchsetzbare Maklerprovision sind nach deutscher Rechtslage ebenso unzulässig wie nach österreichischem Recht.⁶⁰

2.3. Auswirkungen eines etwaigen Bestellerprinzips auf die Maklerpraxis sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Informationspflichten in Österreich

2.3.1. Es dürfen keine dem Makler bekannten Immobilien im Rahmen eines Suchauftrages vermittelt werden

Die Begründung zum Initiativantrag des SPÖ spricht lapidar davon, dass damit das „Erstauftraggeber-Prinzip“ umgesetzt werden soll. Eine Auseinandersetzung mit den Konsequenzen eines solchen findet nicht einmal ansatzweise statt. Die **Defizite** einer solchen Neuregelung liegen auf der Hand, hier lohnt ein Blick über die Grenze nach Deutschland, zumal viele Erfahrungen, die dort mit dem Bestellerprinzip gemacht wurden, auch für Österreich von Relevanz sind: Zum einen bedeutet eine solche Regelung, dass es dem Makler faktisch äußerst erschwert wird, eine effiziente und sinnvolle Tätigkeit zu entfalten. Entschließt sich ein Interessent, einen Makler mit der Suche nach einer Immobilie zu beauftragen, so darf der Makler nach dem Wortlaut des Initiativantrages diesem alle jene Objekte nicht (mehr) anbieten, die im bereits bekannt sind. Das betrifft nicht nur jene Immobilien, über die (schon) ein aufrechter Vermittlungsauftrag mit dem Abgeber besteht, sondern auch solche, die der Makler – ohne über einen Vermittlungsauftrag zu verfügen – bloß mit

⁵⁸ Vgl. *Fischer*, aaO, 16.

⁵⁹ Vgl. *Duchstein*, NZM 2015, 417, 423.

⁶⁰ Näher dazu siehe II.2.3.4.

„Einverständnis“ des Abgebers anbietet. Der Initiativantrag übersieht nämlich, dass es die geltende Rechtslage zulässt, dass lediglich mit dem Interessenten ein (entgeltlicher) Vermittlungsauftrag abgeschlossen wird, vom Abgeber aber nur eine Zustimmung zur Vermittlung eingeholt wird. Das erfließt auch aus § 4 Abs 1 Z 1 IMV, wonach sich Immobilienmakler im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern insbesondere dann standeswidrig verhalten, wenn sie ohne **Einverständnis** mit den Verfügungsberechtigten Vermittlungen anbieten oder durchführen.⁶¹ Insofern schießt auch der Initiativantrag – wie auch die deutsche Rechtslage⁶² – übers Ziel hinaus, weil in einem solchen Fall eben nicht der Abgeber, sondern der Interessent „Erstauftraggeber“ ist, dem bei konsequenter Umsetzung eines „Erstauftraggeberprinzips“ auch eine Provisionszahlungspflicht treffen können müsste. Eine weitere Konsequenz dieser Textierung und eine nicht nachvollziehbare Marktbehinderung liegt darin, dass eine Wohnung, die einmal von einem potentiellen Mieter besichtigt wurde, nicht im Rahmen eines Suchauftrages mit einem nachfolgenden Interessenten hergezeigt werden darf. Eine Wohnung, die einmal für einen Interessenten beschafft wurde, gilt in diesem Sinne für alle weiteren Suchaufträge – analog der Rechtslage in Deutschland⁶³ – als „verbrannt“.

2.3.2. Bestellerprinzip hebt Rechtsgrundlagen für Informationspflichten aus und bewirkt Eingriff in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte

Es wird aber mE ein weiterer sehr wesentlicher Aspekt übersehen, der mit der Einführung eines „Bestellerprinzips“ unweigerlich verbunden wäre: Darf vom Wohnungssuchenden unter den angedachten Voraussetzungen kein Entgelt gefordert, versprochen werden oder angenommen werden, so heißt das, dass mit diesem in aller Regel auch **kein Auftrag** im Sinne eines auch (nur) den Immobilienmakler verpflichtenden Vertrages geschlossen werden wird. Zu beachten ist nämlich Folgendes: Darf der Makler vom Wohnungssuchenden kein Entgelt verlangen, wird er klarerweise bestrebt sein, mit dem **Abgeber** einen (entgeltlichen) Vermittlungsvertrag abzuschließen. Wird der Makler für den Wohnungssuchenden nun erkennbar für einen anderen Auftraggeber tätig, käme mit dem Wohnungssuchenden nur mehr dann – konkludent – ein Vermittlungsvertrag zustande, wenn der Makler deutlich zu erkennen gibt (auch) von ihm eine Provision verrechnen zu wollen⁶⁴, was ja

61 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 290 f; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 171, 232 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 105; siehe auch II.1.

62 Siehe II.2.2.

63 Hochleitner, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 145.

64 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 2 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 22; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 19 ff; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 65 f; OGH 5.6.2008, 6 Ob 71/07w, MietSlg 60.537 = immolex 2009/140 = bbl 2008/204 = RdW 2008/591; u.a.

im Falle des Bestellerprinzips nicht mehr möglich wäre. Der Makler wird sich sogar davor hüten, mit dem Interessenten (Wohnungssuchenden), von dem er ja keine Provision verlangen darf, einen – dann nur mehr möglichen – unentgeltlichen Vermittlungsauftrag abzuschließen, der für ihn nur mit Informations- und Sorgfaltspflichten ohne jede Honorierung verbunden wäre. Der Wohnungssuchende ist aus der Perspektive des Maklers dann nur noch der „vermittelte Dritte“, mit dem keinerlei Vertragsbeziehung besteht.⁶⁵ Das aber hätte geradezu dramatische Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Wohnungssuchenden:

Beginnend mit der 1. IMV 1978⁶⁶ wurden in der österreichischen Rechtsordnung sukzessive verschiedenste **Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten** verankert, die von Immobilienmaklern im Geschäftsverkehr mit seinen Kunden zu befolgen sind und die Rechtsposition der Interessenten bzw. Konsumenten schrittweise gestärkt haben.⁶⁷ 1996 wurde das Maklergesetz⁶⁸ erlassen, in Ergänzung der in § 3 dem Grunde nach statuierten Sorgfaltspflicht trat gleichzeitig der § 30b KSchG („Besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers“) in Kraft. 1996 wurde weiters die IMV neu erlassen. Die Auftraggeber-bezogenen Informationspflichten wurden durch die „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler“ des Fachverbandes der Immobilientreuhänder der WKO⁶⁹ einer Konkretisierung unterzogen. 2015 trat schließlich das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG)⁷⁰ in Kraft, das weitere umfangreiche Informationspflichten zugunsten von Verbrauchern festschreibt.

Mit all diesen Regelungen soll das konsumentenschutzrechtliche Konzept des „**Informationsmodells**“ bzw. liberalen Modells verfolgt werden: Es stellt die Anordnung von Informationspflichten des Unternehmers – vorzugsweise im vorvertraglichen Stadium – in den Mittelpunkt. Dem Konsumenten soll durch möglichst umfangreiche Information zu allen relevanten Aspekten des abzuschließenden Rechtsgeschäftes eine solide Entscheidungsgrundlage geboten werden, die es ihm ermöglicht, eine eigenverantwortliche, gut überlegte Entscheidung zu treffen.⁷¹ Dem entsprechend betonen die Materialien zum § 30b KSchG, dass die (neue) Aufklärungspflicht über die dort näher bezeichneten Kostenpunkte darauf abzielt, dem Konsumenten die typischerweise mit einem Immobiliengeschäft verbundenen Nebenkosten vor Augen zu führen. Da

65 IdS Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 232 f.

66 Verordnung des BM für Handel, Gewerbe und Industrie vom 16. Juni 1978 über die Ausübungsregeln für Immobilienmakler, BGBl 1978/323.

67 Dazu im Detail siehe IV.

68 BGBl 1996/262 idF BGBl I 2018/112.

69 Die aktuell gültigen Standesregeln traten mit 1.10. 2012 in Kraft.

70 BGBl I 2014/33 idF BGBl I 2017/50.

71 Vgl dazu etwa Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg), Handbuch Verbraucherrecht (2015), 5 f mwN.

Geschäfte über Immobilien in der Regel große – oft existentielle – Bedeutung haben, ist diese besondere Betonung der Aufklärungspflicht gerechtfertigt. Zur in § 30b Abs 2 KSchG statuierten Verpflichtung des Immobilienmaklers, dem Auftraggeber alle Umstände mitzuteilen, die für die Beurteilung des vermittelten Geschäftes notwendig sind, wird ausgeführt, dass damit vor allem jene Umstände gemeint sind, die dem Auftraggeber als Laien nicht erkennbar sind.⁷² Auch die Einführung der „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler“ wird im Vorwort dazu u.a. damit begründet, dass es „einer Verstärkung des Bewusstseins in der Bevölkerung, dass es sich bei der Tätigkeit des Immobilienmaklers um eine unverzichtbare Dienstleistung handelt, die nur mit entsprechendem Fachwissen und größtem Verantwortungsbewusstsein ausgeübt werden darf“ bedarf.⁷³

An dieser Stelle ist nicht auf den konkreten Inhalt und Umfang dieser Informationspflichten einzugehen⁷⁴, wesentlich ist, dass sie alle schon alleine nach ihrem Wortlaut **ein Vertrags- bzw. Auftragsverhältnis mit dem Interessenten voraussetzen**: Gemäß § 3 Abs 1 MaklerG hat der Makler die Interessen des **Auftraggebers** redlich und sorgfältig zu wahren, § 3 Abs 3 verpflichtet Makler und **Auftraggeber**, einander die **erforderlichen Nachrichten** zu geben. Der § 4 IMV legt standeswidriges Verhalten mit **Auftraggebern** fest. Gemäß § 30b KSchG hat der Immobilienmakler dem **Auftraggeber** eine Übersicht über die dort näher bezeichneten Umstände zu geben. Auch Pkt C der Besonderen Verhaltensregeln für Immobilienmakler des Fachverbandes der Immobilienreuhänder bezeichnet standeswidriges Verhalten den **Auftraggebern** gegenüber. Die Informationspflichten des § 4 Abs 1 FAGG müssen erfüllt werden, bevor der Verbraucher durch einen **Vertrag oder seine Vertragserklärung** gebunden ist.

Allen diesen Aufklärungs- und Informationspflichten würde die Grundlage entzogen werden, wenn infolge eines etwaig verwirklichten „Bestellerprinzips“ ein Vertragsverhältnis mit dem Interessenten/Wohnungssuchenden nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme ist. Dass der Honoraranspruch des Maklers und die dem Auftraggeber gegenüber zu erfüllenden Aufklärungs- und Informationspflichten in einem synallagmatischen Zusammenhang stehen, ergibt sich auch aus dem in § 3 Abs 4 MaklerG verankerten Provisionsminderungsanspruch.⁷⁵ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Maklervertrag dem Immobilienmakler gem § 4 Abs 1 MaklerG im

72 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 39 f.

73 https://www.wko.at/branchen/information consulting/immobilien-vermoegenstreuhaender/wko_immo_standesregeln_3011.pdf, abgefragt am 26.08.2018.

74 Dazu im Detail siehe IV.

75 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 72; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 34 ff; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 223 ff; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 78.

Regelfall (abgesehen vom Alleinvermittlungsauftrag gem. § 14 MaklerG) keine Hauptpflicht ist eines Vermittlungsbemühens auferlegt.⁷⁶ Soll der Makler in der Regel nur noch (alleine) vom Abgeber beauftragt werden, können sich nur diesem gegenüber die genannten Sorgfalts- und Aufklärungspflichten entfalten. In Anbetracht der immer komplexer werdenden Fragestellungen und Herausforderungen, die für die Wohnungssuchenden bzw. Konsumenten mit dem Abschluss von Miet- und Kaufverträgen über Immobilien verbunden sind, würde mit dem Entfall der Informationspflichten diesen wesentliche Entscheidungsgrundlagen entzogen und damit dem erwähnten konsumentenschutzrechtlichen Ansatz des „Informationsmodells“ jeder Boden entzogen werden.

Es ist daher zu erwägen, ob **andere Rechtsgrundlagen** vorhanden sind oder de lege ferenda geschaffen werden könnten, aufgrund derer dem Interessenten (Konsumenten) **diese Informations- und Interessenswahrungspflichten** auch im Rahmen eines Bestellerprinzips weiterhin **erbracht** werden können. In Betracht kommt zunächst, diese Pflichten zum Gegenstand des – bei Umsetzung des Bestellerprinzips idR nur noch vorhandenen - Vermittlungsvertrages zwischen Makler und Verfügungsberechtigten zu machen.

So könnte etwa die zentrale Rechtsgrundlage für Informationspflichten dem Verbraucher gegenüber, § 30b KSchG,⁷⁷ dahingehend umformuliert werden, dass die Informationspflichten diesem gegenüber unabhängig davon bestehen, ob der Verbraucher auch Auftraggeber ist oder nicht. Dies wird aber nur hinsichtlich einzelner, konkret abgrenzbarer Pflichten, wie etwa die Übergabe der Kostenübersicht gemäß § 30b Abs 1 KSchG in Frage kommen. Es wird aber nicht möglich sein, den Makler dazu zu verpflichten, sich gegenüber dem Konsumenten, der nicht auch sein Auftraggeber ist, auf einen „neutralen Vermittlungsstandpunkt“ zurückzuziehen und auch dessen Interessen im Rahmen eines „Interessenausgleichs“⁷⁸ zu berücksichtigen. Dies wäre nicht mit der Tatsache vereinbar, dass der Immobilienmakler idR ja nur noch dem Verfügungsberechtigten als einzigen Auftraggeber, dem er vertraglich zur einseitigen Interessenvertretung verpflichtet ist, gegenübersteht.

Eine andere – zumindest denkmögliche – Variante wäre es, die **Informationspflichten** zum abzuschließenden Rechtsgeschäft⁷⁹ unmittelbar **auf den Abgeber**, den potentiellen Vertragspartner

⁷⁶ Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 58 ff; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 44; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 4 Rz 1; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 34.

⁷⁷ Dazu näher siehe IV.1.1.

⁷⁸ Siehe II.1.

⁷⁹ Dazu im Detail IV.2.

des Interessenten, zu überbinden. Bei näherer Betrachtung ist das aber aus mehreren Gründen nicht zielführend: Zunächst würden damit die – bisher maklerspezifischen – Informationspflichten auf alle Immobilienverträge – unabhängig von der Einbindung eines Immobilienmaklers – ausgedehnt werden. Der Abgeber ist zudem nicht immer Unternehmer⁸⁰, sodass eine Regelung analog dem geltenden § 30b KSchG nicht möglich wäre. Wesentlich ist aber, dass die Immobilienmaklerspezifischen Informations-, Aufklärungs- und Interessenswahrungspflichten ihre **Grundlage in der Sachverständigen-Eigenschaft des Immobilienmaklers** gemäß § 1299 ABGB haben,⁸¹ dem Abgeber, der ja lediglich Vermieter oder Verkäufer ist, diese aber nur in den seltensten Fällen zukommen wird. Der Abgeber müsste sich bei dieser Konstruktion daher, wenn er diesen – dann seinen – Immobilien-spezifischen Informationspflichten nachzukommen hat, eines Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB) bedienen, der sinnvollerweise nur ein Immobilienmakler sein kann. Das wiederum würde zu einer Art „Kontrahierungszwang“ führen, zumal der Abgeber bei jedem Immobiliengeschäft einen Immobilienmakler einschalten müsste, was nicht nur aus verfassungsrechtlichen Erwägungen bedenklich ist.

Eingriff in verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte?

Das dem Bestellerprinzip immanente Verbot für den Immobilienmakler, einen Vertrag mit einem Interessenten hinsichtlich einer ihm bereits bekannten Immobilie abzuschließen, stellt darüber hinaus für alle Beteiligten einen substantiellen, bedenklichen **Eingriff in verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte** dar: Zunächst wird der Immobilienmakler dadurch naturgemäß in seinem Recht auf **Freiheit der Erwerbsbetätigung** (Art 6 StGG) beschnitten. Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass es für den Interessenten nicht einmal mehr auf ausdrücklichen Wunsch hin möglich wäre, hinsichtlich einer konkret ins Auge gefassten Immobilie mit dem Immobilienmakler einen Vermittlungsvertrag abzuschließen, um seine Leistungen⁸² bewusst in Anspruch zu nehmen. Wie oben dargelegt, wird der Immobilienmakler in aller Regel nicht gewillt sein, mit ihm einen, nur den Makler verpflichtenden, unentgeltlichen Vertrag abzuschließen. Das wiederum stellt einen **Eingriff in das Eigentumsrecht (Art 5 StGG)** dar, zu dem auch das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge gehört. Wenngleich eine eingehende Analyse dieser grundrechtlichen Dimensionen nicht Gegenstand dieser Arbeit sein kann, so sollen doch – auch in

80 Zur Frage, wann ein Vermieter als Unternehmer anzusehen ist, vgl etwa *Schauer* in *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht (2015), 28.

81 Dazu grundsätzlich *Kriegner*, *Der Immobilienmakler* (2007) 160 f; *Noss*, *Maklerrecht*⁴ (2014) Rz 97; *Gartner/Karandi*, *MaklerG*³ (2016) § 3 Rz 15; *Knittl/Holzapfel*, *Maklerrecht Österreich*² (2015) 203 ff; ausführlich siehe III.

82 Dazu siehe sogleich unter II.2.3.3.

Hinblick auf den Beschluss des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes⁸³ - die wesentlichen Parameter für derartige Grundrechtseingriffe sowie die damit im Zusammenhang stehenden Gegebenheiten in Österreich beleuchtet werden:

Die **Freiheit der Erwerbstätigkeit** ist durch Art 6 StGG⁸⁴ gewährleistet. Dieses Staatsbürgerrecht bestimmt, dass „jeder Staatsbürger ... unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben“ kann. Diese Bestimmung enthält allerdings einen **Gesetzesvorbehalt**: Nach ständiger Judikatur sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.⁸⁵ Dem VfGH wird bei Beurteilung, ob und inwieweit diese Voraussetzungen vorliegen, naturgemäß immer ein gewisser Bewertungsspielraum zuzugestehen sein. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich der VfGH in jüngster Zeit schon einmal mit der Beschränkung der Erwerbsfreiheit für Immobilienmakler beschäftigen musste⁸⁶ und dabei wesentliche Aussagen getroffen hat, die auch für die gegenständliche Frage von Relevanz sind:

Mit 1. 9. 2010 wurde die IMV dahingehend geändert, dass die Höchstsätze für Provisionsvereinbarungen mit dem Mieter herabgesetzt wurden.⁸⁷ Für die Vermittlung eines mehr als drei Jahre befristeten Mietvertrages durfte fortan nur noch eine Provision von zwei (anstatt bisher drei), für die Vermittlung eines kürzer befristeten Mietvertrages überhaupt nur noch eine (anstatt bisher zwei) Bruttomonatsmieten verlangt werden. Das mit dieser Neuregelung verbundene Ziel, nämlich die **Entlastung der Wohnungssuchenden**, die im Hinblick auf die stete Steigerung der Bruttomonatsmieten für Wohnungen und Einfamilienhäuser seit 1994 und angesichts der an diese Bruttomonatsmieten gebundenen Höchstprovisionssätze mit immer höheren Kosten zur Befriedigung ihrer Wohnbedürfnisse konfrontiert waren, erachtete der VfGH als im **öffentlichen Interesse** gelegen. Der VfGH führte weiters aus, dass das Mittel der Festlegung eines Höchstprovisionssatzes zur Erreichung dieses Zieles auch geeignet und adäquat sei. Er sieht darin aber eine „**erhebliche Beschränkung der Honorargestaltung** durch den Immobilienmakler“. Die Begrenzung mit einer Monatsmiete auf den Kreis kurz befristeter Mietverträge sei durch die

83 Siehe II.2.2.

84 RGBI 1867/142; dazu gs Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1494 ff.

85 Eberhart/Spitzer, Verbraucherschutz und Verfassungsrecht, ÖJZ 2017, 308 (312); Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1498 ff; VfSlg 17.932/2006; VfSlg 10.179/1984 mwN.

86 Erkenntnis vom 5.3.2012, VfSlg 19.624/2012.

87 BGBl II 2010/268.

Tatsache gerechtfertigt, dass hier der Nutzen für den Mieter aus der Vermittlungstätigkeit typischerweise geringer ist als bei unbefristeten bzw. länger befristeten Verträgen.

Wesentlich ist, dass sich diese Ausführungen auf eine Kürzung der mit dem Mieter möglichen Provisionsvereinbarung beziehen, die Novelle aber kein „**Provisionsverbot**“ in dem Sinne, dass mit dem Mieter überhaupt keine Provision mehr vereinbart werden darf, zum Gegenstand hatte. Ein solches Provisionsverbot wäre auch mit dem Grundrecht der Erwerbsfreiheit kaum vereinbar, zumal ein Gesetz dann idS **verfassungswidrig** ist, wenn ihm „die versteckte Absicht innewohnt, die **Ausübung eines Erwerbszweiges unmöglich** zu machen“.⁸⁸ Dementsprechend hat es der VfGH in dem erwähnten E VfSlg 17.932/2006 zwar für zulässig erachtet, dass **Rauchfangkehrer** zur Durchführung der periodischen Abgasmessung bei Feuerstätten verpflichtet werden, es jedoch als unverhältnismäßig und damit als verfassungswidrig beurteilt, dass sie das „**unentgeltlich**“ tun sollten.

Dieser **Grundsatz gilt auch für deutsches Recht**, der Beschluss des BVG hält in seiner Begründung auch fest, dass die Wohnungsvermittler durch die Umsetzung des Bestellerprinzips nicht zu einer grundlegenden Veränderung ihrer geschäftlichen Aktivitäten gezwungen würden bzw. sie ihre bisherige berufliche Tätigkeit völlig aufgeben müssten.⁸⁹

Ob diese Aussage auch nach der Umsetzung eines Bestellerprinzips in Österreich zutreffend sein kann, ist fraglich: Wie Wahrnehmungen und Erfahrungsberichte sowohl im ÖVI als auch innerhalb der Wirtschaftskammer-Organisation zeigen, ist das Geschäftsmodell vieler Immobilienmakler – v.a. in Ostösterreich – gerade darauf ausgerichtet, für die Vermittlung von Mietverträgen ausschließlich mit dem Mieter, und nicht (auch) mit dem Vermieteter, eine Provision zu vereinbaren. Unabhängig davon, wie diese Vorgehensweise wirtschaftlich und gesellschaftspolitisch zu bewerten ist⁹⁰, ist sie rechtlich nicht zu beanstanden und bildet sie nun einmal die Geschäftsgrundlage für viele Immobilienmakler. Die Umsetzung eines Bestellerprinzips würde diese zweifellos nicht nur beschränken, sondern zur Gänze entziehen. Ob angesichts dieser Überlegungen ein Bestellerprinzip in Österreich mit dem Grundsatz der Erwerbsfreiheit vereinbar wäre, ist daher äußerst zweifelhaft.

88 Vgl VfSlg 7304, 9233.

89 Siehe II.2.2.

90 Siehe II.2.1.

Wie bereits erwähnt, stellt das (faktische) Verbot des Interessenten, mit dem Makler hinsichtlich einer konkret ins Auge gefassten Immobilie einen entgeltlichen Vermittlungsvertrag abzuschließen, darüber hinaus auch einen bedenklichen **Eingriff in das von Art 5 StGG gewährleistete Recht auf Eigentum** dar: Nach der neueren Rechtsprechung schützt die verfassungsgesetzliche Eigentumsgarantie die Privatautonomie schlechthin, insbesondere auch das Recht auf Abschluss privatrechtlicher Verträge.⁹¹ Nicht nur eine gesetzliche Maßnahme, die einen privatrechtlichen Vertrag unmittelbar verändert, greift in das Eigentumsrecht beider Vertragsteile ein⁹², sondern auch ein Gesetz, das den Abschluss bestimmter Verträge (faktisch) verhindert.⁹³ Von der Privatautonomie wird auch das Recht geschützt, **Verträge mit einem freien Inhalt zu schließen**.⁹⁴ Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind nur unter den für Eigentumsbeschränkungen geltenden Bedingungen zulässig⁹⁵: Der in diesem Zusammenhang relevante Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** verlangt auch hier, dass der vom Staat mit dem Eingriff verfolgte Zweck legitim ist, das eingesetzte Mittel geeignet ist sowie zur Erreichung dieses Zwecks notwendig bzw erforderlich ist und insgesamt ein angemessenes (adäquates) Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung gewahrt bleibt. Dass das Bestellerprinzip diesen Voraussetzungen entsprechen kann, wird nur schwer zu argumentieren sein: Schon das damit intendierte Ziel, den Interessenten von Kosten zu entlasten, dürfte angesichts der absehbaren Überwälzungs- und Umgehungszenarien⁹⁶ nicht zu verwirklichen sein. Den Interessenten durch ein Bestellerprinzip faktisch von einer – auch bewusst gewollten – Maklerdienstleistung abzuschotten, wird auch kein taugliches und adäquates Mittel sein, dieses (vermeintliche) Ziel zu erreichen.

2.3.3. Das Bestellerprinzip ignoriert die Tatsache, dass der Immobilienmakler dem Interessenten eine Leistung erbringt.

Als Rechtfertigung für ein Bestellerprinzip wird immer wieder die plakative Forderung ins Treffen geführt, der Makler möge ausschließlich von jenem entlohnt werden, der ihn beauftragt hat und dem er auch eine Leistung erbringt. Da – wie eben dargelegt – nur ein Vertragsverhältnis, ein Auftrag, eine taugliche Grundlage für eine Leistungserbringung sein kann, ist näher zu analysieren, ob und **welche Leistungen** der Makler aufgrund der geltenden Rechtslage zu erbringen hat bzw. im Rahmen der gelebten Praxis dem Interessenten faktisch erbringt. Dazu ist zunächst ganz allgemein

91 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1478.

92 Vgl VfSlg 17.071/2003.

93 Vgl VfSlg 12.100.

94 Vgl VfGH 28.6.2017, G 428/2016.

95 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1484 ff; VfSlg 12.227/1989.

96 Siehe II.2.3.4.

festzuhalten, dass der **Makler** gemäß § 4 Abs 1 MaklerG mangels anderer Vereinbarung (diese läge etwa im Falle eines vereinbarten Alleinvermittlungsauftrages⁹⁷ vor) **nicht verpflichtet ist, sich um die Vermittlung zu bemühen**.⁹⁸ Der Maklervertrag begründet daher nur die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung der vereinbarten Provision, wenn das zu vermittelnde Rechtsgeschäft tatsächlich zustande kommt. Er ist daher ein einseitig verbindlicher Vertrag.⁹⁹ Das heißt auch im Verhältnis zwischen Makler und Interessenten, dass dieser nach (konkludentem) Abschluss des Maklervertrages nicht etwa die Durchführung von Besichtigungen einfordern kann. Kommt aber letztlich der Abschluss des Geschäftes zustande, so muss der Honorarforderung des Maklers eine entsprechende **Entfaltung der verdienstvollen, nutzbringenden Tätigkeit** für den Interessenten, zu der auch die Informations- und Aufklärungspflichten gehören, gegenüber stehen, widrigenfalls die Rechtsfolgen des § 3 Abs 4 MaklerG – Provisionsminderungs- und Schadenersatzansprüche – greifen.¹⁰⁰ In diesem Sinne wird in der Lit auch die Aussage vertreten, dass der Maklervertrag von seiner Rechtsnatur her ein **Dauerschuldverhältnis** ist, auch wenn sein Endzweck in der Erreichung eines bestimmten Ziels, nämlich der Vermittlung eines Geschäftspartners, liegt.¹⁰¹ Worin kann nun diese verdienstliche, nutzbringende Tätigkeit für den Interessenten konkret bestehen?

Zunächst werden hier immer wieder die **Vermarktungsaktivitäten** des Immobilienmaklers genannt: Der Makler bereitet Unterlagen auf, er präsentiert die zu vermittelnden Immobilien unter Verwendung möglichst attraktiver Fotos und Beschreibungen in Inseraten sowie auf Immobilienplattformen. Eine Argumentation, die nicht wirklich überzeugt, zumal das Anbieten von Ware und Dienstleistung, das „Werben“ um Kunden – hier Käufer oder Mieter – primär im Interesse des Abgebers erfolgt. Plastisch formuliert: Auch der „Billa-Kunde“ schuldet der Werbeagentur von Billa kein Entgelt, wenngleich natürlich die Werbekosten regelmäßig im Preis der gekauften Ware eingepreist sein werden.¹⁰²

Wie in der Einleitung erwähnt, stehen im Fokus der Dienstleistung des Immobilienmaklers die mannigfaltigen **Informations- und Aufklärungspflichten**. Diese können grob in solche, die zum Maklervertrag und solche, die zum abzuschließenden Rechtsgeschäft bestehen, gegliedert

97 § 14 MaklerG.

98 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 4 Rz 1; Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 58 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 34; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 44.

99 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015), 44.

100 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 4; Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 39 ff; Fromherz, Kommentar zum MaklerG § 1 Rz 15 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 31; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 70 ff.

101 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 13 Rz 1; Fromherz, Kommentar zum MaklerG, §§12, 13 Rz 1.

102 Siehe II.2.3.4.

werden.¹⁰³ Letztere bilden dabei den eigentlichen Gegenstand der Maklerdienstleistung, sie sind nicht – wie oft vermeint wird¹⁰⁴ - (auch) Gegenstand, oder gar essentialia negotii, des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes.¹⁰⁵ So hat der Makler beispielsweise im Rahmen der Vermittlung des Kaufes einer Eigentumswohnung über für den Käufer relevante Aspekte wie z.B. Benützungsregelungen, von den Nutzwertverhältnissen abweichende Aufteilungsschlüssel, anstehende Sanierungsarbeiten etc. zu informieren.¹⁰⁶ Für das rechtswirksame Zustandekommen des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung genügt hingehend grundsätzlich die Einigung über Kaufgegenstand und Kaufpreis.¹⁰⁷

Es kann somit kein Zweifel daran bestehen, dass diese Informationspflichten eine geldwerte **Leistung** darstellen, die der **Immobilienmakler** und nicht der Abgeber dem Interessenten erbringt. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass sich der Immobilienmakler hiebei aufgrund seiner Sachverständigen-Eigenschaft¹⁰⁸ an einem - im Vergleich zum Abgeber – **erhöhten Sorgfaltsmaßstab** zu orientieren hat.¹⁰⁹ Dies wird letztlich auch durch die Einführung einer verpflichtenden **Vermögensschadenhaftpflichtversicherung**¹¹⁰ für Immobilientreuhänder in § 117 Abs 7 GewO unterstrichen, die mit der Ausweitung der Informationspflichten des Immobilientreuhänders im KSchG und der daraus resultierenden verschärften Judikatur zur Sachverständigenhaftung begründet wurde.¹¹¹ Der Immobilienmakler erbringt in Form der Informations- und Aufklärungspflichten eine Leistung, für die er gewährleistungs- und schadenersatzrechtlich auch einstehen, haften, muss.

Um diesen Informations- und Aufklärungspflichten sachgerecht und effizient nachkommen zu können, wird der **Immobilienmakler** entsprechende, in der Regel auch **mit Kosten verbundene, Maßnahmen setzen** müssen: Er muss verschiedene, etwa die Bebaubarkeit bzw. Benutzbarkeit¹¹²

103 Siehe IV.1.

104 Dazu siehe IV.1.3.

105 *Berger/Holzapfel*, Kauf- und Mietanbotsformulare im Spannungsfeld von ABGB, KSchG, FAGG und MaklerG, immolex 2018, 142.

106 Vgl dazu etwa die (demonstrative) Aufzählung von „Eckdaten“ des Rechtsgeschäfts in *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015), 213 ff; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 103; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 97; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 20 ff.

107 *Verschraegen* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1054 Rz 4; *Aicher* in *Rummel*, ABGB, § 1054 Rz 8; siehe auch IV.1.3.

108 Siehe III.

109 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 195 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 20; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 203 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 35.

110 BGBl I 2008/47.

111 Erl RV 283 BlgNR XXIII. GP, 12.

112 Vgl OGH 11.07.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.187 = NZ 2017/34 = ecolex 2016/418 = AnwBl 2016, 564 = wobl 2017/26 = bbl 2016/231 = Zak 2016/593.

der Immobilie betreffende, (mitunter zeitintensive) Erkundigungen bei Behörden einholen, hat darauf zu achten, dass er sein Fachwissen auf dem neuesten Stand hält¹¹³, und hat darüber hinaus der durch die „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler 2012“ neu eingeführten „Aus- und Fortbildungsverpflichtung“¹¹⁴ zu entsprechen. Die im Beschluss des Dt. Bundesverfassungsgerichtes getroffene Aussage, dass die Wohnungssuchenden durch die Honorierung des Immobilienmaklers (Immobilienvermittlers) Kosten tragen müssen, die vorrangig im Interesse des Vermieters entstanden sind¹¹⁵, kann somit für die Gegebenheiten in Österreich keine Gültigkeit beanspruchen.

Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, auf welcher rechtlichen Grundlage Leistungen an den Interessenten im Rahmen eines umgesetzten Bestellerprinzips noch erbracht werden könnten¹¹⁶, wird man sich mit der Problematik auseinander setzen müssen, dass Makler wie Abgeber bestrebt sein werden, für diese Leistung auf anderem Weg als einen – dann verbotenen - direkten Honoraranspruch gegen den Interessenten eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten, um kostendeckend bzw. im günstigen Fall gewinnbringend wirtschaften zu können.

2.3.4. Wie kann der Immobilienmakler die dem Kunden zu erbringenden Leistungen im Rahmen eines Bestellerprinzips honoriert bekommen?

Zu denken ist hier zunächst an eine „**Überwälzung**“ der Vermittlungsprovision an den Interessenten im Rahmen des vermittelten Immobiliengeschäftes: Das Bestellerprinzip lässt es jedenfalls zu, dass (weiterhin) mit dem Abgeber eine Provision vereinbart wird. Kann mit dem Interessenten dann keine Provision mehr vereinbart werden, darf die mit dem Abgeber vereinbarte Provision den nach der IMV zulässigen Höchstbetrag sogar um bis zu 100 Prozent überschreiten.¹¹⁷ Naheliegend ist daher, dass der **Abgeber** die „**Interessentenprovision**“, die dem Interessenten ja nicht mehr in Rechnung gestellt werden darf, **zunächst übernimmt**, sie diesem aber über die Vereinbarung eines entsprechend erhöhten Kaufpreises oder einer erhöhten Miete **überbindet**, sodass dieser sie dann letztlich wirtschaftlich zu tragen hat. Der Vorteil dieser Konstruktion liegt jedenfalls darin, dass

113 Vgl Pkt 7.1. der 1997 beschlossenen „Allgemeinen Richtlinien für Immobilientreuhänder“.

114 Siehe III.2.5.

115 Siehe II.2.2.

116 Siehe II.2.3.2.

117 Gem § 12 Abs 2 IMV; Vgl Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 109; Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 171 f; OGH 5.6.2008, 6 Ob 71/07w, MietSlg 60.537 = immolex 2009, 140 = bbl 2008/204 = RdW 2008/591.

keine eigene, neue vertragliche Rechtsgrundlage geschaffen wird, die der Gefahr ausgesetzt wäre, als unzulässiges **Umgehungsgeschäft**¹¹⁸ qualifiziert zu werden.

Diese Vorgehensweise wird bei der Vermittlung von **Kaufverträgen** ohne weiteres möglich sein: Es gibt keine zivilrechtlichen Normen, die die Kaufpreishöhe regeln¹¹⁹, sodass hinsichtlich der Kaufpreisbildung immer eine gewisse Bandbreite an möglichen Vereinbarungen besteht. Die Maklerprovision ist im Verhältnis zum Kaufpreis relativ gering, sie beträgt in der Regel 3 %¹²⁰, sodass es in der Praxis kaum möglich sein dürfte, jenen Teil des Kaufpreises, der wirtschaftlich der Maklerprovision entspricht, nachvollziehbar herauszufiltern. Nach geltender Rechtslage ist die Vereinbarung einer Provision mit dem Käufer ja möglich, allerdings wird immer wieder mit Schlagworten „provisionsfrei für den Käufer“ udgl. geworben. Die Standesregeln der WKO haben sich dieser – wenig wünschenswerten - Praxis angenommen und festgelegt (Pkt. C/12), dass es standeswidrig ist, wenn Makler die Durchführung von Vermittlungen anbieten, ohne den Auftraggeber darauf hinzuweisen, dass das Entgelt für seine Tätigkeit im Kaufpreis enthalten ist.¹²¹ Schon alleine die Tatsache, dass zu diesem Tatbestand bislang noch kein einziges (Schlichtungs)Verfahren in der WKO-Organisation angestrengt wurde, zeigt, dass das „Einpreisen“ der Käuferprovision in den Kaufpreis im Falle eines verwirklichten Bestellerprinzips wohl nicht die Ausnahme, sondern die Regel sein wird. Möglicherweise ist das auch ein Grund dafür, dass in Deutschland das Bestellerprinzip bislang nicht für Kaufverträge, sondern ausschließlich für Mietverträge eingeführt wurde.¹²²

Ungleich komplexer stellt sich die Situation bei der Vermittlung von **Mietverträgen** dar: Hier kann die – zunächst vom Abgeber übernommene – Mieterprovision nicht, wie beim Kaufvertrag, unmittelbar im Rahmen einer Einmalzahlung an den Mieter überwält werden. Die Miete stellt eine periodische Leistung an den Vermieter dar, ein adäquates, transparentes Einpreisen der (einmalig fälligen) Maklerprovision in eine wiederkehrende Leistung wird angesichts der vielen offenen Parameter, wie Laufzeit des Mietvertrages, Inflationsentwicklung und Wertsicherung nicht möglich sein. Ganz wesentlich ist aber, dass der Überwälzung der „erweiterten“ Vermieterprovision an den Mieter vielfach durch die **gesetzlichen Bestimmungen zur Mietzinshöhe** Grenzen gesetzt sein

118 Zum Umgehungsgeschäft gs siehe etwa *Heiss in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 916 Rz 4 ff mwN; OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m = ecolex 2000, 640 (zust *Haid*) = ÖJZ 2000/166 = wbl 2001, 258 = RdW 2000/584 = JBl 2000,519 = bbl 2000/114; u.a.

119 Abgesehen von den kaum praxisrelevanten Tatbeständen der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) und des Wuchers (§ 879 Abs 2 ABGB).

120 § 15 IMV; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 178; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 111.

121 Vgl *Knittl/Holzapfel* (Hrsg), Maklerrecht Österreich² (2015) 331 f.

122 Siehe II.2.2.

werden: Der Mietzins unterliegt nicht immer der freien Vereinbarung, sondern wird im Vollenwendungsbereich des MRG¹²³ – im wesentlichen bei Mietobjekten, die vor 1953 errichtet wurden – oder auch durch sonstige, etwa förderungsrechtliche Vorschriften nach oben hin limitiert.¹²⁴ Wenngleich im Rahmen dieser Arbeit nicht detailliert auf die Grundsätze der Mietzinsbildung eingegangen werden soll, ist im Zusammenhang mit aktuellen Überlegungen doch ein Aspekt näher zu beleuchten:

Ganz wesentlich an der bestehenden Rechtslage ist, dass § 16 MRG für Mietgegenstände, die in Gebäuden gelegen sind, die ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mittel auf Grund einer nach dem 30. Juni 1953 errichteten Baubewilligung neu errichtet worden sind, nicht gilt. Für Mietgegenstände im Wohnungseigentum ist der maßgebliche Stichtag der 8. Mai 1945. Für solche „frei finanzierten Neubauten“ bzw. Wohnungseigentumsobjekte, die nach 1945 errichtet wurden, gilt sohin der Grundsatz der freien Mietzinsbildung.¹²⁵ Dieser Ausnahmetatbestand, mit dem vor allem die Neuerrichtung von Gebäuden in der Wiederaufbauzeit nach dem Krieg gefördert werden sollte¹²⁶, bildet eine wesentliche Kalkulationsgrundlage nicht nur für (Immobilien)Investoren, sondern ist auch eine jahrzehntelang gesicherte Basis für sämtliche (Ertrags)Wertermittlungsverfahren, Beleihungswertermittlungen, etc.¹²⁷ An dieser Grundfeste der Immobilienwirtschaft wird neuerdings erheblich gerüttelt: Die SPÖ hat einen Entwurf für ein „Universalrechtsmietgesetz“¹²⁸ erarbeitet, demzufolge ein freier Mietzins nur noch „in einem Zeitraum von 20 Jahren ab Neuerrichtung oder Neuschaffung des Mietobjektes“ vereinbart werden kann. Zur Begründung dieses Ansinnens wird die bemerkenswerte Aussage getroffen, dass es innerhalb dieses Zeitraums dem Liegenschaftseigentümer durch die Lukrierung freier Mietzinse möglich sei, „seine Investitionen zur Schaffung von Wohn- oder Geschäftsraum aus den freien Mieten, die nur der Begrenzung nach dem ABGB unterliegen, zu refinanzieren“. Für dieses Modell, wonach nur für einen bestimmten Zeitraum nach Errichtung des Objektes eine freie Mietzinsvereinbarung möglich sein soll, hat sich der Begriff „Wirtschaftsliberaler Korridor“, kurz „WILK“ etabliert.¹²⁹ Auch das letzte

123 § 16 MRG, BGBl 1981/520 idF BGBl I 2018/58.

124 Näher zu den Grundsätzen der Mietzinsbildung siehe etwa *T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht*³ (2013) § 16 Rz 6 ff; *Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht*²³ § 16; *Lovrek/Stabentheiner in GeKo Wohnrecht I* § 16 MRG; *Prader, MRG*^{5.09} § 16.

125 § 1 Abs 4 MRG; Näher dazu *T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht*³ (2013) § 1 Rz 84 ff; *Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht*²³ (2015) § 1; *Würth in Rummel ABGB*³ § 1 MRG; *H. Böhm/Prader in GeKo Wohnrecht I* § 1 MRG.

126 *Böhm*, wobl 1997, 24.

127 Vgl dazu *Moll, Immobilienzeitung* 2018/32.

128 <https://klub.spoe.at/sites/default/files/pressemappe-universalmietrecht.pdf>, abgefragt am 21.08.2018.

129 Vgl „Die Presse“, „Wildwuchs, Tauziehen um Mietrechtsnovelle hält an“, 4.8.2016.

Regierungsprogramm¹³⁰ verfolgte offenbar diesen Ansatz. Unter „Justiz/Modernisierung des Wohnrechts“ war als „Säule“, auf der u.a. das neue Mietrecht aufgebaut werden soll, Folgendes genannt: „Mietzinsbildung: Marktkonforme Mieten bei **Neubauten** und Gesamtanierungen des Gebäudes auf zeitgemäßen Standard“. Das Regierungsprogramm enthielt keine Erläuterungen zu diesem Tatbestand. Der „Belohnungstatbestand“ der Gesamtanierung des Gebäudes, der eine liberalere (freie oder angemessene) Mietzinsbildung zulassen soll, wurde aber immer im Zusammenhang mit dem WILK diskutiert, wonach nach Auslaufens dieses „Korridors“ (20, 25 oder 30 Jahre?) grundsätzlich eine gesetzliche Mietzinsbeschränkung greifen soll.

Eine Überwälzung einer (erweiterten) Vermieterprovision auf den Mieter wird jedenfalls im Anwendungsbereich von – wie immer gearteten - gesetzlichen Mietzinsbeschränkungen nicht möglich sein: Auch wenn es keine fixen, absoluten Höchstbeträge (mehr) gibt¹³¹, lässt sich doch das auf Zu- und Abschlägen basierende Richtwertsystem auf sehr konkrete Beträge festmachen¹³², sodass hier kein Spielraum für das versteckte „Einpreisen“ einer Maklerprovision besteht. Da jedoch auch im Rahmen der Vermittlung von solchen Mietobjekten eine Leistung des Maklers an den (potentiellen) Mieter erfolgt¹³³, muss man sich die Frage stellen, zu welchen „Verwerfungen“ es hier kommen kann, will doch der Makler seinen Aufwand irgendwie ersetzt erhalten: Über den dargestellten Weg der Überwälzung würden die Mieten im nicht reglementierten Bereich (noch) teurer werden. Bei umgesetztem „WILK“ hieße dies, dass Mieten in „Neubauten“ entsprechend belastet würden. Der Kostendruck wäre hier besonders hoch, zumal das „Fenster“, auf das sich die Überwälzung fokussieren würde, relativ klein ist: Nach geltender Rechtslage sind sämtliche Objekte in Nachkriegsbauten frei vermietbar, ein WILK würde das nur noch für eine viel geringere Anzahl von Mietobjekten in Neubauten zulassen.

Betrachtet man den Wohnmarkt insgesamt, würde sich eine **Verteuerung der Kaufpreise** ergeben, da eine Überwälzung der Provision an den Käufer – wie oben dargelegt – weitgehend uneingeschränkt möglich wäre. Dies wiederum würde einer wesentlichen **Zielsetzung des Regierungsprogramms** widersprechen, will dieses doch gerade die Bildung von Eigentum fördern: „Langfristig ist **Eigentum** die angestrebte und günstigste Form des Wohnens. Wir müssen alles

130 Regierungsprogramm 2017 – 2022:

https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/569203/Regierungsprogramm_2017%E2%80%932022.pdf/b2fe3f65-5a04-47b6-913d-2fe512ff4ce6, abgefragt am 23.08.2018.

131 Vgl. zum bis 1994 geltenden System der „Kategoriebeträge“ etwa T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht (2013) § 15a Rz 1 ff.

132 Vgl. zB der „Mietzinsrechner“ der Stadt Wien:

<https://www.wien.gv.at/amtshelfer/bauen-wohnen/wohnbautechnik/berechnung/richtwert.html>.

133 Siehe II.2.3.3.

unternehmen, dass wieder vermehrt Wohnraum im Eigentum erworben werden kann, denn Eigentum ermöglicht ein selbstbestimmtes, abgesichertes Leben.“

Die **Folge einer Umsetzung des Bestellerprinzips** wäre somit absehbarer Weise eine „Kompensation“ der nicht mehr zulässigen Mieter- bzw. Käuferprovision durch **erhöhte Kaufpreise** bzw. - im Anwendungsbereich des freien Mietzinses – **erhöhte Mieten**. Bei der Vermittlung von Kaufverträgen ist auch zu berücksichtigen, dass die Einpreisung der Maklerprovision zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage gemäß §§ 5,7 GrEStG¹³⁴ für die **Grunderwerbsteuer** führen würde, was dann ausschließlich dem Staat zugute käme. Dass dieses Ergebnis nicht im Sinne der im Rahmen des Konsumentenschutzes großgeschriebenen Transparenz sein kann, liegt auf der Hand: Der Käufer bzw. Mieter, dem – wie unter II.2.3.3. gezeigt wurde – eine einmalige geldwerte Leistung des Immobilienmaklers zukommt, ist nicht mehr klar, was er letztlich hierfür wem bezahlen muss. Demgegenüber liegt in der (einmaligen) Zahlung einer Provision direkt an den Immobilienmakler eine klar bezifferbare und kalkulierbare Leistung, der auch – vor allem in Form der verschiedenen Informations- und Aufklärungspflichten – eine transparente und nachvollziehbare Leistung gegenübersteht.

Zu hinterfragen ist daher, ob **andere rechtliche Anspruchsgrundlagen** denkbar sind, aufgrund deren der Immobilienmakler, wenn er aufgrund eines in Geltung stehenden Bestellerprinzips keinen entgeltlichen Vermittlungsvertrag mehr mit dem Interessenten abschließen kann, direkt mit diesem eine Honorierung vereinbaren darf. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine – im Raum stehende – bloße **Änderung der Vertragsbezeichnung** keine Lösung sein kann. Bezeichnungen des – erfolgsabhängig zu honorierenden – faktischen Maklervertrages als „Dienstleistungssuchauftrag“, „Wohnungsbesorgungsvertrag“, „Gesellschaftsvertrag“, etc., sind im Hinblick auf die Legaldefinition des § 1 MaklerG ohne Belang.¹³⁵

Laut Gewerbeordnung, die in § 117 den Berechtigungsumfang des Gewerbes des Immobilientreuhänders festschreibt, zählen auch die **Beratung und die Betreuung** für die den Gegenstand der Vermittlung bildenden Geschäfte zum Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers.¹³⁶ Es ist daher grundsätzlich möglich, dass der Immobilienmakler einen entgeltlichen Vertrag über

134 Grunderwerbsteuergesetz BGBl 1987/309 idF BGBl I 2018/62.

135 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 10; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 2 ff; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 53 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 1 Rz 2 ff; Vgl. zu entsprechenden Überlegungen in Deutschland: *Fischer*, aaO, 18.

136 § 117 Abs 2 Z 5 GewO; *Grumböck* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO 1994 § 117; *Prader*, MaklerG^{2.02} § 117 GewO; *Gruber/Palিয়ে-Barfuß*, GewO⁷ (2017) § 117.

eine Immobilien-spezifische Beratung bzw. Betreuung eingeht.¹³⁷ Dieser fällt dann nicht unter das MaklerG, wenn die Tätigkeit losgelöst von einer Vermittlungstätigkeit erbracht wird.¹³⁸ Strebt der Immobilienmakler aber nun mit dem Interessenten, der sich an diesen aufgrund einer konkreten Immobilie wendet, den Abschluss eines Beratungsvertrages an, um auf diesem Wege „anstatt“ der – bisher möglichen – Provision ein Beratungshonorar zu akquirieren, wird diese Vorgehensweise doch bei näherer Betrachtung höchst problematisch sein: In der Regel wird hier der klassische Fall eines **Umgehungsgeschäftes** vorliegen. Im Unterschied zum Scheingeschäft wird ein Umgehungsgeschäft tatsächlich gewollt und realisiert, allerdings zum Zweck, den wirtschaftlichen Erfolg eines anderen Geschäftes herbeizuführen. Ein Umgehungsgeschäft ist dann ungültig, wenn das primär angestrebte, also umgangene Rechtsgeschäft verboten ist und der Verbotszweck das Umgehungsgeschäft mit erfasst.¹³⁹ Der Makler wird nur schwer argumentieren können, dass er dem Interessenten, der ja an einer konkreten Immobilie interessiert ist, nun eine Immobilien-spezifische, allgemeine – auf keine konkrete Immobilie zugeschnittene – Beratung zukommen lassen möchte. Der Interessent müsste, wenn er an mehreren Objekten interessiert ist, mit mehreren Immobilienmaklern solche Beratungsverträge abschließen, die dann auch gesondert – unabhängig von einem abgeschlossenen Geschäft – entlohnt werden müssten. Auch die Tatsache, dass eine solche Vorgehensweise im Rahmen der geltenden Rechtslage bislang nicht üblich ist und sich erst im zeitlichen Zusammenhang mit der Verwirklichung des Bestellerprinzips etablieren würde, spricht wohl dafür, dass solche „**Beratungsverträge**“ als **unzulässige Umgehungsgeschäfte** qualifiziert werden müssten.

Die augenscheinlichste Dienstleistung des Immobilienmaklers dem Interessenten gegenüber besteht meist in der Durchführung von Besichtigungsterminen. Es ist daher jedenfalls ein Interesse des Maklers, mit dem Interessenten (zumindest) **entgeltpflichtige Besichtigungsabreden** zu schließen, argumentierbar. Auch dieser Ansatz wird an der geltenden Rechtslage scheitern: Gemäß § 9 MaklerG kann der Makler für die durch den Geschäftsbetrieb entstandenen allgemeinen Kosten und Auslagen keinen Ersatz verlangen. Aufgrund des dem MaklerG immanenten Erfolgsprinzips sind jene Aufwendungen nicht ersatzfähig, die üblicherweise im Zuge der Vermittlungstätigkeit anfallen.¹⁴⁰ Besichtigungen gehören jedenfalls zu solchen Aufwendungen, sie wären im Rahmen

137 Daraus ergibt sich auch die Kompetenz des Immobilienmaklers zur Erstellung von Bewertungsgutachten über Immobilien – vgl. Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 68.

138 Vgl. Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich, 41 f.; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 9 Rz 1 f.; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 72.

139 Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 916 Rz 4,5; OGH 26.7.2012, 8 Ob A 82/11h = ARD 6257/6/2012:

140 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 9 Rz 1; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 69; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 72.

eines in Geltung stehenden Bestellerprinzips jedenfalls vom Honorar des provisionspflichtigen Auftraggebers abgegolten, sodass mit dem Interessenten hierfür keine gesonderte Entlohnung vereinbart werden könnte.¹⁴¹

141 Zur analogen Rechtslage in Deutschland siehe *Fischer*, aaO, 17 f.

III. Der Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers

1. Der Immobilienmakler als Sachverständiger iSv § 1299 ABGB

Es entspricht gefestigter Rsp¹⁴² und der hL¹⁴³, dass der **Immobilienmakler** als **Sachverständiger** iSd § 1299 ABGB gilt. Demnach haftet als Sachverständiger, wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert. Sachverständige unterliegen dabei einem strengeren Maßstab, als allgemein in § 1297 ABGB vorgesehen ist. Sie müssen den durchschnittlichen Fähigkeiten und dem **Leistungsstandard** nicht eines Durchschnittsmenschen, sondern **ihrer jeweiligen Berufsgruppe** entsprechen. Tätigkeiten, die ein bestimmtes Können und bestimmte Kenntnisse voraussetzen, müssen mit der für eben diese Tätigkeiten üblichen Sorgfalt ausgeführt werden. Entscheidend hierbei sind die Berufsgruppe, der betroffene Verkehrskreis und die Erwartungen des jeweiligen Verkehrs.¹⁴⁴

Ganz grundsätzlich ist zu hinterfragen, ob es im Rahmen des Immobilienmaklergewerbes **einen allgemein gültigen Sorgfaltsmaßstab** gibt, oder ob es mehrere solche Standards geben kann. Ausgehend von der Rsp, wonach etwa von einem Facharzt ein höheres Maß an Sorgfalt in seinem Fachgebiet zu erwarten ist als von einem praktischen Arzt¹⁴⁵, könnte auch für Immobilienmakler argumentiert werden, dass zB der auf Gewerbeimmobilien spezialisierte Makler, der ausnahmsweise eine Wohnung vermittelt, einem anderen (eingeschränkten) Sorgfaltsmaßstab unterliegt, als der auf Wohnimmobilien spezialisierte Kollege. ME wird diese in der Rsp bislang nicht relevierte Frage zu verneinen sein, zumal es für, auf Sonderimmobilien spezialisierte, Immobilienmakler im Rahmen der Berufsausbildung keine spezifische Ausbildungsschiene¹⁴⁶ gibt und dem Kunden des Immobilienmaklers die Spezialisierung auch nicht immer augenscheinlich sein wird. Im Gegensatz dazu existiert für Fachärzte eine entsprechende Facharztausbildung und ist die Facharzteigenschaft in aller Regel auch für jedermann transparent.

142 Vgl zB OGH 18.1.2011, 4 Ob 186/10x, MietSlg 63.545 = immolex 2011/52 (zust Prader) = ecolex 2011/124 = AnwBl 2011, 212 = KRES 10/286 ; OGH 25.8.2016, 5 Ob 40/16t, MietSlg 68.188 = Zak 2016/642; OGH 27.6.2019, 6 Ob 98/19h = immolex 2019/116 (zust Lassingleithner); u.v.a.

143 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 20; Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 195 f; Fromherz, Kommentar zum MaklerG (1997) § 3 Rz 1 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 84; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 203 f.

144 Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1299 Rz 1 mwN.

145 Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1299 Rz 1; OGH 17.1.2018, 6 Ob 233/17h = EvBl 2018/110 (zust Rohrer) = DAG 2018/30 (zust Zahrl) = RdM-LS 2018/45 = ZfG 2018, 25 = Zak 2018/92.

146 Siehe II.2.3.

Wesentlich für das Gewerbe des Immobilienreuhänders ist dabei, dass die **Übernahme entsprechender Tätigkeiten und nicht das tatsächliche Vorliegen einer Sachverständigeneigenschaft** ausschlaggebend ist.¹⁴⁷ Die Immobilienmakler-Branche zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass viele selbständige, in Gewinnerzielungsabsicht regelmäßig tätige „Player“ präsent sind, die zwar eine, iSd der Gewerbeordnung als „gewerbsmäßig“ zu qualifizierende, Tätigkeit ausüben¹⁴⁸, aber nicht über die notwendige Gewerbeberechtigung als „Immobilientreuhänder“ oder „Immobilientreuhänder eingeschränkt auf Immobilienmakler“ verfügen. So werden oftmals unselbständige, weisungsgebundene Mitarbeiter nicht angestellt, sondern als „Freie Dienstnehmer“ beschäftigt¹⁴⁹ oder verlangen Maklerbüros von potentiellen „Kooperationspartnern“ die Vorlage eines Gewerbescheines, um diese nicht anstellen zu müssen. Als **Gewerbewortlaute** für „Freie Gewerbe“, für die keinerlei Befähigung nachgewiesen werden muss, kommen dabei etwa in Betracht:¹⁵⁰

- „Führungen durch Immobilien im Auftrag von Immobilienbesitzern und deren nachweislich Beauftragten“;
- „Adressverlage“;
- „Namhaftmachung von Personen, die an einem Vertragsabschluss über Immobilien interessiert sind, an einen befugten Immobilienreuhänder (Immobilienmakler, Bauträger), ohne ständig vom selben Auftraggeber betraut zu sein unter Ausschluss jeder einem Immobilienreuhänder vorbehaltenen Tätigkeit“.

All diese Vorgehensweisen haben oftmals reine „Feigenblattfunktion“: Die „Freien Dienstnehmer“ werden erfolgsabhängig entlohnt und sind daher arbeitsrechtlich als unselbständig zu qualifizieren, die „Freien Gewerbetreibenden“ beschränken ihre Tätigkeit nicht auf den (eingeschränkten) Umfang des jeweiligen Gewerbewortlautes, sondern sind häufig vermittelnd, und daher im Vorbehaltsbereich des reglementierten Gewerbes der Immobilienreuhänder (§ 117 GewO) tätig. Dieser „Zustand“ ergibt sich aus dem, dem MaklerG immanenten, Erfolgsprinzip, wonach ein Provisionsanspruch idR nur bei erfolgreicher Vermittlung zusteht.¹⁵¹ Daraus resultiert ein – zwar nachvollziehbares – Interesse von Immobilienmaklern, mit „Mitarbeitern“ zu möglichst günstigen

147 Vgl. *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1299 Rz 3; *Aigner*, Gedanken zur Sachverständigenhaftung, ÖJZ 2017/73.

148 § 1 Abs 2 GewO 1994.

149 Vgl. *Filzmoser*, Gewerbe- und haftungsrechtliche Aspekte neuer Arbeitsformen, RdW 1999, 213.

150 Vgl. „Bundes einheitliche Liste der Freien Gewerbe“, https://www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/Bundeseinheitliche_Liste_der_freien_Gewerbe.pdf, abgefragt am 4.9.2018.

151 Vgl. *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 69; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 1; *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG (1997) § 6 Rz 1; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 13 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 31.

sozial- und arbeitsrechtlichen Bedingungen „fixkostenschonend“ zusammenzuarbeiten, die aufgezeigten Konstruktionen sind allerdings nichts desto trotz meist als unbefugte Gewerbeausübung¹⁵² zu qualifizieren¹⁵³. Die Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 ABGB trifft somit nicht nur Immobilienmakler, die über eine aufrechte Gewerbeberechtigung verfügen, sondern auch all jene, die faktisch selbständig, auf eigenes wirtschaftliches Risiko mit Vermittlungstätigkeiten betraut sind und das Gewerbe – ohne aufrechten Gewerbeschein - unbefugt ausüben.

2. Der Leistungsstandard des Immobilienmaklers

2.1. Grundsätzliches

Die Sachverständigenhaftung orientiert sich – wie erwähnt - am **Leistungsstandard** der betreffenden Berufsgruppe.¹⁵⁴ Für die Festlegung dieses Leistungsstandards werden einerseits die Standes- und Ausübungsregeln, andererseits auch die Befähigungsnachweisverordnung heranzuziehen sein.¹⁵⁵ Für das Gewerbe des Immobilientreuhänders existiert eine relativ **komplexe Struktur an Rechtsvorschriften**, die diese Leistungsstandards definiert und sich überblicksmäßig wie folgt darstellt:

Zunächst legt **§ 117 Abs 2 iVm § 94 Z 35 GewO 1994**¹⁵⁶ den Tätigkeitsbereich des **reglementierten Gewerbes des Immobilienmaklers** fest. Die darin dem Gewerbe Immobilienmakler vorbehaltenen Tätigkeiten bilden naturgemäß die Basis und die Vorgabe für alle jene Rechtsvorschriften, die den Befähigungsnachweis sowie Ausbildungsstandards für Immobilienmakler zum Gegenstand haben: Die **Immobilientreuhänder-Verordnung**¹⁵⁷ legt die Zugangsvoraussetzungen u.a. für das Immobilienmaklergewerbe fest, die **Immobilienmakler-Befähigungsprüfungsordnung**¹⁵⁸, eine Verordnung der WKO, beschreibt die einzelnen Module und Inhalte der in § 1 Abs 1 Z 2 lit b Immobilientreuhänder-Verordnung (nur dem Grunde nach) geregelten Befähigungsprüfung. Daneben enthält der **2. Abschnitt der IMV** (§§ 2 ff) Regelungen, die das „Standesgemäße Verhalten“ der Immobilienmakler zum Gegenstand haben. Ergänzt werden

152 Gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994.

153 Näher dazu *Berger*, Arbeitsverhältnisse in der Immobilienwirtschaft, OIZ 2/2008, 23 f.

154 Vgl zB *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 203; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1299 Rz 2.

155 *Kolba* in *Kosenik-Wehrle*, KSchG⁴ (2015) § 30b Rz 25.

156 In der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 2002 (BGBl I 2002/111) war das Gewerbe des Immobilienmaklers noch als sog. „gebundenes bewilligungspflichtiges“ Gewerbe (§ 225 GewO alt) geregelt.

157 BGBl II 58/2003.

158 Kundmachung der WKO vom 30.1.2004.

diese durch die **Standesregeln der WKO**: Hier sind zum einen die „**Allgemeinen Richtlinien für Immobilienrehändler**“¹⁵⁹, die sich nicht nur an Immobilienmakler, sondern auch an Immobilienverwalter und Bauträger wenden, sowie zum anderen die „**Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler**“¹⁶⁰ zu nennen. Im Zusammenhang mit den Leistungsstandards sind auch die **Qualitätssicherungsinstrumente**, die in Form von **Zertifizierungen** auf nationaler wie internationaler Ebene in den vergangenen Jahren entwickelt wurden, zu erwähnen.¹⁶¹ Hier existiert auf europäischer Ebene die **Europäische Norm EN 15733**, die zahlreiche Aspekte aus der Beziehung zwischen Kunden und Makler regelt. Sie soll vor allem privaten Kunden Sicherheit bieten, eine erstklassige und korrekte Dienstleistung zu erhalten. Auf nationaler Ebene wurde die **Zertifizierung gemäß ON-Regel 43001-1** („Maklerassistent“) geschaffen. Mit ihr soll vor allem auch der Entwicklung begegnet werden, dass immer mehr Mitarbeiter von Immobilienmaklern aus Karriereüberlegungen oder der Bestrebung, Fortbildungsaktivitäten zu dokumentieren, die Befähigungsprüfung ablegen, ohne aber ernsthaft eine Selbständigkeit anzustreben.

2.2. Vorgaben der Gewerbeordnung

Der **Berechtigungsumfang des Immobilienmaklers** ist in § 117 Abs 2 GewO, was die klassische Vermittlungstätigkeit anbelangt, relativ klar geregelt.¹⁶² Gemäß § 117 Abs 2 Z 4 umfasst der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers auch die Vermittlung von **Beteiligungen an Immobilienfonds**. Da aber Anteilsscheine an Immobilienfonds gemäß § 6 Abs 1 Immobilien-Investmentfondsgesetz¹⁶³ als Wertpapiere zu qualifizieren sind, und der Handel mit Wertpapieren gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit e Bankwesengesetz¹⁶⁴ als Bankgeschäft zu qualifizieren ist, ist davon auszugehen, dass die Ziffer mittlerweile obsolet ist.¹⁶⁵

Eine Erweiterung des Berechtigungsumfanges erfuhr der Immobilienmakler durch das sog. **Feilbietungsrechtsänderungsgesetz**¹⁶⁶, wonach diesem nunmehr auch die **Durchführung der öffentlichen Versteigerung** von Liegenschaften, Superädifikaten und Baurechten zukommt. Gem

159 Die derzeit in Geltung stehende Fassung beruht auf einer kompletten Neufassung dieser RL durch Beschluss des (damaligen) Bundesinnungsausschusses vom 2.10.1997, dazu näher siehe *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 307 ff.

160 Neufassung durch Beschluss des Fachverbandausschusses am 13.06.2012.

161 Näher dazu *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 353 ff.

162 Vgl. *Grumböck in Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO 1994 § 117.

163 BGBl I 2003/80 idF BGBl I 2019/62.

164 BWG, BGBl 1993/532 idF BGBl I 2019/46.

165 *Kinscher/Paliego-Barfuß*, Die Gewerbeordnung samt Nebengesetzen⁷ (2004) § 117 Rz 14.

166 FRÄG 2008, BGBl I 2008/68.

§ 87c Notariatsordnung¹⁶⁷ muss der Immobilienmakler hierfür über die auch für Rechtsanwälte gemäß § 21a Rechtsanwaltsordnung¹⁶⁸ erforderliche Haftpflichtversicherung verfügen. Der Leistungsstandard erfasst hier u.a. auch die Berücksichtigung von, in § 87c Abs 3 NO explizit genannter, Bestimmungen der Exekutionsordnung, was das Erfordernis einer Mindestversicherungssumme von € 400.000 für jeden Schadensfall – entgegen der für Immobilientreuhänder durch § 117 Abs 7 GewO nur vorgeschriebenen € 100.000,- - rechtfertigt. Der Notar hat in jedem Fall den Versteigerungsvorgang zu beurkunden. Diese Beurkundung erfolgt durch Aufnahme eines Protokolls, dem die von den Bietern unterfertigten Feilbietungsbedingungen als Beilagen anzuschließen sind.¹⁶⁹

Der Leistungsstandard des Immobilienmaklers wird zudem wesentlich durch die Bestimmung des § 117 Abs 6 GewO definiert, wonach die **Vertragserrichtung** durch diesen nur dann zulässig ist, wenn diese im **Ausfüllen formularmäßig gestalteter Verträge** besteht. Der Telos dieser Bestimmung besteht in einer Ausnahme und Abgrenzung von der Winkelschreiberei, die Vertragsparteien sollen zudem vor unsachgemäßer Aufklärung geschützt werden.¹⁷⁰ Sowohl der Makler als auch sein Auftraggeber sind idR daran interessiert, im Rahmen der Vermittlungstätigkeit möglichst bald eine vertragliche Bindung des Interessenten herbeizuführen: Der Provisionsanspruch des Maklers entsteht gemäß § 7 Abs 1 MaklerG erst mit dem rechtswirksamen Zustandekommen des vermittelten Rechtsgeschäftes, vorher kann – abgesehen von den wenig praxisrelevanten Ausnahmen des § 9 MaklerG – kein Auslagenersatz verlangt werden.¹⁷¹ Auch der Abgeber wird daran interessiert sein, möglichst bald Rechtssicherheit hinsichtlich des Immobiliengeschäftes zu haben. Die Vorgehensweise ist daher in aller Regel so, dass schon der Makler dem Interessenten ein „Verbindliches Kauf- oder Mietanbot“ zur Unterschrift vorlegt.¹⁷² Dieses stellt aber nicht die letztgültige Vertragsurkunde zum Abschluss des Hauptgeschäftes dar, sondern verpflichtet den Interessenten – meist innerhalb einer festgelegten Frist – zur Unterfertigung einer verbücherungsfähigen (Haupt)Vertragsurkunde, die von einem Rechtsanwalt oder Notar zu errichten ist. Wie auch der OGH ausführt, liegt es auf der Hand, dass der Immobilienmakler, der

167 NO, RGBI 1871/75 idF BGBl I 2019/61.

168 RAO, RGBI 1868/96 idF BGBl I 2019/61.

169 Erl RV 466 BlgNR XXIII. GP, 4.

170 Vgl *Gottardis*, Zu der Mitwirkung des Maklers bei Gestaltung von Kaufanboten und den sich daraus ergebenden Aufklärungspflichten, *immolex* 2018, 138.

171 Vgl *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 7 Rz 1 f; *Noss*, Maklerrech⁴ (2014) Rz 72; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 69 f; *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG (1997) § 9 Rz 1 f.

172 Zur Frage, ob dieses als Vorvertrag oder Punktation zu qualifizieren ist, vgl *Berger/Holzapfel*, Kauf- und Mietvertragsformulare im Spannungsfeld von ABGB, KSchG, FAGG und MaklerG, *immolex* 2018, 142.

anlässlich einer Wohnungsbesichtigung an Ort und Stelle mit einem Interessenten verhandelt, nicht schon einen verbücherungsfähigen Vertragsentwurf vorlegen kann.¹⁷³

Dem daraus resultierenden Bedürfnis nach vorformulierten und möglichst allgemein gültigen Vertragsmustern wurde dadurch nachgekommen, dass der ÖVI Muster für Kauf- und Mietanbote, die FG Wien der Immobilien- und Vermögenstreuhänder Muster für - dem Vollenwendungsbereich des MRG unterliegende - Mietverträge erarbeitet hat. Die an sich zulässige Tätigkeit des Immobilienmaklers beschränkt sich dabei darauf, durch Einfügen der persönlichen Daten der Vertragsparteien und durch Ankreuzen gewisser Bestimmungen den Vertragsabschluss herbeizuführen.¹⁷⁴

Allerdings ist die Versuchung groß, durch Streichungen, Ergänzungen, Textänderungen udgl. Adaptierungen der vorgegebenen Formulierungen herbeizuführen. Dies geschieht meist im Interesse des Abgebers, kann aber auch im Interesse des Käufers oder Mieters oder auch des Maklers geschehen. Besonders häufig werden Anspruchsverzichte auf Irrtumsanfechtung und/oder Gewährleistung eingefügt. Diese sind nicht per se möglich und zulässig¹⁷⁵, sodass sie in Vertragsmustern idR nicht aufscheinen.¹⁷⁶ Die Voraussetzungen, unter denen solche Zusätze zulässig sind, sowie die juristischen Konsequenzen daraus sind jedoch sehr komplex¹⁷⁷, sodass eine Beratung bzw. Aufklärung darüber dem berufsmäßigen Parteienvertreter (Anwalt) überlassen werden sollte. Der Immobilienmakler sollte sich darauf beschränken, über die theoretische Möglichkeit solcher Vereinbarungen aufzuklären und damit lediglich die Grundlagen für eine solche zu schaffen. Dem entsprechend sind seine Aufklärungspflichten nicht so weitreichend wie jene eines Vertragsverfassers.¹⁷⁸ Fügt allerdings der Immobilienmakler solche Klauseln in die ihm zur Verfügung stehenden Vertragsmuster ein, so werden sich seine Informations- und Aufklärungspflichten entsprechend ausdehnen. Diese weit verbreitete Vorgehensweise führt daher letztlich dazu, dass sich seine Sachverständigen-Eigenschaft und der Leistungsstandard, den er sich so selbst aufhals, auf ein ihm nicht vertrautes (juristisches) Terrain erweitern. Insofern ist in der (mehr oder weniger großzügigen) Adaptierung von Vertragsmustern durch Immobilienmakler eine gefährliche „Haftungsfalle“ begründet.¹⁷⁹ Wenn die Immobilienmakler-

173 OGH 26.6.2003, 6 Ob 241/02p, MietSlg 55.579 = immolex 2004/39 = RdW 2003/621.

174 Vgl. *Gottardis*, immolex 2018, 138.

175 Vgl. etwa § 9 KSchG und § 37 Abs 1 Z 4 WEG.

176 *Gottardis*, immolex 2018, 138.

177 Vgl. dazu *Gottardis*, immolex 2018, 140.

178 Vgl. zB *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 95 f; *Prader*, Immobilienmaklerrecht² (2018) § 3 E 8 und 17.

179 Vgl. *Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, ÖJZ 2018/82.

Befähigungsprüfungsordnung¹⁸⁰ daher unter den berufsspezifischen Fächern für Immobilienmakler, die Gegenstand der „Fachlich schriftlichen Prüfung“ sind, die „**Formulierung** von Vertragsbestandteilen für Kauf- und Bestandsverträge“ anführt, so kann dies nicht in dem Sinne interpretiert werden, dass dem Makler dazu jedenfalls auch die Berechtigung zukommt.

2.3. Der Befähigungsnachweis gemäß Immobilienreuhänder-Verordnung

Gemäß § 18 Abs 1 GewO hat der Wirtschaftsminister für die reglementierten Gewerbe mit Verordnung festzulegen, durch welche Belege die **Zugangsvoraussetzungen** im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung **jedenfalls** als erfüllt anzusehen ist. Diese Festlegung der fachlichen Qualifikation für das Gewerbe des Immobilienmaklers, der „formale Befähigungsnachweis“, erfolgt in § 1 Abs 1 Immobilienreuhänder-Verordnung. Deren Anordnungen beeinflussen daher unmittelbar den Leistungsstandard des Immobilienmaklers, an dem sich dessen Sachverständigeneigenschaft orientiert.

Daneben regelt § 19 GewO den sog. „**individuellen Befähigungsnachweis**“: Kann der nach § 18 Abs 1 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, so hat die Behörde das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dieser individuelle Befähigungsnachweis kein „eingeschränkter“ in dem Sinne ist, dass nicht alle Elemente des formalen nachgewiesen werden müssen und dieser daher über diesen Weg leichter zu erlangen wäre: Die individuelle Befähigung liegt bei Gewerben, bei denen als Befähigungsnachweis eine Befähigungsprüfung vorgeschrieben ist, nur im Falle der **Beherrschung des gesamten Prüfungsstoffes**, umfassend die für die Ausübung des Gewerbes notwendigen Kenntnisse auf allen in den betreffenden BefähigungsnachweisVO angeführten Sachgebieten, vor.¹⁸¹ Zur Feststellung, ob diese Voraussetzung vorliegt, kommt im Rahmen der freien Beweiswürdigung alles in Betracht, was zur Klärung des maßgeblichen Sachverhalts geeignet ist. Insbesondere kann die Durchführung eines Sachverständigenbeweises erforderlich werden. In diesem Sinn kann die Behörde auch das Gutachten der zuständigen Fachorganisation der jeweiligen Wirtschaftskammer als Beweismittel heranziehen,¹⁸² wovon diese in aller Regel auch Gebrauch macht: Die Fachgruppe der Immobilien- und Vermögenstreuhänder der jeweiligen Landeskammer führt mit dem Antragsteller ein sog.

180 Siehe III.2.4.

181 Vgl zB Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO³ (2011) § 19 Rz 6.

182 VwGH 22.04.2015, Ra 2015/04/0021.

„Fachgespräch“ durch, das Grundlage eines Gutachtens ist, in dem die festgestellten Kenntnisse und Fähigkeiten beschrieben werden.

Der formale Befähigungsnachweis setzt sich im Wesentlichen aus einer Kombination von folgenden Erfordernissen zusammen: eine bestimmte **Ausbildung**, eine **fachliche Tätigkeit** von bestimmter Dauer – abhängig von der Art der Ausbildung - sowie die erfolgreiche Ablegung der **Befähigungsprüfung** (§ 1 Abs 1 Z 2 leg.cit.). Gemäß § 1 Abs 2 leg cit. liegt eine fachliche Tätigkeit, die für Tätigkeiten der Immobilienmakler einschlägig ist, vor, wenn der Anmelder Vermittlungsaufträge entgegengenommen und abgewickelt hat und auch berechtigt war, Vertragserklärungen im Zuge von Vermittlungen entgegenzunehmen.¹⁸³

Zentrales Element dieses Befähigungsnachweis ist die **Befähigungsprüfung**. Nur der Abschluss eines **fachlichen Universitätslehrganges** oder **Fachhochschul-Studienganges** erfüllt in Kombination mit einer mindestens einjährigen fachlichen Tätigkeit – ohne Erfordernis einer Befähigungsprüfung – den formalen Befähigungsnachweis (§ 1 Abs 1 Z 1 leg. cit.). Als Fachhochschul-Studiengänge kommen in Österreich die Studien aus dem Bereich Immobilienwirtschaft der FH Wien der WKW¹⁸⁴, dem Fachbereich Immobilienmanagement der FH Wr. Neustadt¹⁸⁵, sowie Facility- und Immobilienmanagement der FH Kufstein¹⁸⁶ in Betracht. Fachlich einschlägige Universitätslehrgänge bieten das Postgraduate Center der Universität Wien „Wohn- und Immobilienrecht LL.M.“¹⁸⁷ sowie das Continuing Education Center der TU Wien „Immobilienmanagement und -bewertung“¹⁸⁸ an. Die Rechtsgrundlage für Universitätslehrgänge ist § 56 Universitätsgesetz¹⁸⁹, wonach nur Universitäten berechtigt sind, solche Lehrgänge einzurichten. Davon zu unterscheiden sind die alten, sog. „Lehrgänge universitären Charakters“ gemäß § 26 Universitäts-Studiengesetz¹⁹⁰, die von außeruniversitären Bildungseinrichtungen nur bis 2012 angeboten werden durften. Die Absolventen derartiger Lehrgänge konnten nur über den – wesentlich umständlicheren – Weg der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO zu einer Gewerbeberechtigung kommen, was zum Teil auf großes Unverständnis stieß.

183 Vgl VwGH 1.7.2010, 2006/04/0095.

184 <https://www.fh-wien.ac.at/immobilienwirtschaft/master-studium/> (25.7.2019)

185 <http://www.fhwn.ac.at/Studium/Wirtschaft/Bachelor/Wirtschaftsberatung/Inhalte--Spezialisierungen/Immobilienmanagement> (25.7.2019)

186 <https://www.fh-kufstein.ac.at/Studieren/Master/Facility-Immobilienmanagement-BB> (25.7.2019)

187 <https://www.postgraduatecenter.at/weiterbildungsprogramme/recht/wohn-und-immobilienrecht/> (25.7.2019)

188 <https://cec.tuwien.ac.at/home/> (25.7.2019)

189 BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2019/3.

190 BGBl I 1997/48 idF BGBl I 1998/131.

2.4. Die Befähigungsprüfung als Kernelement des Befähigungsnachweises

Wie dargelegt bildet die Befähigungsprüfung das zentrale Element des formalen Befähigungsnachweises nach der Immobilienrehändler-Verordnung, von ihr kann nur in den beschriebenen Ausnahmefällen (individuelle Befähigung gemäß § 19 GewO, Absolvierung eines fachlichen Universitätslehrganges oder Fachhochschul-Studienganges) abgesehen werden. Der fachliche Anspruch an Befähigungsprüfungen ist dementsprechend ein hoher: Gemäß § 22 Abs 1 iVm § 20 Abs 1 GewO müssen die Prüfungsordnungen für Befähigungsprüfungen jedenfalls **fortgeschrittene berufliche Kenntnisse** unter Einsatz eines kritischen Verständnisses von Theorien und Grundsätzen und **fortgeschrittene Fertigkeiten**, die die Beherrschung des Faches sowie Innovationsfähigkeit erkennen lassen und zur Lösung komplexer und nicht vorhersehbarer Probleme in einem spezialisierten Arbeitsbereich nötig sind, und Kompetenz zur Leitung komplexer beruflicher Projekte, zur Übernahme von Entscheidungsverantwortung in nicht vorhersehbaren beruflichen Situationen sowie zur Übernahme von Verantwortung für die berufliche Entwicklung von Einzelpersonen und Gruppen abbilden. Die Vorrangstellung der Befähigungsprüfung gegenüber den anderen Varianten, die die Immobilienrehändler-Verordnung zum Nachweis der fachlichen Qualifikation vorsieht, wird auch dadurch unterstrichen, dass nur Personen, die eine Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt haben, berechtigt sind, ihrer Berufsbezeichnung die Bezeichnung „staatlich geprüfter“ bzw. „staatlich geprüfte“ voranzustellen.¹⁹¹

Die einzelnen Module und Prüfungsinhalte der Befähigungsprüfung sind in der **Immobilienmakler-Befähigungsprüfungsordnung**¹⁹² abgebildet. Sie entspringen einerseits dem Berechtigungsumfang des Immobilienmakler-Gewerbes¹⁹³, bilden andererseits aber auch den relevanten Prüfmaßstab für das zur Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO durchzuführende Verwaltungsverfahren.¹⁹⁴ Auch die Jud zu den gegen Immobilienmakler gerichteten Schadenersatzansprüchen wegen Vernachlässigung seiner Informations- und Aufklärungspflichten spiegelt die einzelnen Prüfungsinhalte wieder.¹⁹⁵ Die Befähigungsprüfung gliedert sich demnach in **4 Module**, die fachlich schriftliche Prüfung (Modul 1), die fachlich mündliche Prüfung (Modul 2), die Unternehmerprüfung (Modul 3) und die Ausbilderprüfung (Modul 4).

191 § 22 Abs 3, 1. Satz, GewO 1994.

192 Dazu grundsätzlich siehe III.2.1.

193 Siehe III.2.2.

194 Vgl etwa VwGH 30.11.2006, 2005/04/0163; 28.3.2015, Ro 2014/04/0035.

195 Dazu im Detail siehe 4. und 5.

Modul 1 umfasst einerseits **berufsspezifische rechtliche Grundlagen für Immobilienrehändler**, andererseits **berufsspezifische Fächer für Immobilienmakler**. Zu den für alle Immobilienrehändler, also auch für Immobilienverwalter und Bauträger, relevanten Prüfungsfächern zählen etwa das Abgaben- und Steuerrecht, das Arbeits- und Sozialrecht, das Baurecht, Grundzüge des Facility-Managments, Grundzüge der Bautechnik, gewerberechtliche Vorschriften einschließlich Standesrecht und Organisation der Wirtschaftskammern, Grundverkehrsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Plan- und Vermessungswesen, Wohnbauförderungsrecht sowie Wohnrecht. Unter letzterem sind die wichtigsten wohnrechtlichen Materiengesetze, das MRG, das WEG sowie das WGG explizit angeführt.¹⁹⁶ Wenngleich den genannten Prüfungsgegenständen meist der Zusatz „für Immobilienrehändler“ angefügt ist, so zeigt schon diese Aufzählung dieser „allgemeinen“ Fächer, wie anspruchsvoll und umfassend hinsichtlich der vorausgesetzten Kenntnisse das Gewerbe des Immobilienmaklers dem Grunde nach konzipiert ist.

Zu den **berufsspezifischen Fächern für Immobilienmakler** zählen neben einschlägigen Rechtsgebieten wie dem Maklerrecht und zivilrechtlichen, abgabenrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Vorschriften sowie dem - beachtenswerten – Tatbestand der Formulierung von Vertragsbestandteilen für Miet- und Kaufverträge¹⁹⁷ vor allem auch solche, die dem wirtschaftswissenschaftlichen und -politischen Bereich zugehörig sind: Betriebs- und Volkswirtschaftslehre, besondere Finanzierungsmodelle (wie zB Leasing, Miet-Kauf-Modelle), Standort- und Unternehmensbewertung, Schema bzw Berechnung einer Wertermittlung sowie eines Finanzierungsplanes und einer Rentabilitätsberechnung zur Beratung der Auftraggeber und die Erstellung von Verwertungskonzepten. Auch diese Aufzählung zeigt, wie umfassend die auf Grundlage dieser Lehrinhalte basierenden Informations- und Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers zu sehen sind. Diese berufsspezifischen Fächer sind dann auch Gegenstand der fachlich mündlichen Prüfung (Modul 2).

Die **Unternehmerprüfung** (Modul 3) ist kein Immobilienmakler-spezifischer Prüfungsteil, sondern Teil auch der anderen Befähigungs- und Meisterprüfungen. Sie ist in der Unternehmerprüfungsordnung¹⁹⁸ geregelt und hat zum Ziel, festzustellen, ob der Kandidat die Zusammenhänge der Bereiche eines Unternehmens versteht und dieses Wissen bei der Gründung eines Unternehmens und bei der Bewältigung der häufigsten Aufgaben und Problemsituationen in

¹⁹⁶ § 4 leg. cit.

¹⁹⁷ Siehe III.2.2.

¹⁹⁸ BGBl 1993/453 idF BGBl II 2004/114.

einem Unternehmen anwenden kann. Prüfungsgegenstände sind dementsprechend u. a. Marketing, Organisation, unternehmerische Rechtskunde, Rechnungswesen, Mitarbeiterführung und Personalmanagement.¹⁹⁹ Die Unternehmerprüfungsordnung sieht eine Vielzahl an Fällen vor, in denen der Prüfungsteil Unternehmerprüfung entfällt und daher nicht abgelegt werden muss.²⁰⁰ Praxisrelevant sind hier v.a. der erfolgreiche Abschluss eines betriebswirtschaftlichen Studiums, einer Handelsakademie oder Handelsschule sowie das Absolvieren einer ununterbrochenen dreijährigen Tätigkeit als Selbständiger oder in kaufmännisch leitender Stellung in einem Unternehmen.

Zweck der **Ausbilderprüfung** gem § 29a Berufsausbildungsgesetz²⁰¹ (Modul 4) ist es, festzustellen, ob die Lehrberechtigten und die Ausbilder die für die Ausbildung von Lehrlingen erforderlichen Kenntnisse besitzen und praktisch anwenden können. Sie ist deshalb im Rahmen der Immobilienmakler-Befähigungsprüfung verpflichtend vorgesehen, weil es seit 2004 einen einschlägigen Lehrberuf gibt, nämlich den/die Immobilienkaufmann/-frau.²⁰² Wesentlich ist, dass zwar eine absolvierte Unternehmerprüfung die Ausbilderprüfung ersetzt,²⁰³ die Ausbilderprüfung aber abgelegt werden muss, wenn die Unternehmerprüfung aufgrund einschlägiger Vorbildung gem § 8 Unternehmerprüfungsordnung entfällt.

2.5. Das Standesrecht der Immobilienmakler

Eine wesentliche Rolle bei der Festlegung des Leistungsstandards des Immobilienmaklers spielt seit jeher das **Standesrecht**. Dieses basiert zunächst auf § 69 Abs 2 GewO, wonach der Wirtschaftsminister u.a. Regeln über die Verhaltensweisen, die bei der Ausübung eines bestimmten Gewerbes einzuhalten sind, festlegen kann. Dabei ist auf die Gewohnheiten und Gebräuche, die in diesem Gewerbe von Personen, die die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden, eingehalten werden und auf die **Anforderungen**, die von den Leistungen dieses Gewerbes in Anspruch nehmenden Personen üblicherweise gestellt werden, sowie darauf Bedacht zu nehmen, dass das **Ansehen** des betreffenden Gewerbes und das **Vertrauen** aller von der Gewerbeausübung berührten Personen in die das Gewerbe ausübenden Gewerbetreibenden gewahrt bleibt.²⁰⁴ Der

199 Vgl § 3 Abs 1 Unternehmerprüfungsordnung.

200 Vgl § 8 leg. cit.

201 BAG, BGBl 1969/142 idF BGBl I 2018/100.

202 Vgl Ausbildungsvorschriften für den Lehrberuf Immobilienkaufmann/-frau BGBl II 2004/10.

203 § 1 Z 8 Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Gleichhaltung von Prüfungen mit der Ausbilderprüfung und über die Gleichhaltung von Ausbildungen mit dem Ausbilderkurs, BGBl II 1998/262 idF BGBl II 2005/478.

204 § 69 Abs 2, 4. Satz, GewO 1994.

Wirtschaftsminister ist dieser Ermächtigung im 2. Abschnitt der IMV, der mit „Standes- und Ausübungsregeln“ übertitelt ist (§§ 2 – 5), nachgekommen. Dieser definiert in § 4 standeswidriges Verhalten im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern, in § 5 ein solches bei der Ausübung des Gewerbes anderen Berufsangehörigen gegenüber²⁰⁵, enthält weiters Bestimmungen hinsichtlich der Gestaltung von Inseraten (§ 6) und statuiert eine spezifische Verschwiegenheitspflicht für Immobilienmakler (§ 7).

Daneben hat sich auch ein eigenes **Immobilienmakler-spezifisches Standesrecht der Wirtschaftskammer-Organisation** etabliert.²⁰⁶ Der Fachverband der Vermögens- und Immobilientreuhänder hat u.a. die derzeit in Geltung stehenden „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler“ erlassen, die nach dem Wortlaut der einleitenden Präambel das MaklerG und die IMV zur Grundlage haben und diese lediglich ergänzen sollen.

Die **kompetenzrechtliche Grundlage** hierfür ist zunächst **Art 120b Abs 1 B-VG**²⁰⁷, wonach die Selbstverwaltungskörper das Recht haben, ihre Aufgaben in eigener Verantwortung frei von Weisungen zu besorgen und **im Rahmen der Gesetze Satzungen zu erlassen**. Bei diesen Satzungen handelt es sich um autonom erlassene, generell-abstrakte Rechtsvorschriften, mit denen Rechte und Pflichten der Mitglieder, hier des Fachverbandes, untereinander oder im Verhältnis zum Selbstverwaltungskörper sowie Organisation, Tätigkeitsbereiche und Finanzierung des Selbstverwaltungskörper hoheitlich gestaltet werden.²⁰⁸ Sie sind als besondere Art von **Verordnungen** zu qualifizieren, die Anordnung „im Rahmen der Gesetze“ ist dahingehend zu interpretieren, dass nicht gegen materielles Recht verstoßen werden darf. Die Selbstverwaltungskörper dürfen **materielles Recht** – wozu auch die IMV gehört - **lediglich ergänzen**, nicht aber abändern oder durch eigene Bestimmungen ersetzen.²⁰⁹

Die **konkrete Befugnis** des Fachverbandes zur Erlassung derartiger Satzungen in bestimmten Angelegenheiten ergibt sich aber erst aus **§ 47 Abs 1 iVm § 43 Abs 3 Wirtschaftskammergesetz**²¹⁰, wo der Aufgabenbereich der Fachverbände der

205 Näher dazu etwa *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 278 ff.

206 Zur Entwicklung siehe *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 307 ff.

207 Durch Art I Z 24 B-VG, BGBl I 2008/2, wurde in das fünfte Hauptstück des B-VG ein eigener Abschnitt B betreffend die sonstige Selbstverwaltung samt Art 120a bis 120c in das B-VG eingefügt.

208 *Stolzlechner in Kneihls/Lienbacher/Rill-Schäffer* (Hrsg), B-VG Kommentar (2010) Art 120b Rz 15 ff.

209 *Stolzlechner in Kneihls/Lienbacher/Rill-Schäffer* (Hrsg), B-VG Kommentar (2010) Art 120b Rz 7 und 16 ff.

210 WKG BGBl I 1998/103 idF BGBl I 2020/15.

Wirtschaftskammerorganisation geregelt ist.²¹¹ Die einzelnen Bestimmungen des vom Fachverband herausgegebenen Standesrechtes müssen daher auch zumindest abstrakt in die dem Fachverband vom WKG zugewiesene Regelungskompetenz fallen.²¹² Als Grundlage für die Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler relevant sind hier v.a. die Tatbestände „Stärkung des Gemeinschaftsgeistes und des Ansehens in der Gesellschaft“ (§ 43 Abs 3 Z 1 WKG), „Sicherung der Chancengleichheit der Mitglieder im Wettbewerb“ (Z 2), „Förderung (!) der Aus- und Weiterbildung der Mitglieder und ihrer Mitarbeiter“ (Z 4) sowie ganz allgemein „Werbung und Öffentlichkeitsarbeit“ (Z 8).

Der Fachverband hat mit der Erlassung der Immobilienmakler-spezifischen Standesregeln den ambitionierten Versuch unternommen, den in der IMV festgeschriebenen **Leistungsstandard** durch spezifische Verhaltensanordnungen zu **konkretisieren**. Allerdings hat er dabei den ihm zustehenden, eben beschriebenen, Handlungsspielraum zum Teil weit überschritten. So etwa, wenn er den Anwendungsbereich der „Allgemeinen Verhaltensregeln“, wozu etwa auch die Bestimmungen zur Gestaltung von Immobilieninseraten zählen, auf den Verkehr zwischen „gewerberechtlich befugten Immobilienreuhändlern“ einschränkt (Pkt. B), wenn er das Schriftform-Erfordernis unter Berufskollegen neu definiert (Einleitung zu Pkt B) oder wenn die in § 6 Abs 1 IMV nur für Inserate festgeschriebene Ausnahme von der Hinweispflicht auf die Provisionspflicht auf „alle vom Makler verwendeten Werbemedien“ ausgedehnt wird (Pkt. B 2).²¹³

Zentrales Element der aktuell geltenden Standesregeln für Immobilienmakler ist die Festschreibung einer „**Aus- und Fortbildungsverpflichtung**“, diese wird für den Leistungsstandard und die Qualität der Maklerdienstleistung als unverzichtbar angesehen.²¹⁴ Realpolitisch war es jedoch bislang weder möglich, eine solche in die GewO, noch in die ImmobilienreuhänderVO aufzunehmen. Daher blieb als Alternative nur eine entsprechende standesrechtliche Regelung: Während Pkt. 7.1. der Allgemeinen Richtlinien für Immobilienreuhänder ganz allgemein vorgibt, dass es die Pflicht jedes Berufsangehörigen ist, darauf zu achten, dass er „sein Fachwissen und das seiner Mitarbeiter auf den neuesten Stand hält“, verpflichtet Pkt. A der Richtlinien für Immobilienmakler diese dazu, sich „im angemessenen Umfang beruflich **fortzubilden**“ (Pkt. 1),

211 Vgl OGH 15.01.2013, 4 Ob 203/12z, MietSlg LXV/3 = immolex 2013/72 (zust *Malainer/Staribacher*) = ecolex 2013/172 = RZ 2013/21 = NetV 2013, 70 (zust *Bisanz*) = EvBl 2013/106 (abl *Brenn/Mayr*) = Zak 1013/141 = RdW 2013/465.

212 Dazu näher *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 309 ff.

213 Ausführlich dazu siehe *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015), 322 ff.

214 Vgl die Präambel zu den 2012 beschlossenen Standesregeln: „Es bedarf unumgänglich einer zielgerichteten Aus- und Fortbildung. ...“

sowie dafür zu sorgen, dass auch näher bezeichnete Mitarbeiter dieser Pflicht nachkommen (Pkt. 2). Zusätzlich müssen diese Mitarbeiter auch binnen 18 Monaten ab Tätigkeitsbeginn eine – in den Richtlinien unter Bezugnahme auf die ON-Regel 43011-1 (Maklerassistent) näher definierte – Prüfung ablegen.

Die **Fortbildungspflicht für den Immobilienmakler** selbst wird im Wortlaut durch den Zusatz ergänzt, dass diese auch dann greift, „wenn sie (Anm.: die Immobilienmakler) die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die Erteilung einer Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler nachweisen“. Abgesehen davon, dass die Formulierung völlig offen lässt, welche Ausbildungsveranstaltungen in welchem Ausmaß zu absolvieren sind²¹⁵, und welche Konsequenzen ein Nicht-Befolgen der Fortbildungspflicht nach sich zieht, überschreitet der Fachverband auch hier die ihm im Rahmen einer Richtlinienbestimmung zukommende Regelungskompetenz: Die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit sind abschließend in der GewO und deren Durchführungsverordnungen geregelt. Dementsprechend hält die ImmobilienTREUHANDVO, die den formalen Befähigungsnachweis regelt²¹⁶, einleitend fest, dass die fachliche Qualifikation für die Tätigkeiten des Immobilienmaklers „durch folgende Belege“ erfüllt wird. Der Wortlaut der standesrechtlichen Fortbildungspflicht erweitert nun aber diese Anforderungen um das – unspezifizierte – Erfordernis einer beruflichen Fortbildung. Damit wird jedoch der „Rahmen der Gesetze“ gesprengt, der – wie oben dargelegt – gemäß Art 120b Abs 1 B-VG die Grenze der Regelungskompetenz für Richtlinienbestimmungen bildet. Darüber hinaus fällt die Festschreibung einer **Verpflichtung** zur Fortbildung auch nach den Vorgaben des WKG nicht in den Aufgabenbereich des Fachverbandes. Gemäß § 43 Abs 3 Z 4 WKG umfasst dieser lediglich Maßnahmen zur **Förderung** der Aus- und Weiterbildung, nicht aber eine Verpflichtung dazu. Möglich wäre es etwa, eine derartige Fortbildungsverpflichtung unmittelbar in der GewO festzuschreiben, wie dies für das Gewerbe der Versicherungsvermittlung anlässlich der Umsetzung der RL 2002/92/EG („Versicherungsvermittlungs-Richtlinie“)²¹⁷ in § 137b Abs 1 und 2 GewO 1994 erfolgt ist.²¹⁸

Ausgehend von der Überlegung, dass der Kontakt eines Maklerunternehmens mit seinen Auftraggebern bzw. Kunden in der Regel nicht (immer) über den handels- oder gewerberechtlichen Geschäftsführer, sondern über Mitarbeiter erfolgt, statuieren die Standesregeln in Pkt A/2 auch eine

215 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 319.

216 Siehe III.2.3.

217 BGBl I 2004/131.

218 Erl RV 66 BlgNR XXII. GP, 10.

Aus- und Fortbildungspflicht für Mitarbeiter. Wesentlich ist, dass das Maklerunternehmen für das Fehlverhalten seiner Mitarbeiter im Verhältnis zu Auftraggebern nach § 1313a ABGB (Erfüllungsgehilfen-Haftung) einzustehen hat, der schuldhaft handelnde Erfüllungsgehilfe selbst haftet. Geschädigten gegenüber grundsätzlich nur deliktisch.²¹⁹ Nach den §§ 1299, 1300 Satz 1 ABGB hat der Erfüllungsgehilfe selbst hingegeben nur dann einzustehen, wenn er im Verhältnis zum Dritten ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat, bei den Vertragsverhandlungen in besonderem Ausmaß persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt und dadurch den Verhandlungsverlauf beeinflusst oder wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann.²²⁰ Dementsprechend sehen die Richtlinien für Mitarbeiter einen – im Vergleich zum für den Unternehmer bzw. den gewerberechtlichen Geschäftsführer erforderlichen Befähigungsnachweis – erleichterten Standard vor.²²¹

Allerdings ist der Kreis der davon erfassten Personen zu hinterfragen: Nach dem Wortlaut sind einerseits die „ständig mit der Vermittlungstätigkeit betrauten Personen“ sowie andererseits die „im Unternehmen mittätigen Gesellschafter“ zur Ablegung der dort näher definierten Prüfung verpflichtet. Hinsichtlich der „mittätigen“ Gesellschafter wird weder auf eine entsprechende Mindestbeteiligung abgestellt, noch die Art der Mittätigkeit näher definiert. So wäre auch die minderbeteiligte Frau eines Immobilienmaklers, die lediglich – sporadisch – irgendwelche von der Vermittlungstätigkeit abgekoppelte Tätigkeiten, wie etwa buchhalterische Angelegenheiten ohne jeden Kundenkontakt, wahrnimmt, nach diesem Wortlaut von der Aus- und Fortbildungsverpflichtung nicht erfasst.²²² Die Umschreibung der erfassten Personen mit „ständig mit der Vermittlungstätigkeit betraut“ dürfte wiederum zu eng sein: Es ist davon auszugehen, dass von der Intention der Fortbildungsverpflichtung jedenfalls alle jene Personen erfasst sein sollen, die für die eigentliche Vermittlungstätigkeit **verantwortlich** sind. In größeren Maklerbetrieben sind regelmäßig Personen tätig, die nicht (mehr) mit dem laufenden Tagesgeschäft der Vermittlungstätigkeit betraut sind, sondern als Abteilungsleiter, als sog. „broker owner“ in Franchise-Betrieben, etc. höhere Verantwortungen und Leitungstätigkeiten wahrnehmen. Nach dem Wortlaut der gegenständlichen Standesregel fallen diese durch den Rost: Sie müssen weder die Befähigungsprüfung ablegen (sofern sie nicht auch die Position des gewerberechtlichen

219 Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1300 Rz 11 mwN.

220 Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1300 Rz 11.

221 Vgl die anlogenen Überlegungen zur Umsetzungen der Versicherungsvermittlungs-Richtlinie: Erl RV 66 BlgNR XXII.GP, 10.

222 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 319 f.

Geschäftsführers bekleiden), noch die – nur für die mit der Vermittlungstätigkeit betrauten Mitarbeiter vorgesehene - Prüfung ablegen.

Eine Orientierung für eine sachgerechte Lösung kann hier die Regelung des § 137b GewO 1994 bieten, die hinsichtlich der Aus- und Fortbildungserfordernisse für Mitarbeiter in Unternehmen der Versicherungsvermittlung dahingehend unterscheidet, ob diese Mitarbeiter für die Versicherungsvermittlung **verantwortlich** sind (Abs 1) oder (lediglich) bei der Versicherungsvermittlung mitwirken (Abs 2). Für Letztere genügt ein Nachweis über interne Schulungen im Hinblick auf die vertriebenen Produkte.

2.6. Bestrebungen zur Erhöhung der Qualifikationserfordernisse im letzten Regierungsprogramm

Offenbar getragen vom Wissen um den angeschlagenen Ruf der Branche sowie um die Probleme der Durchsetzung der standesrechtlichen Fortbildungsverpflichtung²²³ widmete sich auch das letzte – wenngleich nicht mehr aktuelle - Regierungsprogramm dem Leistungsstandard des Immobilitentreuhänders: Unter „Modernisierung des Wohnrechts“ enthielt es die Forderung nach **„Erhöhten Qualifikationserfordernissen an Immobilitentreuhänder** sowie konkreter nach einer „Erhöhung der Qualifikationserfordernisse für die Ausübung des Gewerbes des Immobilitentreuhänders sowie für deren Angestellte, freie Mitarbeiter und sonstige Hilfskräfte“. ²²⁴ Mangels jeder Erläuterung bleibt unklar, was damit gemeint sein kann. Wohin gehend die Qualifikationserfordernisse für die Ausübung des Gewerbes (noch) erweitert werden könnte ist fraglich, zumal der formale Befähigungsnachweis²²⁵ ohnehin sehr ambitioniert konstruiert ist und alle praxisrelevanten Erfordernisse und Herausforderungen des Immobilienmaklers abdeckt. Hinsichtlich der „Angestellten, freien Mitarbeiter und sonstigen Hilfskräfte“ wäre eine ernst zu nehmende Regelung in der GewO oder in der ImmobilitentreuhänderVO wünschenswert, die auch exekutiert werden könnte. Vor dem Hintergrund der Problematik der unbefugten Gewerbeausübung in der Branche (siehe 3.1.) sollte hier auch eine Konkretisierung erfolgen, wer unter welchen Voraussetzungen als „Freier Mitarbeiter“ bzw. „sonstige Hilfskraft“ gelten kann.

223 Siehe III.2.5.

224 Vgl <https://www.oevp.at/download/Regierungsprogramm.pdf>, abgefragt am 21.09.2018.

225 Siehe III.2.3. und III.2.4.

3. Grenzen der Nachforschungspflicht bei weitergegebenen Informationen

Es entspricht gefestigter Rsp²²⁶ und der hL²²⁷, dass der Immobilienmakler grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich über die **Wahrheit der ihm zugekommenen Informationen**, die er selbst nicht beschafft hat aber an den Auftraggeber **weitergibt**, zu vergewissern. Dieser Grundsatz steht allerdings unter zwei wesentlichen Einschränkungen:

Sind die vom Makler weitergegebenen Informationen unzutreffend, unzureichend oder sonst mangelhaft, haftet er dem Auftraggeber für den daraus resultierenden Schaden, wenn ihm die **Unzulänglichkeit** der Information **hätte auffallen müssen**, wenn für ihn also eine „**Veranlassung**“²²⁸, an der Richtigkeit der ihm erteilten Informationen zu zweifeln, besteht. Dies impliziert eine **Prüfpflicht** des Immobilienmaklers, wobei der Sorgfaltsmaßstab – entsprechend dem Leistungsstandard der Berufsgruppe²²⁹ – ein relativ hoher sein wird. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, dass sich die Frage, ob und inwieweit der Makler seine Prüfpflicht verletzt hat, im Streitfall immer erst im Nachhinein stellt, also dann, wenn bereits erwiesen ist, dass die entsprechende Information fehlerhaft war.²³⁰ In aller Regel wird es für den Makler dann schwierig sein zu argumentieren, dass ihm die Unzulänglichkeit der Information nicht hätte auffallen müssen. Der Immobilienmakler gilt als Sachverständiger,²³¹ die Aufzählung der, seinen Leistungsstandard definierenden, praxisrelevanten Fachgebiete in der Prüfungsordnung ist derart umfassend, dass kaum Konstellationen denkbar sind, in denen man dem Makler ein „Nicht-Auffallen-Müssen“ im Nachhinein wird zugestehen können. Dazu kommt auch noch, dass der Auftraggeber, von dem der Makler Informationen bezieht, nur in den wenigsten Fällen ebenfalls als Sachverständiger zu

226 ZB OGH 3.12.1997, 7 Ob 272/97v, HS 28.399 = immolex 1998/178 = ecolex 1998, 465 (abl Wilhelm) = RdW 1998, 453 = wobl 1998/123 (zust Prader); OGH 21.10.1999, 6 Ob 227/99x, HS 30.306 = ecolex 2000/84 = MietSlg 51.605 = JBl 2000, 314; OGH 28.5.2002, 4 Ob 8/02h, MietSlg 54.545 = immolex 2003/30 = ÖJZ 2002/168 = wbl 2002/289 = RdW 2003/15 = bbl 2002/142; OGH 30.3.2009, 7 Ob 27/09k, MietSlg 61.547 = immolex 2009/131 (zust Neugebauer-Herl) = ecolex 2009/368 = KRES 10/246 = wobl 2010/85 (zust Kothbauer); OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m, MietSlg 63.548 = immolex 2011/93 (zust Prader) = ecolex 2012/119; OGH 20.9.2012, 2 Ob 202/11m, MietSlg 64.246 = immolex 2012/111 (zust Prader) = ecolex 2013/6 = RdW 2013/70 = wobl 2014/41 (Kothbauer) = Zak 2012/721 = bbl 2013/38; OGH 11.7.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = ecolex 2016/418 = AnwBl 2016, 564 = NZ 2017/34 = wobl 2017/26 = bbl 2016/231 = Zak 2016/593; OGH 25.8.2016, 5 Ob 40/16t, MietSlg 68.188 = Zak 2016/642; OGH 24.05.2018, 7 Ob 63/18t = immolex 2018, 201 (zust Rainer) = ecolex 2018/377; OGH 24.1.2019, 9 Ob 96/18k = immolex-LS 2019/27 = Die Presse 2019/17/02; OGH 24.9.2019, immolex-LS 2019/68; OGH 27.6.2019, 6 Ob 98/19h = immolex 2019/116 (zust Lassingleitner); u.v.a.

227 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 204 f, Fromherz, der Zivilmaklervertrag 73 f; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 91 f; Gartner/Karandi, MaklerG³ (1016) § 3 Rz 13; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 33.

228 Vgl jüngst OGH 24.05.2018, 7 Ob 63/18t = immolex 2018, 201 (zust Rainer) = ecolex 2018/377; weiters OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m, MietSlg 63.548 = immolex 2011/93 (zust Prader) = ecolex 2012/119.

229 Dazu ausführlich siehe III.2.

230 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 204.

231 Siehe III.1.

qualifizieren sein wird, sodass aus der Tatsache, dass dem Auftraggeber eine etwaige Unzulänglichkeit nicht selbst aufgefallen ist, für den Makler wenig gewonnen sein wird.

Im Lichte dieser Überlegungen stellt sich die **Jud** zu dieser Frage als **uneinheitlich** und zum Teil wenig nachvollziehbar dar: In dem der E OGH 20.9.2012, **2 Ob 202/11m** zugrunde liegenden SV bot der Makler dem potentiellen Käufer eines Hauses dieses als „völlig neu und aufwändig renoviert“ an. Die konkretisierende Information des Abgebers (eines Tierarztes!), dass die **Renovierungsarbeiten** „entweder unter Aufsicht von Professionisten oder **von ihm selbst** unter Aufsicht von Unternehmen oder Firmenchefs oder direkt von Professionisten“ durchgeführt worden waren, gab er dem Interessenten nicht weiter. Der OGH wies das Schadenersatzbegehren des Käufers mit der bemerkenswerten Begründung ab, dass aus den Angaben des Verkäufers der beklagte Makler keineswegs schließen musste, dass die **Arbeiten „im Pfusch“** gemacht worden wären. Da der verkaufende Tierarzt nach seinen Angaben nur „unter Aufsicht von Unternehmen oder Firmenchefs“ selbst Hand angelegt hatte, durfte der Makler auf eine fachmännische Ausführung vertrauen. Die Tatsache, dass der Tierarzt selbst Hand angelegt hatte, sei dabei nicht schon per se als ungewöhnlich zu beurteilen, zumal eine hilfsweise Mitwirkung von Bauherren im Eigenheimbau weit verbreitet sei. Die damit zum Ausdruck kommende Ansicht des OGH, dass der Käufer eines Hauses, dem dieses als „völlig neu und aufwändig renoviert“ angeboten wurde, nicht davon ausgehen darf, dass dieses (ausschließlich) von Professionisten unter Heranziehung der bei diesen dauerhaft tätigen weisungsgebundenen Erfüllungsgehilfen renoviert wurde, sondern auch damit rechnen muss, dass ein hauptberuflicher Tierarzt an den Arbeiten beteiligt war (in welchem Ausmaß?), ist zumindest hinterfragungswürdig. Zumindest ex post betrachtet zeigte sich im gegenständlichen Fall, dass die von Professionisten durchgeführten Arbeiten mit denen des Tierarztes „unter professioneller Kontrolle“ nicht gleichwertig waren: Der Kaufvertrag wurde wegen des Vorhandenseins gravierender Mängel schließlich rückabgewickelt. Sachgerecht wäre daher jedenfalls, dem Makler bei Anhaltspunkten, die auf eine Eigenbeteiligung des nicht-professionellen Abgebers bei den Renovierungsarbeiten hinweisen, eine Nachforschungspflicht und Informationspflicht dahingehend aufzuerlegen, welche Arbeiten in welchem Ausmaß vom nichtprofessionellen „pfuschenden“ Abgeber durchgeführt wurden. Aus den diesbezüglichen Angaben sollte der Immobilienmakler auch etwaige Gefahrenpotentiale hinsichtlich möglicher Mängel bzw. Beeinträchtigungen der Bausubstanz ausmachen können, zumal die Prüfungsordnung zu den berufsspezifischen, für den Immobilienmakler relevanten, Fächern auch explizit die „Bautechnik für Immobilienmakler“ zählt.²³²

232 § 6 Z 2 leg.cit.

Ein wesentlicher Umstand, der für die Beurteilung der meisten Immobiliengeschäfte von Relevanz ist, ist das **Alter des Gebäudes bzw. dessen Errichtungszeitpunkt**.²³³ Daraus können nicht nur Rückschlüsse auf die Bauweise (statische Beschaffenheit der tragenden Bauteile, Wärmedämmung, etc.) geschlossen werden, auch wesentliche wohnrechtliche Regelungsregime, wie das MRG, orientieren sich hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches am Errichtungszeitpunkt. Die diffizilen, teleologisch nicht leicht nachvollziehbaren, Stichtagsregelungen des MRG etwa differenzieren danach, ob sich das Mietobjekt in einem Ein- bzw. Zweifamilienhaus oder einem Zinshaus befindet, bzw. ob daran Wohnungseigentum begründet ist und wann das Gebäude errichtet wurde.²³⁴ Dem entsprechend hat der Immobilienmakler eine Verletzung seiner Informationspflichten zu verantworten, wenn er es unterlässt, den Käufer eines Hauses oder einer Wohnung über das Errichtungszeitpunkt des Gebäudes zu informieren.²³⁵ Die Problematik dabei ist, dass der Errichtungszeitpunkt einer Immobilie nicht generell aus einem öffentlichen Verzeichnis oder dgl. ersehen werden kann und auch entsprechende Unterlagen bzw. Dokumente vom Abgeber bzw. der Immobilienverwaltung nicht immer beigebracht werden können. Zielführend in Wien kann eine Abfrage der „**Karte Wien Kulturgut**“ sein: Sie liefert durch Mausklick Gebäudedaten aus verschiedenen Quellen.²³⁶ Oftmals ergibt sich daraus auch das Baujahr bzw. die Bauperiode. Wurden für die Errichtung Wohnbauförderungsmittel in Anspruch genommen, kann eine Informationseinholung bei der Förderungsstelle (in Wien: MA 50) hilfreich sein. Die Schwierigkeit der Informationsbeschaffung zu diesem Punkt führt jedenfalls dazu, dass der Immobilienmakler hier besonders häufig auf die Angaben des Abgebers angewiesen ist.

Auch die Jud zu dieser Frage zeichnet ein interessantes Bild: In dem der E OGH 7 Ob 272/97v²³⁷ zugrunde liegenden SV gab der die Provision einklagende Immobilienmakler das Errichtungsdatum eines Einfamilienhauses mit 1985 an. Diese Information hatte er vom Verkäufer übernommen, ohne sie näher überprüft zu haben. Tatsächlich wurde das Gebäude jedoch schon 1963, also 22 (!) Jahre früher errichtet, wobei die Feststellungen implizieren, dass der Verkäufer mit Arglist ein falsches Errichtungsdatum angegeben hat, zumal er offenbar das Haus bereits vor dem von ihm behaupteten Errichtungsjahr (1985) erworben hat. Wenn der OGH weiter ausführt, dass vom Makler hier eine besondere Nachforschungspflicht über das Errichtungsdatum, etwa eine Pflicht zur Einsicht in

233 Vgl dazu *Kothbauer*, Zur Haftung des Immobilienmaklers, *immolex* 2007, 352.

234 Vgl näher dazu zB *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ (2013) § 1 Rz 6 ff.

235 Vgl OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m, MietSlg 63.548 = *immolex* 2011/93 (zust *Prader*) = *ecolex* 2012/119.

236 Vgl *Limberg/Plank*, Gründerzeitviertel – gründlich und zeitgemäß betrachtet, *immolex* 2019, 378.

237 OGH 3.12.1997, 7 Ob 272/97v, HS 28.399 = *immolex* 1998/178 = *ecolex* 1998, 465 (abl *Wilhelm*) = RdW 1998, 453 = wobl 1998/123 (zust *Prader*).

Bauakte oder Baupläne ohne der Information des Verkäufers entgegenstehende Anhaltspunkte nicht zu verlangen sei, und der Makler hier selbst „Opfer“ des arglistigen Verhaltens des ihn beauftragenden Verkäufers geworden sei, so ist das wenig nachvollziehbar: Der Immobilienmakler gilt auch hinsichtlich dieser Frage als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, **Kenntnisse** sowohl über das **Baurecht** als auch die **Bautechnik** sind Gegenstand der seinen Leistungsstandard definierenden Befähigungsprüfung²³⁸. Angesichts der Tatsache, dass die bautechnischen Anforderungen und Entwicklungen in einer solchen Zeitspanne massiven Änderungen unterworfen sind, wäre es von ihm zu erwarten gewesen, dass er aus dem behaupteten Errichtungszeitpunkt, der fast ein Vierteljahrhundert vom tatsächlichen abweicht, jene „der Information des Verkäufers entgegenstehende Anhaltspunkte“ gewinnen hätte können, der OGH als Auslöser für eine „besondere Nachforschungspflicht“ erachtet.

Auch in der E OGH 2 Ob 176/10m²³⁹ hält der OGH fest, dass der Immobilienmakler, der vom Verkäufer Informationen über das Errichtungsjahr erhält, grundsätzlich nicht zu weiteren Nachforschungen verpflichtet ist, wenn es für ihn **keine Gründe** gibt, an der Richtigkeit der Information zu zweifeln.²⁴⁰ Im gegenständlichen Fall hat der Makler allerdings im Exposé ein „**fiktives Baujahr**“, ohne jeden Bezug zur Realität, angeführt, was jedenfalls als Verstoß gegen seine wesentlichen Vertragspflichten zu qualifizieren war.

Keine Gründe bzw. Anhaltspunkte für weitere Nachforschungen des Immobilienmaklers bestanden jedenfalls nachvollziehbar in dem der E OGH 7 Ob 27/09k²⁴¹ zugrunde liegenden SV: Hier vermittelte er den Kaufvertrag über ein Baugrundstück, in dem u.a. eine Haftung der Verkäuferin dafür vereinbart wurde, dass das Kaufobjekt vollkommen frei von bürgerlichen und außerbürgerlichen Lasten und Bestandrechten ins Eigentum der Käufer übergeht. Nachträglich stellte sich allerdings eine **Belastung durch eine – außerbürgerliche – öffentliche Dienstbarkeit** eines Abwasserkanals der Stadtgemeinde heraus, welche die Bebaubarkeit des Grundstückes geringfügig einschränkte. Der Makler machte auch keine besonderen Zusagen über die Bebaubarkeit der Liegenschaft, sodass für ihn keine Veranlassung bestand, besondere diesbezügliche Nachforschungen anzustellen. Im Gegensatz zu den oben beschriebenen Fallkonstellationen im Zusammenhang mit dem Errichtungszeitpunkt des Gebäudes und der Errichtung „im Pfusch“ bieten sich hier auch sonst keinerlei Anhaltspunkte bzw.

238 §§ 4 Z 3, 6 Z 2 Befähigungsprüfungsordnung.

239 OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m, MietSlg 63.548 = immolex 2011/93 (zust *Prader*) = ecolex 2012/119.

240 So auch jüngst OGH 24.05.2018, 7 Ob 63/18t = immolex 2018, 201 (zust *Rainer*) = ecolex 2018/377.

241 OGH 30.3.2009, 7 Ob 27/09k, MietSlg 61.547 = immolex 2009/131 (zust *Neugebauer-Herl*) = ecolex 2009/368 = KRES 10/246 = wobl 2010/85 (zust *Kothbauer*).

„Verdachtsmomente“, die für den Immobilienmakler angesichts seiner Sachverständigen-Eigenschaft Anlass für weitere Nachforschungen hätten sein müssen. Außerbücherliche Dienstbarkeiten sind eben nirgends verzeichnet und hinterlassen auch in der Natur nicht unbedingt einen sichtbaren Fußabdruck.

Dieser – an sich Makler-freundliche – Grundsatz, dass weitergegebene Informationen nur bei entsprechender Veranlassung überprüft werden müssen, setzt aber jedenfalls voraus, dass solche Informationen dem Grunde nach vorliegen.²⁴² Dies ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der Makler vom Verkäufer **keinerlei Informationen über Bau- und Benützungsbewilligungen** des zu vermittelnden Objektes erhält und der Makler diesbezüglich auch keine Recherchen vornimmt bzw. Erkundigungen einholt. Der Immobilienmakler muss – allenfalls nach Einholung entsprechender Erkundigungen – stets auf das Vorhandensein oder das Fehlen von für die angestrebte Nutzung erforderlichen (gewerbebehördlichen) Genehmigungen in Ansehung des Objektes oder wenigstens auf bestehende Unklarheiten aktiv hinweisen.²⁴³ Eine Einschränkung der diesbezüglich umfassenden Informationspflichten besteht allenfalls dann, wenn auch dem Auftraggeber entsprechende Sachverständigen-Eigenschaft zukommt.²⁴⁴

Eine ungeprüfte Weitergabe von Informationen an den Auftraggeber wird am ehesten dort in Betracht kommen, wo eine nähere Überprüfung dem Leistungsstandard des Immobilienmaklers nicht (mehr) entspricht und seine Sorgfaltspflichten überspannen würde.²⁴⁵ Das ist vor allem bei **Tatsachen, deren Überprüfung juristische Fachkenntnis** erfordert, der Fall. Der OGH hat wiederholt ausgesprochen, dass eine **Aufklärungspflicht, die einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleichkommt**, den Immobilienmakler nicht trifft.²⁴⁶ Er muss zwar keine fundierte juristische Prüfung der weitergegebenen Informationen vornehmen, auch muss er hiezu keinen Juristen bzw. Anwalt als Erfüllungsgehilfen beschäftigen, er ist jedoch dazu verpflichtet, über wesentliche Vertragspunkte zu informieren und über Unklarheiten aufzuklären.²⁴⁷ So ist es ihm zuzumuten, etwa auf eine offenkundige Unschlüssigkeit eines SV-Gutachtens hinzuweisen, oder zu

242 Vgl OGH 24.1.2019, 9 Ob 96/18k = immolex-LS 2019/27 = Die Presse 2019/17/02.

243 Vgl OGH 28.5.2002, 4 Ob 8/02h, MietSlg 54.545 = immolex 2003/30 = ÖJZ 2002/168 = wbl 2002/289 = RdW 2003/15 = bbl 2002/142; siehe dazu näher 4.3.1.

244 Dazu näher siehe III.4.

245 Siehe dazu auch III.2.

246 Vgl zB OGH 21.10.1999, 6 Ob 227/99x, HS 30.306 = ecolex 2000/84 = MietSlg 51.605 = JBl 2000, 314; OGH 18.6.2013, 4 Ob 88/13i, MietSlg 65.528 = immolex 2014/27 (zust *Stadlmann*) = AnwBl 2013, 553 = wobl 2013/92 (zust *Kothbauer*) = Zak 2013/509 = bbl 2013/216; OGH 11.7.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = ecolex 2016/418 = AnwBl 2016, 564 = NZ 2017/34 = wobl 2017/26 = bbl 2016/231 = Zak 2016/593; u.a.

247 OGH 21.10.1999, 6 Ob 227/99x, HS 30.306 = ecolex 2000/84 = MietSlg 51.605 = JBl 2000, 314;.

hinterfragen, aus welchem Titel ein vom Verkäufer zugesagtes Benutzungsrecht eingeräumt wird.²⁴⁸
Die Abgrenzung im Einzelfall ist schwierig:

Im dem der E OGH **6 Ob 227/99x** zugrunde liegenden SV wurde im vom Immobilienmakler vermittelten Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung festgehalten, dass die Verkäuferin „die Freiheit von grundbücherlichen Belastungen, soweit eine Lastenübernahme nicht ausdrücklich vereinbart ist,“ gewährleistet. Im Grundbuch schienen jedoch 2 Pfandrechte zugunsten einer Bank auf, wobei der Käuferin von der Maklerin eine Bestätigung der Hausverwaltung ungeprüft ausgehändigt wurde, wonach die Wohnung hinsichtlich dieser Pfandrechte lastenfrei sei, diese somit zur Gänze „forderungsentkleidet“ seien. Dies entsprach jedoch nicht den Tatsachen, die Käuferin hatte sodann die Lastenfreistellung aus Eigenem zu bewerkstelligen. Der OGH sprach aus, dass das Vorgehen der Maklerin keinen Sorgfaltsverstoß begründet, zumal es im Alltag des Geschäftslebens immer wieder dazu komme, dass im Grundbuch aufscheinende Pfandrechte nicht gelöscht werden, obwohl die gesicherten Forderungen bereits bezahlt sind. Insofern durfte sie auf den Wahrheitsgehalt der Bestätigung der Hausverwaltung vertrauen. Eine Nachforschungspflicht der Maklerin sei auch deshalb nicht gegeben, weil Gewissheit über das Bestehen einer aushaftenden Forderung nur durch Nachfrage bei der Pfandgläubigern, der Bank, hätte erlangt werden können, wozu die Maklerin aber aus Gründen des Bankgeheimnisses und auch des Datenschutzes nicht berechtigt gewesen sei. Der Themenkomplex der Lastenfreistellung und deren Absicherung sei auch Gegenstand der Vertragsgestaltung, für die die Käuferin auch einen Anwalt in Anspruch nahm. Die Überprüfung diesbezüglicher Bestätigungen der Hausverwaltung bzw. der Verkäuferin käme einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleich, die den Makler eben gerade nicht trifft.

Diese – zu Gunsten des Maklers - eher großzügige Sichtweise²⁴⁹ hat der OGH in späteren Entscheidungen etwas relativiert: In dem der E OGH **5 Ob 93/16m**²⁵⁰ zugrunde liegenden SV vermittelte der Immobilienmakler eine Eigentumswohnung in einem Schloss, wobei dem Käufer im übergebenen Exposé ein **Nutzungsrecht für den Wellness-Bereich** des angrenzenden Schlosshotels zugesichert wurde. Dieses Nutzungsrecht war jedoch nicht im Grundbuch verbüchert, es handelte sich lediglich um ein prekaristisches, jederzeit widerrufbares, bloßes Entgegenkommen des Eigentümers des Schlosshotels den Voreigentümern der Wohnung gegenüber. Nachdem das Schlosshotel verkauft wurde, war dem Käufer bzw. seinen Mietern der Zugang zum Wellness-

248 OGH 11.7.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = ecolex 2016/418 = AnwBl 2016, 564 = NZ 2017/34 = wobl 2017/26 = bbl 2016/231 = Zak 2016/593.

249 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 91 f.

250 OGH 11.7.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = ecolex 2016/418 = AnwBl 2016, 564 = NZ 2017/34 = wobl 2017/26 = bbl 2016/231 = Zak 2016/593

Bereich verwehrt. Hier hat der OGH eine Verletzung der Aufklärungspflicht konstatiert: Dem Makler war das besondere Interesse der Käuferin an der Nutzung des Wellness-Bereichs bekannt. Er war zwar **nicht verpflichtet, sämtliche in Betracht kommende Rechtsgründe** für ein derartiges Nutzungsrecht selbst umfassend zu prüfen oder einem Rechtsanwalt mit der Prüfung zu beauftragen, es wäre ihm aber zumutbar gewesen, sich danach zu erkundigen, **aus welchem Titel** das gegenständliche Recht eingeräumt wird, und dem potentiellen Käufer Zweifel an einem dauernden Nutzungsrecht offenzulegen.

Auch in der E OGH 4 Ob 88/13i²⁵¹ wird vom Immobilienmakler **zumindest ein grundlegendes Problembewusstsein hinsichtlich juristischer Fragestellungen** gefordert: In einem, einem Versteigerungsverfahren zugrunde liegenden, SV-Gutachten wurde ohne nähere Erläuterung ausgeführt, dass ein schlichter Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft mit einer Kleingartenparzelle „verbunden“ sei. Das Gutachten war insofern unschlüssig, als es keinen Grund dafür nannte, warum (gerade) die strittige Parzelle mit dem in Exekution gezogenen Anteil verbunden war. Grundlage dafür war offenbar eine nicht verbücherte Benutzungsregelung. Auch hier vertritt der OGH die Auffassung, dass der Immobilienmakler nicht allen möglichen Rechtsgrundlagen für diese „Verbindung“ hätte nachgehen müssen, es hätte ihm aber die Unschlüssigkeit des Gutachtens als solche auffallen müssen. Eine Konsultierung des Grundbuches wäre ihm zumutbar gewesen, etwaige Widersprüche zu den ihm erteilten Informationen hätten dann eine entsprechende Nachforschungspflicht begründet.

Diese E betont auch die (selbstverständliche) Tatsache, dass eine gegenüber dem Interessenten bestehende Prüfpflicht von erhaltenen Informationen nicht dadurch gemindert bzw. eingeschränkt wird, dass der **Interessent auch einen Anwalt zur Vertretung seiner Interessen beizieht**. Eine etwaige Sorgfaltswidrigkeit des Anwalts kann dem Interessenten nicht nach § 1313a ABGB als Mitverschulden zugerechnet werden, zumal dem Interessenten im Verhältnis zum Makler diesbezüglich keinerlei Pflichten oder Obliegenheiten treffen. Der Anwalt wird ausschließlich im Interesse des Interessenten tätig, seine Beauftragung hat nicht den Zweck, den Immobilienmakler hinsichtlich seiner Informationspflichten zu entlasten.

251 OGH 18.6.2013, 4 Ob 88/13i, MietSlg 65.528 = immolex 2014/27 (zust *Stadlmann*) = AnwBl 2013, 553 = wobl 2013/92 (zust *Kothbauer*) = Zak 2013/509 = bbl 2013/216.

Bemerkenswert, weil die Prüfpflicht des Immobilienmaklers wohl überspannend, ist die Rechtsansicht des Landesgerichts Wien in der E **50 R 44/08i**²⁵²: Hier hat der Immobilienmakler hinsichtlich der Information betreffend die Höhe der Monatsvorschreibung der Eigentümergeinschaft an den Wohnungseigentümer nicht (einfach) auf die Angaben des Verkäufers vertraut, sondern sich zur Untermauerung auch noch einen Überweisungsbeleg für den Monat Mai durch diesen vorlegen lassen. Die Zahllast für Mai war jedoch um € 50,- geringer als sonst, zumal das aus der Jahresabrechnung resultierende Guthaben auf die Mai-Vorschreibung angerechnet wurde. Das Landesgericht war der Ansicht, der Immobilienmakler hätte den angeforderten Überweisungsauftrag (auch noch) hinterfragen müssen, aufgrund seiner Fachkenntnisse hätte ihm ein „Ausreißer“ auffallen müssen.

Die zweite Einschränkung, unter dem der eingangs erwähnte Grundsatz hinsichtlich weitergegebener Information steht, ist, dass der Immobilienmakler (selbstverständlich) niemals den **Eindruck** erwecken darf, er habe den **Wahrheitsgehalt der Informationen überprüft**.²⁵³

4. Einschränkung der Informationspflicht bei sachverständigen Kunden

Die Jud anerkennt eine Einschränkung der Immobilienmakler-spezifischen Informationspflichten im Verhältnis zu Kunden (Auftraggebern), denen hinsichtlich der die jeweilige Informationspflicht begründenden Umstände selbst Sachverständigen-Eigenschaft zukommt.

In dem der E OGH **5 Ob 67/06y**²⁵⁴ zugrunde liegenden SV wurde der Immobilienmakler von einer Bauträger-GmbH mit dem Auffinden von Liegenschaften, auf denen diese von ihr selbst entwickelte Haustypen errichten wollte, beauftragt. In der Folge kam ein Kaufvertrag über ein Baugrundstück zustande, der Immobilienmakler informierte die Bauträger-GmbH jedoch nicht über die Einzelheiten des Bebauungsplanes sowie über die dort vorgeschriebenen Baufluchtlinien und nahm auch keine Prüfung dahingehend vor, inwieweit das Projekt des Bauträgers mit diesen Vorgaben vereinbar ist. Der OGH sprach aus, dass dem Immobilienmakler hier kein Sorgfaltsverstoß anzulasten war und begründete das zum einen damit, dass der **Bau-GmbH hinsichtlich der**

252 HG Wien, 31.10.2008, 50 R 44/08i, siehe auch *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 204 f, näher zum Inhalt der diesbezüglichen Informationspflichten siehe IV.2.3.3.

253 Vgl *Fromherz*, der Zivilmaklervertrag 73 f; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 204 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 13; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 90; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 35; OGH 21.10.1999, 6 Ob 227/99x, HS 30.306 = ecollex 2000/84 = MietSlg 51.605 = JBl 2000, 314; OGH 24.1.2019, 9 Ob 96/18k = immolex-LS 2019/27 = Die Presse 2019/17/02; u.a.

254 OGH 4.4.2006, 5 Ob 67/06y, MietSlg 58.490 = immolex 2006/103 = RdW 2006/641.

Vorgaben für die Bebaubarkeit selbst Sachverständigen-Eigenschaft zukommt, sowie weiters damit, dass die vom Bauträger ins Treffen geführten, seine Forderung nach besonders umfassenden Informationspflichten des Maklers stützenden, Entscheidungen (4 Ob 8/02h, 1 O b 372/97f) Fälle betrafen, in denen infolge **Verbrauchereigenschaft des Auftraggebers § 30b KSchG anzuwenden** war, was im gegenständlichen Fall nicht zutrifft.

Nur das erste Argument ist mE das im gegenständlichen Fall überzeugende: Dass dem Bauträger hinsichtlich der Bebauungsbestimmungen Sachverständigen-Eigenschaft zukommt ist unbestritten und ergibt sich schon aus der Bauträger-Befähigungsprüfungsordnung²⁵⁵, wonach gem § 4 Z 3 das Baurecht einschließlich Raumordnungsrecht Gegenstand des berufsspezifischen, schriftlichen Prüfungsteiles ist. Dass der Immobilienmakler, der hinsichtlich dieser Umstände natürlich auch als Sachverständiger gilt, den Bauträger, dessen Tätigkeitsbereich ja in erster Linie die „organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben“²⁵⁶ umfasst, über die konkreten Vorgaben hinsichtlich der Bebaubarkeit nicht extra aufklären muss, ist nachvollziehbar und liegt auf der Hand.

Die zusätzliche Argumentation des OGH, dass diese Informationspflichten den Makler deshalb nicht trafen, da mangels Verbrauchereigenschaft des Auftraggebers § 30b KSchG nicht anzuwenden war, ist nicht nachvollziehbar: Gemäß § 30b Abs 2 KSchG hat der Immobilienmakler dem Auftraggeber die nach § 3 Abs 3 MaklerG erforderlichen Nachrichten **schriftlich** mitzuteilen. Zu diesen, schon nach dem MaklerG „erforderlichen“, Nachrichten gehören bei unbebauten Grundstücken jedenfalls die Angaben über mögliche Bebauung bzw. Bebauungsart.²⁵⁷ § 30b Abs 2 KSchG sieht nun keine Erweiterung der nach § 3 Abs 3 MaklerG erforderlichen Nachrichten, sondern lediglich eine Konkretisierung dieser Informationspflicht sowie das Erfordernis der Schriftlichkeit vor.²⁵⁸ Insofern wäre ein auch Unternehmer, dem hinsichtlich der in Frage stehenden Umstände keine Sachverständigen-Eigenschaft zukommt, wie etwa ein Handelsunternehmer, der (weitere) Betriebsgrundstücke für Expansionszwecke sucht, jedenfalls – schon gemäß § 3 Abs 3 MaklerG - entsprechend zu informieren gewesen.

255 Kundmachung der WKO vom 30.1.2004: <https://www.wko.at/branchen/ooe/information-consulting/immobilien-vermoegenstreuhaender/pruefungsordnungbt.pdf>.

256 Vgl § 117 Abs 4 GewO 1994.

257 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 213.

258 Vgl Schah in Deixler-Hübner/Kolba, Handbuch Verbraucherrecht (2015) 364; siehe auch IV.1.1.

5. Haftungsmaßstab im Verhältnis zu „Dritten“, die nicht Auftraggeber des Immobilienmaklers sind

Die bisher dargestellten Grundsätze zur Sachverständigen-Haftung sowie zum Leistungsstandard des Immobilienmaklers beruhen auf der Prämisse, dass zwischen dem Makler und dem zu Beratenden eine Sonderrechtsbeziehung besteht, der Rat bzw. die Auskunft also im Rahmen eines Sonderrechtsverhältnisses gegeben wird.²⁵⁹ Ein solches wird zwar nicht nur durch einen entgeltlichen Vertrag begründet²⁶⁰ - dazu zählen auch Schuldverhältnisse aus vorvertraglichem oder sonstigem geschäftlichen Kontakt ebenso wie öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse²⁶¹ - für die Maklerpraxis ist aber Folgendes festzuhalten: Darf bzw. kann der Immobilienmakler vom Interessenten kein Entgelt verlangen, etwa aufgrund der Vorgaben eines etwaigen „Erstauftraggeberprinzips“, so wird mit diesem in aller Regel auch kein – wie immer geartetes – Schuldverhältnis bestehen (können), das Grundlage für die Informationspflichten sowie die Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 ABGB wäre.²⁶²

Außerhalb eines derartigen Sonderrechtsverhältnisses setzt eine Haftung für eine falsche Auskunft gemäß § 1300 Satz 2 ABGB eine **wissentlich falsche Erteilung von Rat und Auskunft** mit Schädigungsvorsatz voraus.²⁶³ Erteilt der Immobilienmakler also dem Interessenten, der nur noch der „vermittelte Dritte“ und nicht (mehr) sein Auftraggeber ist, falsche Informationen, haftet er somit diesem nur noch nach diesen Grundsätzen.²⁶⁴ Das Verhältnis Immobilienmakler zum Interessenten ist dann mit jenem vergleichbar, das zwischen dem Verwalter einer Eigentümergeinschaft gemäß WEG und dem Kaufinteressenten eines Wohnungseigentumsobjektes besteht: Auch hier haftet der Verwalter dem Interessenten für unzulängliche Informationen im Zusammenhang mit aushaftendem Sanierungsaufwand und vorzuschreibenden (erhöhten) Beitragsleistungen zur Rücklage (nur) nach § 1300 Satz 2 ABGB.²⁶⁵

Der hierfür erforderliche **Schädigungsvorsatz** bedeutet aber, dass der eingetretene Schaden als solcher vom Vorsatz erfasst sein muss, wobei bedingter Vorsatz genügt.²⁶⁶ Eine solche Konstellation

259 Vgl. *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1300 Rz 2.

260 Vgl. OGH 31.8.2010, 4 Ob 137/10s = EvBl 2011/11 = ecolex 2011/120 = RdW 2011/81 = Zak 2010/723.

261 Ris-Justiz RS0026596.

262 Dazu ausführlich siehe II.2.3.2.

263 Vgl. OGH 28.8.2007, 5 Ob 159/07d, MietSlg 59.408 = immolex 2008, 64 (zust. *Kothbauer*) = wobl 2008/8 (zust. *Call*) = JBl 2008, 249.

264 Vgl. *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 204; *Kriegner*, der Immobilienmakler (2007) 229 f.

265 OGH 28.8.2007, 5 Ob 159/07d, MietSlg 59.408 mwN.

266 *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1300 Rz 7 mwN.

wird in der gelebten Maklerpraxis eher realitätsfremd sein: Besteht mit dem Interessenten keine (entgeltliche) Vertragsbeziehung, wird dieser vom Makler in aller Regel überhaupt keine Informationen bekommen, weder richtige noch unvollständige oder falsche. Die Tätigkeit des Maklers wird sich dann nur noch gegenüber seinem (einzigen) Auftraggeber entfalten. Eine wissentliche Erteilung eines nachteiligen Rates dem Nicht-Auftraggeber gegenüber ist überhaupt nur für den – wenig wahrscheinlichen – Fall denkbar, dass der Immobilienmakler diesen zu Gunsten seines einzigen Auftraggebers bewusst schädigen will. Hier schließt sich der Kreis zu den in II.2. angestellten Überlegungen zur Einführung eines Bestellerprinzips. Auch die dargelegten haftungsrechtlichen Konsequenzen eines solchen zeigen, dass dieses hinsichtlich der „Erhaltung“ der dem Kunden gegenüber bestehenden Pflichten genau durchdacht werden sollte.

IV. Wesen und Inhalt der Informationspflichten des Immobilienmaklers

1. Allgemeines

1.1. Rechtsgrundlagen im Überblick

Für die Pflichten des Immobilienmaklers, die dieser auf Basis eines bestehenden Vermittlungsvertrages oder auch im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses²⁶⁷ zu erbringen hat, werden – abhängig vom Gegenstand der jeweiligen Pflicht – verschiedenste Bezeichnungen verwendet, denen jedoch kein klar abgrenzbarer Bedeutungsgehalt zukommt. Am gängigsten sind die Beschreibungen als „**Interessenwahrungs-, Sorgfalts-, Informations-, Aufklärungs-** sowie **Mitteilungspflicht**“.

Die ersten beiden Ausdrücke beziehen sich auf die zentrale Anordnung des § 3 Abs 1 S 1 MaklerG, wonach der Makler die **Interessen** des Auftraggebers redlich und **sorgfältig** zu wahren hat. Diese orientiert sich wiederum an **§ 1009 ABGB**, wonach der Gewalthaber **verpflichtet** ist, das Geschäft **emsig** und redlich zu besorgen. Die davon abweichende Formulierung des MaklerG ist dem Umstand geschuldet, dass den Makler – abgesehen vom Fall des Alleinvermittlungsauftrages sowie einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung – gem § 4 Abs 1 MaklerG **keine Tätigkeitspflicht** trifft,²⁶⁸ weswegen der Begriff „emsig“ mit diesem Grundsatz nicht vereinbar wäre.²⁶⁹ Die Termini „**Informations-** und **Mitteilungspflicht**“ sprechen die Benachrichtigungs- und Aufklärungspflicht des Maklers an, die in § 3 Abs 3 MaklerG verankert sind, wonach Makler und Auftraggeber verpflichtet sind, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben.

Wie *Kriegner* nachvollziehbar ausführt²⁷⁰, wird mit **§ 3 Abs 1 MaklerG** die „**Kardinalsverpflichtung**“ der Interessenwahrung statuiert. Dessen generalklauselartiger Charakter erklärt sich daraus, dass sich die konkrete Ausgestaltung der Pflichten des Immobilienmaklers immer (erst) aus dem jeweiligen zu vermittelnden Geschäft ergibt. Die Umstände, über die zu informieren sind, richten sich stets nach der Interessenlage des jeweiligen Auftraggebers sowie nach

267 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 106 f; *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 3 Rz 2;

Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 4; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 35.

268 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 1. *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 34; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2016) 44; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 58 f; *Fromherz*, MaklerG § 4 Rz 2 ff.

269 IdS auch *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 70.

270 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 71 f.

den Eigenheiten der zu vermittelnden Immobilie, sodass eine allgemein gültige Aufzählung von konkreten (Informations-)Pflichten nicht möglich ist. Die gebotene Flexibilität der Anordnung des § 3 Abs 1 MaklerG bringt jedoch einen starken Auslegungs- und Konkretisierungsbedarf für jeden Einzelfall mit sich, sodass eine **vertragliche** Festsetzung der Pflichten des Immobilienmaklers im Interesse beider Vertragspartner begrüßenswert sein wird. Dies erleichtert auch die Durchsetzung von etwaigen Schadenersatzansprüchen, zumal zentrale Voraussetzung eines solchen die Verletzung einer – möglichst konkret fassbaren – Informations- bzw. Sorgfaltspflicht des Immobilienmaklers ist.²⁷¹

Konkretisierungen auf Ebene des Rechts ergeben sich durch weitere Bestimmungen des **MaklerG**, das **KSchG**, der **IMV**, den **Standesregeln** der WKO sowie nunmehr – seit 1. Juli 2015 – auch durch die Informationspflichten des **FAGG** (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz). Ganz grob können zwei Kategorien von Pflichten des Maklers unterschieden werden: Informationspflichten, die hinsichtlich der **Person des Maklers** bestehen, und solche, die den **Vermittlungsgegenstand, das abzuschließende Hauptgeschäft**, betreffen. Auf beiden Seiten existieren wiederum Pflichten, die Wesen und Eigenschaften des jeweiligen Vertragsgegenstandes zum Inhalt haben und solche, nach denen über Belastungen und Auswirkungen in finanzieller Hinsicht zu informieren ist.²⁷²

Das **MaklerG** statuiert zunächst einige konkrete, auf die Dienstleistung des Immobilienmaklers abstellende, Aufklärungspflichten: Hier sind im Zusammenhang mit der Doppeltätigkeit die Hinweispflichten gem §§ 5 Abs 3 und 17 MaklerG²⁷³ sowie die Aufklärungspflichten bei **familiärem oder wirtschaftlichem Naheverhältnis** gem § 6 Abs 4 MaklerG zu nennen.²⁷⁴

Mit den „**besonderen Aufklärungspflichten** des Immobilienmaklers“ gem § 30b KSchG werden die allgemeinen Pflichten des Maklers gem § 3 MaklerG für Immobiliengeschäfte **konkretisiert**.²⁷⁵ Abs 1 verpflichtet den Makler, seinem Auftraggeber, der Konsument ist, eine **schriftliche Übersicht** auszuhändigen, der Informationen sowohl über den Maklervertrag (Einschreiten als Makler, Höhe der Vermittlungsprovision, allfälliges wirtschaftliches oder familiäres Naheverhältnis

271 Dazu näher siehe V.2.1.1.

272 Vgl dazu auch *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 89.

273 Dazu ausführlich siehe II.1.

274 Vgl *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 39 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82 ff; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 125 ff; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 110 ff; *Fromherz*, MaklerG § 6 Rz 48 ff; *Prader*, Immobilienmakler: Alleinvermittlungsauftrag und Aufklärungspflichten über das wirtschaftliche Naheverhältnis, RdW 2019/14; siehe dazu ausführlich IV.3.

275 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 30b KSchG Rz 1; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 199; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 166; *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht (2015) 364 f.

sowie Tätigwerden als Doppelmakler) als auch über sämtliche dem Verbraucher durch den Abschluss des **vermittelten Geschäfts** voraussichtlich erwachsenden **Kosten** zu entnehmen sind.²⁷⁶ Der Verpflichtung zur Übergabe der schriftlichen Übersicht wird in der Regel durch die Aushändigung von **Merkblättern** nachgekommen, wobei die vom ÖVI herausgegebene „Nebenkosteninformation“ besonders häufig Verwendung findet.²⁷⁷ Zum Erfordernis der Schriftlichkeit hat der OGH klargestellt, dass eine Unterfertigung der schriftlichen Übersicht durch den Konsumenten nicht erforderlich ist.²⁷⁸

§ 30b Abs 2 KSchG hat die Informationspflichten nach Abschluss des Maklervertrages zum Inhalt und nimmt auf das MaklerG Bezug, wenn er bestimmt, dass der Immobilienmakler dem Auftraggeber die nach § 3 Abs 3 MaklerG erforderlichen Nachrichten **schriftlich** mitzuteilen hat. Die Festlegung, dass dazu jedenfalls alle **Umstände** zählen, die für die **Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich** sind, dient der **Klarstellung**, hat aber keinen über den § 3 Abs 3 MaklerG hinausgehenden Bedeutungsgehalt. Aus dieser Bestimmung darf daher auch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, der Immobilienmakler hätte gegenüber Nichtverbrauchern das Recht, geschäftswesentliche Umstände zu verheimlichen.²⁷⁹ Das durch das ZivRÄG 2004 aufgenommene Schriftlichkeitsgebot dient (allein) dem Zweck der **Beweissicherung**, wohingegen der in Abs 1 geforderten Schriftlichkeit auch eine Warnfunktion zukommt.²⁸⁰ Der OGH hat dem entsprechend ausgesprochen, dass eine Verletzung des Schriftformerfordernisses nach Abs 2 nicht zwangsläufig einen Sorgfaltsverstoß bewirkt. Kann der Makler nachweisen, dass er seinen Auftraggeber über bestimmte wesentliche Umstände rechtzeitig aufgeklärt hat, wenn auch nur mündlich, so verringert sich seine Verdienstlichkeit alleine dadurch nicht.²⁸¹

Die **IMV** hat Aufklärungspflichten **betreffend den Vermittlungsvertrag** mit dem Makler zum Inhalt, wenn sie bestimmte Verhaltensweisen im Geschäftsverkehr mit dem Auftraggeber für **standeswidrig** erklärt. So muss gem § 4 Abs 1 Z 2 der Makler auf seine Eigenschaft als

²⁷⁶ Vgl Deixler-Hübner/Kolba, Handbuch Verbraucherrecht (2015) 364 f; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 30b KSchG Rz 5 ff.

²⁷⁷ Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 118 f.

²⁷⁸ OGH 17.3.2014, 2 Ob 190/13z, MietSlg 66.555 = immolex 2014/240 (zust Kothbauer) = RdW 2014/509 = wobl 2014/143; OGH 28.2.2018, 6 Ob 203/17x = AnwBl 2018/132 = ecolex 2018/345 (Melcher) = VbR 2018/52 = Zak 2018/212 = ÖBA 2018/2492.

²⁷⁹ Vgl Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 167 mwN.

²⁸⁰ Vgl Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 30b Rz 15 f; gegenteilig noch Kriegner, der Immobilienmakler (2007) 168 f, die für die Verletzung des Schriftformgebots sowohl nach Abs 1 wie Abs 2 Schadenersatzansprüche als „logische Konsequenz“ sieht.

²⁸¹ OGH 10.11.2011, 2 Ob 142/11p = immolex-LS 2012/10 = wobl 2012/50 (zust Kothbauer); siehe auch IV.2.

Immobilienmakler, auf die Provisionspflicht bei erfolgreicher Vermittlung und auf die Höhe der Provision ausdrücklich hinweisen.²⁸² § 4 Abs 1 Z 3 verpflichtet den Makler, dem Auftraggeber unverzüglich eine **schriftliche Bestätigung über die wesentlichen Vertragsinhalte** zu geben.²⁸³ Schutzzweck dieser Informationspflichten ist es, einen Irrtum über den Maklervertrag bzw. über dessen wesentlichen Inhalt zu vermeiden, wodurch diesen auch **zivilrechtliche Relevanz** zukommt.²⁸⁴

Diese Informationspflichten des KSchG sowie der IMV werden durch die „**Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler**“ der WKO verschiedenen Ergänzungen und Konkretisierungen unterworfen. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass diese Standesregeln – der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art 120b Abs 1 B-VG entsprechend – staatliches materielles Recht lediglich ergänzen, nicht aber abändern dürfen.²⁸⁵ Dem entsprechend wird in der Präambel der Standesregeln auch festgehalten, dass die dort formulierten Standes- und Ausübungsregeln „ergänzend“ zum MaklerG und der IMV 1996 bestehen, die die „Grundlagen“ für die Verhaltensregeln darstellen.²⁸⁶ Sofern die Standesregeln in Widerspruch zu dieser Vorgabe Abweichungen vom materiellen staatlichen Recht enthalten – wie etwa hinsichtlich der Hinweispflicht des Maklers sofort bei erster Kontaktaufnahme (Pkt C/2, siehe sogleich unter 4.1.2.) – kann eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen unterbleiben, zumal insofern von einer Unwirksamkeit des Standesrechtes der WKO ausgegangen werden muss.²⁸⁷

Wesentlich sind nunmehr auch die den Immobilienmakler bei Fern- und Auswärtsgeschäften treffenden Informationspflichten nach dem **FAGG**.²⁸⁸ Diese betreffen ausschließlich Wesen und Inhalt des Maklervertrages, zumal die konkrete, zu vermittelnde Geschäftsgelegenheit zum Zeitpunkt des Abschlusses des Maklervertrages noch nicht bekannt sein muss.²⁸⁹

282 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 172 f.; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 291 f.

283 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 173 f.; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 292.

284 Vgl. *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 114; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 172 f.

285 Dazu näher siehe III.2.5.

286 Vgl. *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 318.

287 Ausführlich dazu *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 310 ff.

288 Zu den sehr diffizilen Fragen der Anwendbarkeit dieses Gesetzes (auch) auf Maklerverträge siehe *Holzapfel*, die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag, *immolex* 2014, 181.

289 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 29.

1.2. Maßgebender Zeitpunkt für die Erfüllung der Informationspflichten

Die Informations- und Mitteilungspflichten hinsichtlich der für den Hauptvertragsabschluss „**erforderlichen Nachrichten**“ iSv § 3 Abs 3 MaklerG und § 30b Abs 2 KSchG betreffen alle jene Tatsachen, die die Entscheidung eines Interessenten für oder gegen ein (konkretes) Objekt beeinflussen können.²⁹⁰ Es liegt daher auf der Hand, dass diese Informationspflichten erst **nach Abschluss des Maklervertrages**, im Rahmen der jeweiligen Vermittlungstätigkeit des Immobilienmaklers schlagend werden können.²⁹¹

Einer näheren Betrachtung hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunktes bedürfen die **vorvertraglichen Aufklärungspflichten** der §§ 4 Abs 1 Z 2 IMV und 30b Abs 1 KSchG: Die **IMV** erklärt ein Verhalten des Immobilienmaklers für **standeswidrig**, wenn er nicht auf seine Maklereigenschaft, auf die grundsätzliche Provisionspflicht sowie auf die Höhe der Provision hinweist, sie macht aber keine Angaben darüber, **wann** diesen Pflichten nachgekommen werden muss. In Entsprechung der Tatsache, dass es sich hierbei um vorvertragliche Pflichten handelt²⁹², bestimmt § 30b Abs 1 KSchG, dass dem Auftraggeber, der Verbraucher ist, **vor Abschluss des Maklervertrages** eine schriftliche Übersicht zu geben ist, der diese Informationen entnommen werden können.²⁹³ Damit in (scheinbarem?) Widerspruch steht allerdings der letzte Satz des § 30b Abs 1 KSchG, wonach die Rechtsfolgen des § 3 Abs 4 MaklerG (Schadenersatz und Anspruch auf Provisionsminderung) erst dann greifen, wenn der Makler diese Pflichten nicht spätestens „**vor einer Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft**“ erfüllt. Wie *Kriegner*²⁹⁴ zutreffend festhält, beinhaltet § 30b Abs 1 KSchG insofern zwei verschiedene zeitliche Vorgaben, die erheblich voneinander abweichen, nämlich die Aufklärung vor Maklervertrags- und vor Hauptgeschäftsabschluss. Nach der überwiegenden Auffassung soll als spätest möglicher Zeitpunkt der Informationserteilung der Letztgenannte maßgeblich sein, sodass die schriftliche Übersicht spätestens vor der Vertragserklärung zum vermittelten Geschäft ausgehändigt werden muss.²⁹⁵ Diese Ansicht wird jedoch im Schrifttum²⁹⁶ mE zu Recht heftig

290 *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 199; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 20 ff; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 86 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2016) Rz 35.

291 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 166.

292 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 172; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 291 f.

293 Die Regierungsvorlage hält fest, dass das „Vorbild“ dieser Regelung der § 4 Abs 1 Z 5 IMV 1978 ist und die Bestimmung die Sorgfaltspflicht des Maklers gem § 3 Abs 1 und 3 MaklerG auch für das vorvertragliche Stadium konkretisieren soll.

294 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 163.

295 *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 91; *Gartner/Karandi*, Maklerrecht³ (2016) § 30b KSchG Rz 13; *Knittl*, RdW 1996, 256; *Assem/Knittl*, Das neue Maklergesetz für den Immobilienmakler (1996) 21.

296 *Gartner/Karandi*, Maklerrecht³ (2016) § 30b KSchG Rz 13, 14; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 165 f.

kritisiert: Die in § 30b Abs 1 KSchG statuierten Informationspflichten sind, wie dargelegt, vorvertraglicher Natur, ihr Schutzzweck kann nur dann sinnvoll verwirklicht werden, wenn der Immobilienmakler bereits bei nicht gehöriger vorvertraglicher Aufklärung mit Sanktionen rechnen muss. Nur die in dieser Bestimmung ebenfalls festgelegte „**Richtigstellungsverpflichtung**“, wonach der Immobilienmakler bei erheblicher Änderung der Verhältnisse die Übersicht entsprechend richtig zu stellen hat, hat spätestens vor Vertragserklärung des Verbrauchers zum vermittelten Hauptgeschäft zu erfolgen. Der ursprünglich gebotenen grundsätzlichen Aufklärung über die in § 30b Abs 1 KSchG normierten Punkte muss, im Gegensatz dazu, bei sonstiger Sanktionsandrohung spätestens bis zum Abschluss des Maklervertrages nachgekommen werden.²⁹⁷

In diesem Zusammenhang müssen auch die „**Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler**“ der WKO berücksichtigt werden, die in Pkt C/2 den Wortlaut des § 4 Abs 1 Z 2 IMV übernehmen, die Hinweispflicht aber dahin gehend „konkretisieren“, dass diese „**sofort bei erster Kontaktaufnahme**“ zu erfolgen hat. Während hier bei Vermittlungsverträgen zwischen Unternehmen noch eine zulässige Konkretisierung einer bundesgesetzlichen Vorschrift (§ 4 IMV) durch eine Satzungsbestimmung des Selbstverwaltungskörpers Fachverband (der Immobilien- und Vermögenstreuhänder) gesehen werden kann (siehe 3.2.5.), ist das Verhältnis zur konsumentenschutzrechtlichen Bestimmung des § 30b Abs 1 KSchG problematisch:²⁹⁸ Auch wenn man – wie oben dargelegt – davon ausgehen muss, dass die dort geforderte schriftliche Übersicht grundsätzlich schon vor Abschluss des Maklervertrages ausgehändigt werden muss, sind die beiden Bestimmungen hinsichtlich des maßgebendes Zeitpunktes nicht miteinander vereinbar: „Sofort bei erster Kontaktaufnahme“ ist etwas anderes als „vor Abschluss des Maklervertrages“. Selbst im Anwendungsbereich des FAGG²⁹⁹ muss die erste Kontaktaufnahme nicht zeitlich unbedingt mit dem Abschluss des Maklervertrages zusammenfallen. Dazwischen kann eine Zeitspanne liegen, innerhalb der der Informationspflicht nach der einen Bestimmungen noch rechtzeitig nachgekommen werden kann, nach der anderen nicht. Insofern kann auch „sofort bei erster Kontaktaufnahme“ nicht als zulässige Konkretisierung von „vor Abschluss des Maklervertrages“ gesehen werden, nur weil das eine zeitlich vor dem anderen stattfindet. Bei Verbrauchergeschäften sprengt diese Bestimmung daher den gesetzlichen Rahmen, den das KSchG vorgibt, weshalb sie – in Entsprechung der zu 3.2.5. gemachten Ausführungen – als verfassungswidrig und deshalb als unwirksam zu qualifizieren sein wird.

297 Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 165.

298 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 329 f.

299 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 115 ff.

1.3. Informationspflichten versus essentialia negotii?

Anzusetzen ist bei der Feststellung, dass die Aufklärung durch den Immobilienmakler selbstverständlich **auch** alle grundsätzlichen Informationen beinhalten muss, die ein nach § 869 ABGB bestimmtes, wirksames Angebot voraussetzt, zumal ein Fehlen dieser Angaben einem rechtswirksamen Vertragsabschluss mangels Bestimmtheit entgegenstehen würde.³⁰⁰

Ein **rechtswirksamer Vertragsabschluss** setzt jedenfalls voraus, dass die darauf abzielenden Erklärungen **hinreichend bestimmt** sind, somit alle wesentlichen Punkte (essentialia negotii) des jeweiligen Vertragstyps enthält³⁰¹. So kommt ein **Mietvertrag** als Konsensualvertrag über die Einigung infolge übereinstimmender Willenserklärung über Mietgegenstand und Entgelt zustande.³⁰² Ebenso genügt zum Zustandekommen eines **Kaufvertrages** grundsätzlich die Einigung über Kaufpreis und Kaufgegenstand. Lehre und Rechtsprechung verlangen hierfür Bestimmtheit oder zumindest **Bestimmbarkeit**.³⁰³ Für die Individualisierbarkeit des Leistungsgegenstandes gibt es hierbei keine Formvorschriften. Ein Grundstück kann beispielsweise durch Bezugnahme auf die Grundbuchsdaten oder auch einen Lageplan bezeichnet werden. Der OGH hat hierzu etwa ausgesprochen, dass das Kaufobjekt jedenfalls hinsichtlich der genauen Lage und dem (genauen) Ausmaß eindeutig bestimmbar sein muss, dass die genaue Form erst anlässlich einer Vermessung festgestellt wird, schadet nicht.³⁰⁴ Ist allerdings das Ausmaß des Grundstückes nur mit einer „Zirka-Angabe“, hier „ca. 1000 m²“ bezeichnet und sonst weder nach der Form (Konfiguration) und dem genauen Ausmaß individualisierbar, so kann auch die zusätzliche Angabe „mit darauf befindlichem Holzhaus“ nicht dazu führen, dass von einem bestimmbaren Kaufobjekt ausgegangen werden kann.³⁰⁵

Der Umstand, dass **Nebenpunkte** nicht besprochen und geregelt wurden, steht der Annahme des Zustandekommen eines Vertrages nicht entgegen. Die fehlenden Punkte sind aus dem Willen der Parteien zu erschließen oder aus dem Gesetz zu ergänzen.³⁰⁶ Waren allerdings einzelne Fragen noch der Vereinbarung vorbehalten, kommt der Vertrag nicht früher zustande, als bis die volle Einigung hierüber erzielt ist. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche

300 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 100.

301 ZB *Bollenberger* in KBB⁵ § 869 Rz 6; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1054 Rz 19 mwN.

302 Vgl. *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 1 Rz 15.

303 Vgl. für den Kaufvertrag dazu *Aicher* in *Rummel*, ABGB § 1054 Rz 8.

304 OGH 7.5.1968, 4 Ob 519/68 = NZ 1968, 93; OGH 27.11.2007, 3 Ob 195/07h, MietSlg 59.123.

305 OGH 12.01.1988, 4 Ob 596/87.

306 *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1054 Rz 4 mwN; OGH 5.7.1981, 1 Ob 630/81 = SZ 54/112.

Bestimmungen handelt. Die Frage, ob trotz nicht geregelter Nebenpunkte (schon) ein rechtswirksames Vertragsverhältnis vorliegt, bedarf einer genauen Prüfung für den jeweiligen Einzelfall. So hat der OGH sogar die Mitteilung der Makler-Mitarbeiterin an den potentiellen Käufer „Mit heutigen Datum wurde ihr Kaufanbot ... über S 10.750.000,- von Herrn Dr. Z. **angenommen**. Um weitere Schritte zu besprechen, ersuchen wir Sie um Kontaktaufnahme“ aufgrund der konkreten Umstände nicht als Annahmeerklärung des Anbots gewertet.³⁰⁷

Von diesen für das **Zustandekommen** eines Vertrages erforderlichen Vertragsinhalten sind jene **Umstände** zu unterscheiden, die für die **Beurteilung** des zu vermittelnden Geschäftes notwendig und **Gegenstand der Immobilienmakler-spezifischen Informationspflicht gemäß § 3 Abs 3 MaklerG iVm § 30b Abs 2 KSchG** sind. Dass eine Verletzung der Informationspflicht über einen wesentlichen Umstand in aller Regel nicht auch eine Unwirksamkeit des vermittelten Vertrages wegen Unbestimmtheit des Vertragsinhalts zur Folge hat, ergibt sich schon alleine aus der Tatsache, dass der an die Verletzung dieser Informationspflicht anknüpfende **Anspruch auf Provisionsminderung**³⁰⁸ die **Rechtswirksamkeit** des vermittelten Vertragsverhältnisses voraussetzt: Für jeden Provisionsanspruch – auch den geminderten – ist unabdingbare Voraussetzung³⁰⁹, dass das dem Vermittlungsauftrag zugrunde liegende Geschäft tatsächlich rechtswirksam zustande gekommen ist.³¹⁰

Diese Tatsache wird in der Diskussion immer wieder negiert. So fordert etwa die Arbeiterkammer (AK) in mehreren, an Immobilienmakler gerichteten Abmahnschreiben³¹¹ betreffend von diesen verwendeter „verbindlicher Mietanbote“ sowie „Kaufanbote“ die Anführung verschiedener konkret bezeichneter Umstände, die allesamt für die **Bestimmtheit** des gegenständlichen Anbots erforderlich seien. Begründet wird dies damit, dass in diesem Sinne „wesentlich“ und damit die „Eckdaten“ des Rechtsgeschäftes alle jene Tatsachen seien, die die Entscheidung eines Interessenten für oder gegen ein Objekt „beeinflussen“ können. Damit wird – wie oben dargelegt –

307 OGH 23.01.2001, 7 Ob 244/00h = bbl 2001/86 mwN: Angesichts der Tatsache, dass die vom Kläger gewünschte Finanzierung ausdrückliche Bedingung und in keiner Weise geklärt war, sei diese Mitteilung nach dem am Empfängerhorizont zu messenden maßgeblichen objektiven Erklärungswert lediglich als die grundsätzliche Bereitschaft, die Liegenschaft zu den vom Kläger genannten Konditionen zu veräußern, zu verstehen.

308 Siehe dazu näher *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 210 ff; *Kriegner*, der Immobilienmakler (2007) 223 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 77; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 34 f.

309 Abgesehen von den möglichen Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolges gemäß § 15 MaklerG.

310 *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 80; *Kriegner*, der Immobilienmakler (2007) 14 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 40; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 1; *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG §§ 6, 7 Rz 1.

311 Die Bundesarbeitskammer (BAK) ist gemäß §§ 28 ff KSchG zur Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern, die im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet werden, im Hinblick auf unzulässige Klauseln und zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen berufen.

fälschlicherweise der Inhalt der maklerspezifischen Informationspflichten zum Bestimmtheits- und damit Gültigkeitserfordernis des zu vermittelnden Geschäftes gemacht. Die Aufklärungs- und Informationspflichten des Immobilienmaklers sind Gegenstand der Maklerdienstleistung, nicht aber notwendiger Weise auch des auf Abschluss des vermittelten Geschäftes gerichteten Anbots. Wenn sich die AK dann noch zur Untermauerung ihrer Forderungen auf § 4 Abs 1 Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz (FAGG) bezieht, übersieht sie, dass dieses auf Verträge über den Erwerb von Eigentum an unbeweglichem Vermögen sowie über Vermietung von Wohnraum – auf den Abschluss solcher Verträge waren die abgemahnten Angebote gerichtet - dem Grunde nach gar nicht anwendbar ist.³¹²

Beizupflichten ist der AK, wenn sie die Höhe der Gesamtmiete sowie Informationen darüber, ob es sich um eine **Pauschalmiete** handelt, zu den Bestimmtheitserfordernissen eines Anbots zählt. Zum **Pauschalmietzins** hat der OGH jüngst festgehalten³¹³, dass ein solcher ausreichend bestimmt ist, zumal die Betriebskosten objektiv bestimmbar sind und damit auch der Mietzins nach Abzug der Betriebskosten. Die Höhe des zu zahlenden Zinses muss aber **nicht unmittelbar (zahlenmäßig) bestimmt** sein. Es genügt, dass der Vertrag hinreichende Anhaltspunkte liefert, die die Höhe des Zinses unter Heranziehung gesetzlicher Auslegungsregelungen nach der Verkehrssitte und dispositiven Gesetzesnormen bestimmten, ohne dass es einer neuerlichen Willenseinigung der Vertragsparteien bedarf und ohne dass die Zinsfestsetzung dem freien Belieben eines Vertragsteiles überlassen bleibt. Die Vereinbarung, „ein zu vereinbarender Mietzins“ sei zu zahlen, reicht hingegen ebenso wenig aus, wie die Vereinbarung „des gesetzlichen Zinses“ im Anwendungsbereich des MRG, zumal das MRG keine fixen Zinsbeträge (mehr) kennt.³¹⁴

Zu den grundsätzlichen Informationen, die für ein nach § 869 ABGB hinreichend bestimmtes Angebot erforderlich sind, gehören jedenfalls auch die **tatsächlichen Eigentumsverhältnisse auf Verkäuferseite**. Der OGH hat dem entsprechend zu **6 Ob 570/95**³¹⁵ ausgesprochen, dass es Pflicht des Immobilienmaklers ist, insbesondere bei bedenklichen Angaben des Abgebers sich Klarheit über die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse am Vermittlungsobjekt zu verschaffen. In gegenständlicher Konstellation schaltete die Maklerin – in Entsprechung der (unzutreffenden) Angaben der Verkäuferin – ein Verkaufsinserat mit dem Wortlaut „Seebungalow, ... GrFl = 500 m²“. Die 500 m² entsprachen jedoch bei weitem nicht der Bodenfläche des

312 § 1 Abs 2 Z 6,7 FAGG.

313 OGH 29.8.2019, 6 Ob 61/19t = immolex 2019/111 (zust *Klein*)

314 OGH 29.8.2019, 6 Ob 61/19t = immolex 2019/111 (zust *Klein*) mwN.

315 OGH 1.6.1995, 6 Ob 570/95 = ecollex 1995, 801 = ImmZ 1995/10 (351).

Seeufergrundstückes, sondern bezogen sich auch auf einen „Seeanteil“, dem jedoch keine reale Grundfläche, sondern nur (ideelle) Miteigentumsanteile an einem See- und Gartengrundstück entsprachen. Da die unzutreffenden Flächenangaben der Maklerin aufgrund ihrer SV-Eigenschaft bei der Besichtigung jedenfalls hätten auffallen müssen, sei zu erwarten gewesen, dass sie sich über die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse durch **Einsicht im Grundbruch** Klarheit verschafft.

Völlig unbestritten ist der Beratungsfehler des Maklers auch im der E OGH 7 Ob 73/16k³¹⁶ zugrunde liegenden SV: Der Erwerber hat hier entgegen seinen Erwartungen und den Angaben des Maklers keine Eigentumswohnung, sondern (lediglich) einen schlichten Miteigentumsanteil an der Liegenschaft erworben.

Nicht zu den essentialia negotii zählt in aller Regel die Angabe einer (der) **Mietdauer**, zumal fehlende Angaben darüber regelmäßig dazu führen werden, dass ein unbefristetes Mietverhältnis vorliegt.³¹⁷ Insofern kann die Feststellung von *Kriegner*, dass die Mietdauer zu den „erforderlichen Grundinformationen“ zählt³¹⁸, nicht in dem Sinne verstanden werden, dass mangels konkreter diesbezüglicher Information bzw. Vereinbarung gar kein Vertrag zustande kommt. Genauso wenig gehören Angaben über die Kautions- und die Vertragserrichtungskosten zu den essentialia negotii. Enthält das Angebot darüber keine Angabe, gilt diesbezüglich auch nichts als vereinbart, was aber auf die Rechtsgültigkeit des Rechtsgeschäfts (Kaufvertrag/Mietvertrag) keinerlei Auswirkung hat.

Im Folgenden soll die **Rsp** hinsichtlich der auf das zu vermittelnde **Geschäft bezogenen Aufklärungs- und Informationspflichten** näher analysiert werden. Welche Nachrichten für die Beurteilung des Immobiliengeschäftes notwendig sind, ist immer im Einzelfall anhand von Zweck und Auslegung des Maklervertrages zu ermitteln.³¹⁹ Es muss sich um wichtige und entscheidungsgegenständliche Umstände für den Auftraggeber handeln, wobei deren Relevanz gegliedert nach der Art des Hauptgeschäftes dargestellt werden:

316 OGH 25.5.2016, 7 Ob 73/16k = MietSlg 68.581 = wobl 2017/50 = RdW 2016/492; zu den Rechtsfolgen dieser E siehe V.2.2.

317 Vgl *Iro/Rassi* in KBB⁵ § 1090 Rz 2.

318 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 100.

319 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 87; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 20 ff; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 213 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 35 f.

2. Informationspflichten zum vermittelten Rechtsgeschäft

2.1. Unbebaute Grundstücke

Zu den „Eckdaten“ unbebauter GS, über die der Auftraggeber gem § 3 Abs 3 MaklerG jedenfalls aufzuklären ist, gehören u.a. die Flächenwidmung, mögliche Bebauung und Bebauungsart, Aufschließungskosten, allfällige Steuerrückstände, Anschlüsse an öffentliche Versorgungsleistungen der Gemeinde sowie gegebene **Zufahrtsmöglichkeiten**.³²⁰

Letzte Eigenschaft war Gegenstand der E **OGH 2 Ob 142/11p**:³²¹ Das Höchstgericht unterscheidet hier zwischen den Informationspflichten des § 30b Abs 1 und Abs 2 KSchG. Die **Zufahrtsproblematik** des gegenständlichen Falls ordnete es nachvollziehbar unter die „erforderlichen Nachrichten“ gem Abs 2 ein. Der Mitarbeiter des beklagten Maklers hatte durch eigene Recherchen erkannt, dass das GS über keine rechtlich gesicherte Zufahrtsmöglichkeit verfügte, er hat diesbezüglich auch von der Verkäuferin Aufklärung verlangt und den Interessenten davon **mündlich** unterrichtet. Er hatte ihn auch darauf aufmerksam gemacht, dass diese Information von der Verkäuferin stammt und überprüft werden sollte. Der Käufer hätte die Liegenschaft auch im Fall eines entsprechenden schriftlichen Vermerks gekauft. Der OGH erachtete unter diesen Umständen das Schriftlichkeitsgebot des § 30b KSchG Abs 2 für nicht entscheidend und bestätigte die Abweisung des Begehrens auf Provisionsminderung aufgrund fehlenden Sorgfaltsverstößes des Maklers.

Besonderes Augenmerk ist bei der Vermarktung von unbebauten Liegenschaften zwecks Errichtung von Bauwerken zu legen. Für den Erwerber steht naturgemäß die Eigenschaft der **Bebaubarkeit** im Vordergrund, sodass der Immobilienmakler diesbezüglich besondere Sorgfalt zu walten hat. Dem entsprechend hat der OGH zu **6 Ob 92/72**³²² ausgesprochen, dass die Maklerin (die damalige Gewerbeberechtigung lautete auf: „Realitäten- und Kreditbüro“) eine Liegenschaft nicht als baureifes Land vermitteln darf, solange sich die Gemeinde zwar nicht gegen eine Bebauung ausgesprochen hat, aber die **Umwidmung** in Bauland durch die Grundverkehrskommission noch **nicht genehmigt** wurde. Der Immobilienmakler hätte den Käufer über den zum maßgebenden Zeitpunkt vorliegenden Stand der Dinge informieren müssen, ohne die Faktenlage zu verfälschen. Eine Einschränkung dieser umfassenden Informationspflicht hinsichtlich der Einzelheiten eines

320 Vgl *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 213; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 99.

321 OGH 10.11.2011, 2 Ob 142/11p = immolex-LS 2012/10 = wobl 2012/50 (zust *Kothbauer*)

322 OGH 27.4.1972, 6 Ob 92/72 = REDOK 4040; zust *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 99.

Bebauungsplanes sowie etwaig vorgeschriebener Baufluchtlinien kann allenfalls dort angebracht sein, wo dem Auftraggeber des Maklers selbst Sachverständigen-Eigenschaft zukommt.³²³

Von einem Beratungsfehler des Immobilienmaklers war auch in der **E 9 Ob 84/15s**³²⁴ auszugehen: Der Käufer erwarb über Vermittlung des Maklers ein Grundstück, das ihm vom Makler als „Baugrund“ angeboten wurde, im Ausmaß von 1.959 m² um den vereinbarten Kaufpreis von € 88.000,-. Das Grundstück war im Grundbuch als "Baufläche (begrünt)" ausgewiesen. Tatsächlich war aber ein außerhalb der Bebauungslinie liegender Grundstücksstreifen von 259 m² als eine Art Pufferzone zum angrenzenden Grund als **Grünland** gewidmet.

Ähnlich gelagert ist der SV der **E 4 Ob 1/17a**³²⁵: Die Käufer erwarben hier über Vermittlung des Immobilienmaklers - ohne dessen entsprechende Aufklärung - ein im **Hochwassergebiet** gelegenes Grundstück. Dies hatte Einschränkungen bei der Bebaubarkeit zur Folge, die Mehrkosten gegenüber dem ursprünglich von den Kl vorgesehenen Hausbau bewirkten. Unstrittig ist hier das Vorliegen eines Beratungsfehlers des Maklers, die Schlussfolgerungen des OGH hinsichtlich der Rechtsfolgen bedürfen einer näheren Betrachtung.³²⁶

Zu **4 Ob 519/93**³²⁷ bestätigte der OGH das Vorliegen eines Beratungsfehlers, hat doch der Immobilienmakler den Interessenten nicht über die mangelnde Eignung des vermittelten GS für die **angestrebte Nutzung** aufgeklärt: Der Käufer erwarb das GS zur **Züchtung von Rennpferden**, tatsächlich war dieses dafür aber ungeeignet, da das Grundwasser verseucht war und sich in unmittelbarer Nachbarschaft eine Schweinezucht befand. Wie *Kriegner* zu dieser Entscheidung zutreffend anmerkt³²⁸, kann von einem Immobilienmakler (zunächst) nicht erwartet werden, dass er über die konkreten Erfordernisse und Voraussetzungen einer Pferdezucht Kenntnis hat. Daher sei diesem anzuraten, den Auftraggeber stets über die jeweiligen konkreten Anforderungen der **angestrebten Nutzung** zu befragen. Nur so kann sich ihm das Erfordernis von (einwandfreiem) Grundwasser als unabdingbare Voraussetzung für die Züchtung von Rennpferden erschließen.

323 OGH 4.4.2006, 5 Ob 67/06y, MietSlg 58.490 = immolex 2006/103 = RdW 2006/641; dazu näher siehe III.4.

324 OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449 = EvBl-LS 2016/101 (zust *Rohrer*) = bbl 2016/155 = wobl 2017/25, 56.

325 OGH 24.1.2017, 4 Ob 1/17a, MietSlg 69.187 = immolex 2017/34 (zust *Prader*) = ecolx 2017/171 (zust *Wilhelm*) = MietSlg 69.187 = RdW 2017/342 = bbl 2017/106.

326 Siehe V.4.

327 OGH 13.7.1993, 4 Ob 519/93 = HS 25.329.

328 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 99.

Im der **E 4 Ob 135/01h**³²⁹ zugrunde liegenden SV suchte der beklagte Käufer ein GS zum Betrieb einer kleinen Landwirtschaft, auf dem er auch seinen Hauptwohnsitz begründen wollte. Bei der Besichtigung des kaufgegenständlichen GS wurde u.a. über die „Klimasituation“ gesprochen, wobei auch die **Sonneneinstrahlung** Thema war. Dabei wurde dem Käufer von einer Mitarbeiterin der Maklerin mitgeteilt, dass „diese im Winter am Nachmittag nicht ideal“ sei. Tatsächlich war das GS jedoch während mehrerer Wochen im Winter völlig im Schatten, „Sonneneinstrahlung“ fand während dieser Zeit überhaupt keine statt. Der OGH hielt zunächst unter Verweis auf die hL³³⁰ fest, dass in gegenständlicher Konstellation § 30b KSchG nicht anzuwenden ist, zumal das Geschäft teils zur privaten, teils zur unternehmerischen Sphäre gehört. Es ist daher zur Gänze als Unternehmensgeschäft zu werten. Für die Beurteilung der Beratungspflicht des Maklers mache dies jedoch keinen Unterschied, zumal diese schon aus § 3 Abs 3 MaklerG folge und daher nicht nur im Verbrauchergeschäft gilt. **§ 30b Abs 2 KSchG** dient lediglich der **Konkretisierung** dieser Beratungspflichten.³³¹

Da im gegenständlichen SV die Sonneneinstrahlung Thema bei der Besichtigung war, kommt es nicht mehr darauf an, ob die Maklerin den Käufer von sich aus über die völlig fehlende Sonneneinstrahlung in den Wintermonaten hätte unterrichten müssen. Maßgebend ist allein, dass sie ihm durch ihre Mitarbeiterin eine Information erteilt hat, die aufgrund ihrer Unvollständigkeit dann missverständlich war, wenn, wie der Käufer behauptet, die Liegenschaft im Winter tatsächlich mehrere Wochen im Schatten liegt. Die von der Mitarbeiterin getroffene Aussage, die Sonneneinstrahlung sei „im Winter am Nachmittag nicht ideal“, lässt annehmen, dass die Sonne zwar früher untergeht, ihre Strahlen aber am Vormittag die Liegenschaft erreichen. Dem entsprechend sprach der OGH nachvollziehbar aus, dass das völlige Fehlen jeder Sonneneinstrahlung während mehrerer Wochen im Winter als ein erheblicher Nachteil zu qualifizieren ist. Durch die falsche Information über die Sonneneinstrahlung wird daher eine wesentliche Pflicht der Immobilienmaklerin verletzt. Sie hätte sich entsprechend informieren oder den Käufer darauf hinweisen müssen, dass ihre Aussage nur eine Vermutung war.

Zur Frage, ob und inwieweit der Immobilienmakler dazu verpflichtet ist, den Auftraggeber hinsichtlich der **Angemessenheit** des ins Auge gefassten **Kaufpreises** zu unterrichten, ist auf die schon unter II.1. im Zusammenhang mit der Doppelmaklertätigkeit wiedergegebene hM zu verweisen, wonach der Makler hiezu – abgesehen von einem expliziten Auftrag oder auffälligen

329 OGH 12.06.2001, 4 Ob 135/01h = immolex 2002/21 = MietSlg 53.239.

330 *Krejci in Rummel*, ABGB², § 1 KSchG Rz 25 mwN.

331 Siehe IV.1.1.

Preisdifferenzen – nicht generell verpflichtet ist.³³² Von einem Beratungsfehler aufgrund einer solchen „**auffälligen**“ Preisdifferenz zwischen dem vom Makler bezifferten Wert einer Liegenschaft und dem tatsächlichen Verkehrswert ist der OGH im der E 7 Ob 157/09b³³³ zugrunde liegenden SV ausgegangen: Der klagende Makler wurde von der beklagten Eigentümerin eines GS mit dem Verkauf desselben beauftragt. Diese teilte dem Makler mit, dass sie die Liegenschaft „so teuer wie möglich“ verkaufen wolle, worauf sie der Makler darüber unterrichtete, dass (lediglich) ein Kaufpreis von € 350.000,- zu erzielen sei. Nur deshalb hatte die Beklagte ein konkretes Kaufanbot über € 340.000,- angenommen. Tatsächlich betrug der Marktwert (Verkehrswert) allerdings € 402.000,- und waren Preise von € 341.700,- bis € 462.300,- festgestelltermäßen die äußerste Grenze dessen, was noch als angemessener Preis angesehen werden konnte. Weil der Käufer unter diesen Umständen nicht auf der Zuhaltung des Kaufvertrags bestand, konnte die Auftraggeberin die Liegenschaft schließlich um € 460.000,- an einen Nachbarn (nochmals) veräußern. Der OGH hielt nachvollziehbar fest, dass der Grund für die Nichtausführung des ursprünglich vermittelten Kaufvertrags iSv § 7 Abs 2 MaklerG letztlich die unrichtige Information des Maklers über den Wert der Liegenschaft war, wodurch der Provisionsanspruch entfiel.

2.2. Bebaute Grundstücke

2.2.1. Erforderliche Bewilligungen

Zu den maßgebenden Umständen, über die beim Kauf eines bebauten Grundstückes vom Immobilienmakler aufzuklären ist, gehören jedenfalls das Vorhandensein einer **baubehördlichen Bewilligung** sowie entsprechender **Benutzungsbewilligungen** bzw. **Fertigstellungsanzeigen**.³³⁴

Besonders anschaulich vermittelt dies der sog. „**Hühnerstallfall**“, 4 Ob 8/02h³³⁵: Die gegenständliche Liegenschaft wurde von der Maklerin als „Baugrund mit drei Wohnhäusern“ im Schaufenster angeboten. Sie gab an, dass zwei Wohnhäuser kurzfristig bezugsfertig seien und das dritte noch für drei Jahre vermietet sei. In der Folge wurden den späteren Käufern zwei Gebäude, nicht jedoch das vermietete Haus gezeigt. Die Objekte machten einen gepflegten Eindruck, sodass

332 Vgl zB Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 30b Rz 34.

333 OGH 2.9.2009, 7 Ob 157/09b = immolex 2010/79 (zust Limberg) = ecolex 2009/412 = MietSlg 61.550 = wobl 2011/73 (zust Kothbauer) = RdW 2010/31.

334 Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 214; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 23; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 98 mwN; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 35; Lassingl, Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers über das Vorliegen baubehördlicher Bewilligungen, immolex 2019, 361.

335 OGH 28.05.2002, 4 Ob 8/02h = immolex 2003/30 = MietSlg 54.545 = wobl 2002/289 = RdW 2003/15 = ÖJZ 2002/168 = bbl 2002/142.

die Mitarbeiterin der Maklerin nicht am Vorhandensein entsprechender Bewilligungen zweifelte. Der Verkäufer, der zuvor auf der Liegenschaft wohnte, übergab der Maklerin verschiedene Unterlagen, darunter alte Baupläne und eine Bescheinigung einer Kanaldichtheitsprobe. Tatsächlich war eines der Gebäude lediglich als „Hühnerstall“ baubewilligt, was jedoch dem Verkäufer nicht bekannt war. Nach Abschluss des Kaufvertrages wollten die Käufer einen Zubau errichten. Im Zuge des Kontaktes mit dem Bauamt stellte sich heraus, dass gegenüber der seinerzeitigen Baubewilligung der Bauordnung nicht entsprechende Veränderungen vorgenommen worden waren. In der Niederschrift wurde festgehalten, dass für die – bisherigen – konsenslosen Baumaßnahmen sowie hinsichtlich des Hühnerstalls um nachträgliche Baubewilligung anzusuchen ist und die entsprechenden Befunde beizubringen sind. Fest steht, dass die beklagte Maklerin den Käufer niemals über die fehlenden baubehördlichen Bewilligungen – als einen wesentlichen Umstand für das zu vermittelnde Geschäft – informierte.

Der OGH hielt dazu nachvollziehbar fest, dass der Immobilienmakler – allenfalls nach Einholung entsprechender Erkundigungen – auf das Vorhandensein oder Fehlen von **für die angestrebte Nutzung erforderlichen Genehmigungen** in Ansehung des Objektes oder wenigstens auf bestehende **Unklarheiten** hinweisen muss. Im vorliegenden Fall hätte die Maklerin daher zumindest mitteilen müssen, dass sie nicht feststellen kann, dass die entsprechenden Genehmigungen tatsächlich vorliegen. Verbraucher, denen Objekte von Immobilienmaklern angeboten werden, werden regelmäßig erwarten, dass der Nutzung der Gebäude zu Wohnzwecken keine rechtlichen, möglicherweise gar nicht behebbaren Hindernisse entgegenstehen, die erforderlichen baubehördlichen Bewilligungen also vorliegen. Davon hat der Immobilienmakler auszugehen, sofern der Interessent Gegenteiliges nicht zu erkennen gibt. Der OGH hält weiters fest, dass aus der Rsp, wonach der Makler **Informationen weitergeben** darf und zu Nachforschungen über deren Wahrheitsgehalt nicht verpflichtet ist, wenn für ihn keine Veranlassung besteht, an deren Richtigkeit zu zweifeln,³³⁶ im gegenständlichen Fall für die Maklerin nichts zu gewinnen ist: Der Auftraggeber stellte ja **keine** Informationen über Bau- und Benutzungsbewilligungen zur Verfügung. Zum Wissen eines Immobilienmaklers gehört es zweifellos, dass die Baubehörde derartige Bewilligungen mit Bescheid erteilt. **Erkundigungen** mussten sich deshalb aufdrängen. Nächstliegend wäre es daher gewesen, den Verkäufer nach entsprechenden Bescheiden zu fragen und sich diese vorlegen zu lassen. War er dazu nicht im Stande, hätte die Beklagte den Käufer auf diesen Umstand hinweisen können und müssen. Die Immobilienmaklerin hätte aufgrund ihrer SV-

336 Siehe III.3.

Eigenschaft erkennen müssen, dass aus dem Bauakt nicht hervorgeht, dass für jedes der drei Gebäude eine entsprechende Bewilligung vorlag, die die Nutzung zu Wohnzwecken gestattet.

An diesen Grundsätzen orientiert sich etwa auch das Urteil des **BG Hernals, 8.5.2007, 8 C 1667/06i**³³⁷: Der beklagte Immobilienmakler hat im gegenständlichen SV das Objekt als „**Schmuckstück** in einem Tipp-Topp-Zustand“ dargestellt. Dem klagenden Käufer gegenüber tätigte er die Aussage, er kenne das Objekt, der Kläger würde nichts finden, „selbst wenn Sie nach Flöhen suchen würden“. Tatsächlich stellten sich aber nach dem Erwerb schwere bauliche Mängel heraus, die Terrasse senkte sich ab, weiters resultierten aus fehlenden Dampfsperren massive Feuchtigkeitsschäden. Festgestellt wurde, dass diese Schäden zum Zeitpunkt der Besichtigung sowohl für den Käufer als auch für den beklagten Makler nicht erkennbar waren. Der Käufer wurde auch nicht vom Umstand informiert, dass das Objekt über **keine Benutzungsbewilligung** verfügte und die Fertigstellungsanzeige von der Baubehörde wegen fehlender Befunde zurückgewiesen worden ist. Dies war auch dem beklagten Immobilienmakler nicht bekannt.

Das BG hielt dazu nachvollziehbar fest, dass der Immobilienmakler mit gegenständlicher Darstellung und der getroffenen Aussage den **Eindruck** erweckt hat, er habe den **Wahrheitsgehalt ihm zugegangener Informationen überprüft**. Er weckte damit das Vertrauen, er könne aufgrund seiner Sachkenntnis³³⁸ die Mangelfreiheit des Objektes garantieren. In einem solchen Fall haftet der Makler, wenn sich in der Folge die Information als unrichtig erweist, auch wenn er selbst von der Mangelhaftigkeit nichts gewusst hat. Das BG äußerte dazu die Ansicht, der Makler hätte ohne weiteres herausfinden können, dass keine Fertigstellungsanzeige vorliegt. Er hätte dazu aber Erkundigungen durchführen müssen.

Kein Vorwurf konnte dem Immobilienmakler hingegen in dem der **E 10 Ob 502/94**³³⁹ zugrunde liegenden SV gemacht werden. Das Gebäude, das sich auf dem von ihm vermittelten GS befand, wies eine nach dem damaligen in Geltung stehenden § 15a der Innsbrucker Bauordnung **jederzeit widerrufbare Baubewilligung** auf, was jedoch vom Makler in keiner Hinsicht thematisiert wurde. Die Innsbrucker Bauordnung wurde durch die nunmehr geltende Tiroler Bauordnung (TBO) außer Kraft gesetzt. Nach geltendem Recht wäre die Erteilung einer widerruflichen Baubewilligung für ein gemauertes Wohnhaus, wie das hier gegenständliche, nicht mehr zulässig. Der OGH bestätigte die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der Makler davon ausgehen durfte, dass in Anbetracht

337 Vgl. Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 233.

338 Dazu ausführlich siehe III.1.

339 OGH 19.12.1994, 10 Ob 502/94 = ecolex 1995, 254 = KRES 5/137; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 98.

der lange zurückliegenden Errichtung des Hauses eine unwiderrufliche Baubewilligung vorliege. Dies umso mehr, als nach der im Zeitpunkt des Verkaufes geltenden Rechtslage eine solche widerrufliche Baubewilligung gar nicht zu erteilen gewesen wäre. Auch sei aufgrund dieser Umstände der Makler in Wahrnehmung seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht nicht zur Nachfrage bei der Baubehörde oder zu sonstigen Nachforschungen verpflichtet gewesen.

Auf dieser Judikaturlinie liegt auch die relativ aktuelle E **9 Ob 96/18k**³⁴⁰: Der Makler war mit der Vermittlung eines **Hotels** betraut und erhielt von der Verkäuferin die Information, dass die **Baugenehmigungen „passen“** würden. Die Verkäuferin legte zur Untermauerung dieser Behauptung jedoch keinerlei Unterlagen vor. Tatsächlich handelte es sich jedoch beim 3. Stock des Hotelgebäudes, der 1965 nachträglich errichtet wurde, um einen Schwarzbau. Der OGH hielt dazu fest, dass der Makler angesichts des bereits seit Jahrzehnten bestehenden Hotelbaus nicht damit rechnen musste, dass es sich dabei – zum Teil – um einen Schwarzbau handelte, zumal der 3. Stock auch optisch nicht als Neu- bzw. Anbau hervorstach. Die Tatsache, dass die Verkäuferin keinerlei Baupläne aushändigte, musste beim Makler daher auch nicht zwingend Zweifel an der bestehenden Baubewilligung auslösen, könne deren Fehlen insbesondere bei älteren Gebäuden doch schlicht in einem Verlust begründet sein.

Der OGH verwies in seiner Begründung weiters darauf, dass der gegenständliche SV nicht mit jenem vergleichbar ist, der der **E 4 Ob 8/02 h** („Hühnerstallfall“ - siehe oben) zugrunde liegt. Dort hatte der Verkäufer der Maklerin überhaupt **keine Informationen** hinsichtlich des Vorhandenseins der Bau- bzw. Benutzungsbewilligungen erteilt. Die Berufung der Maklerin auf die Rsp, wonach ein Makler eine Information weitergeben darf und zu Nachforschungen über deren Wahrheit nicht verpflichtet ist,³⁴¹ wenn für ihn keine Veranlassung besteht, an der Richtigkeit der Information zu zweifeln, war im gegenständlichen Fall daher nicht möglich. Im hier zu beurteilenden Fall **erklärte die Verkäuferin ausdrücklich** auf eine diesbezügliche Frage der Maklerin, dass die Baugenehmigungen passen würden.

340 OGH 24.1.2019, 9 Ob 96/18k = immolex-LS 2019/27 = Die Presse 2019/17/02.

341 Dazu näher siehe III.3.

2.2.2. Angaben zur Beheizbarkeit

Zu den wesentlichen Umständen, über die beim Hauskauf jedenfalls zu informieren ist, gehörten auch vor der durch das EAVG³⁴² eingeführten Verpflichtung zur Übergabe eines Energieausweises³⁴³ **Angaben über die Beheizbarkeit und den Zustand der Heizanlage** des Objektes.³⁴⁴ Dem entsprechend hat der OGH zu **4 Ob 242/01v**³⁴⁵ nachvollziehbar ausgesprochen, dass die (infolge Unvollständigkeit) unrichtige Angabe des klagenden Maklers, die Heizanlage sei bereits erneuert worden, obwohl zwar der Allesbrenner neuwertig war und bis auf drei alle Radiatoren sowie Teile der Heizleitungen erneuert waren, der Gaskessel jedoch schon 17 Jahre alt und nicht erneuert worden war, einen Verstoß gegen die Verpflichtung des Maklers, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, darstellt. Ebenso nachvollziehbar bekräftigte der OGH das Vorliegen eines Beratungsfehlers zu **5 Ob 43/02p**³⁴⁶, wo der Immobilienmakler die gute Beheizbarkeit der Wohnung sogar wider besseren Wissens zugesichert hatte, um den Geschäftsabschluss voranzutreiben. Der Nachteil der schlechten Beheizbarkeit wog umso schwerer, als die zugesagte gute Beheizbarkeit der Wohnung den Kaufentschluss der Käufer (wegen deren zwei Kleinkindern) wesentlich beeinflusst hat.

In diesem Zusammenhang ist auch die **E 1 Ob 75/18p**³⁴⁷ zu erwähnen, wonach der Makler die ihm obliegenden Informationspflichten verletzt, wenn er **unrichtige** oder **unvollständige Angaben zur Höhe der Heizkosten** (hier einer zu vermittelnden Wohnung) macht. Diese wesentlichen Aussagen dieser Entscheidung betreffen jedoch die Abgrenzung zwischen Vertrauens- und Nichterfüllungsschaden.³⁴⁸

2.2.3. Zinshäuser

Zu **1 Ob 193/97g**³⁴⁹ hat der OGH ausgesprochen, dass es zu den Pflichten des Immobilienmaklers gehört, dass er sich – insbesondere bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte – Klarheit über die **tatsächlichen Mietverhältnisse im Vermittlungsobjekt** verschafft. In gegenständlicher

342 Energieausweis-Vorlage Gesetz, BGBl I 2012/27.

343 Vgl. Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 214.

344 Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 96.

345 OGH 17.12.2001, 4 Ob 242/01v = MietSlg 53.216.

346 OGH 23.4.2002, 5 Ob 43/02p = ecolex 2002/278 = immolex 2003/31 = MietSlg 54.173 = KRES 9/79b; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 96 f.

347 OGH 25.5.2018, 1 Ob 75/18p = EvBl-LS 2018/149 (zust. Weixelbraun-Mohr) = immolex 2018/103 (zust. Richter) = ecolex 2018/469 = RdW 2018/528.

348 Dazu näher siehe V.2.2.

349 OGH 15.12.1997, 1 Ob 193/97g = ecolex 1998/467 = NZ 1999, 84 = HS 28.402.

Konstellation hatte der Makler für die „Ausmietung“ der beiden ihm bekannten Mieter schon einen Abschlag von – damals - öS 800.000,- vom Kaufpreis kalkuliert. Bei der Besichtigung war evident, dass der Vater einer Mieterin ein Kellerabteil im Ausmaß von 25 m² bewohnte. Daraus hätte der Makler Anhaltspunkte für das weitere bestehende Mietverhältnis gewinnen können, das auch einen weiteren Abschlag vom Kaufpreis gerechtfertigt hätte. Durch zielführende Nachforschungen hätte er jedenfalls vom Bestehen des relevanten dritten Mietverhältnisses Kenntnis erlangen müssen.

2.2.4. Lastenfreistellung bzw. Liegenschaftsbelastung

Zu **1 Ob 609/85**³⁵⁰ hat der OGH ausgesprochen, dass sich der Immobilienmakler auf die bloße Zusicherung, die bücherlich sichergestellten Forderungen haften nicht mehr voll aus, nicht verlassen darf. Wenn er den Käufer einer Liegenschaft bei der finanziellen Abwicklung berät, muss er auch darauf Bedacht nehmen, dass sich der Lastenstand bis zu Verbücherung des Eigentums des Käufers erhöhen kann. Der dem **Erwerber** der Liegenschaft erteilte Rat, einen Teil des Kaufpreises an die Verkäufer zu bezahlen, widerspricht daher dem Sorgfaltsmaßstab des Immobilienreuhänders, wenn die Liegenschaft belastet und die Verwendung der Vorauszahlung zur Lastenfreistellung nicht sichergestellt ist.

Umgekehrt hat der OGH zu **8 Ob 517/95**³⁵¹ judiziert, dass es zu den, dem **Verkäufer** gegenüber bestehenden, Sorgfaltspflichten des Immobilienmakler gehört zu ermitteln, ob die intendierte Lastenfreistellung der Liegenschaft mit dem vereinbarten Kaufpreis überhaupt möglich ist. In gegenständlicher Konstellation hätte eine einfache Einsicht in das **Grundbuch** ergeben, dass die Liegenschaft mit Pfandrechten in einem Höchstbetrag von öS 2.760.000,- belastet war. Da der Verkaufserlös nur S 2.390.000,- betragen sollte und die Maklerin überdies wusste, dass die Verkäuferin aus dem Erlös noch S 400.000,- an ihren geschiedenen Mann für die Räumung des Hauses zahlen musste, hätte sie die Verkäuferin jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass ein lastenfreier Verkauf aus den Mitteln des Verkaufserlöses unwahrscheinlich ist.

350 OGH 27.11.1985, 1 Ob 609/85 = REDOK 117; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 104.

351 OGH 29.6.1995, 8 Ob 517/95 = ecolex 1995, 799 = NZ 1997, 118.

2.2.5. Spätere Richtigstellung falscher Angaben

Dass der Immobilienmakler die Chance hat, zunächst unrichtige Angaben durch **spätere Richtigstellungen** auszumerzen, bestätigte die E des **OLG Wien 14 R 44/08f**³⁵². Der SV hat die – schon unter III.3. näher dargestellte – Problematik der **Angabe des Alters von Gebäuden** zum Inhalt. Die Immobilienmaklerin gab das Alter des zu vermittelnden Hauses auf der Internetseite, in einem Bestätigungsschreiben sowie in einem vorformulierten Anbot falsch mit 1980 an. Tatsächlich wurde das Haus in mehreren Bauphasen zwischen 1960 und 1984 errichtet. Dem Käufer wurde in der Folge gemeinsam mit dem Exposé ein Schätzgutachten per e-mail übermittelt, dem die richtigen Daten zu entnehmen waren. Der Käufer hatte jedoch das Gutachten nicht gelesen. Anlässlich der zweiten Besichtigung übergab ihm die klagende Immobilienmaklerin neuerlich das Gutachten, in dem nunmehr das Jahr 1965 als Errichtungsdatum vermerkt war. Über die Frage des Käufers, ob das Baujahr 1980 stimme, verwies ihn die Maklerin auf das Gutachten. Das OLG führte dazu nachvollziehbar aus, dass durch die Übergabe des Gutachtens und den Verweis darauf der beklagte Käufer erkennen hätte können, dass ein Teil des Gebäudes vor 1980 errichtet worden war. Damit wurde er über diesen Umstand ausreichend aufgeklärt, sein Irrtum resultierte somit nicht aus dem Unterbleiben einer notwendigen Aufklärung.

2.3. Eigentumswohnung

2.3.1. Nutzbarkeit

Auch bei Vermittlung einer Eigentumswohnung gehört das etwaige **Fehlen einer Bau- oder Benützungsbewilligung** zu den maßgebenden Umständen, über die vom Makler zu informieren ist.³⁵³ Dem entspricht etwa das Urteil des LG Eisenstadt, 27.1.2004, **3 Cg 129/03t**³⁵⁴: Im zugrunde liegendem SV hat die Immobilienmaklerin dem Beklagten den Kauf einer Luxus-Eigentumswohnung (Dachbodenausbau im ersten Wiener Gemeindebezirk) vermittelt. Die Maklerin hatte für die Verkäuferin bereits seit mehreren Jahren Objekte vermittelt und hatte daher keine Bedenken hinsichtlich des Baukonsenses der Wohnung, die überdies bereits davor einmal verkauft worden war und nach Rückabwicklung neuerlich zum Verkauf stand. Tatsächlich erfuhr der Käufer, nachdem er Reklamationen u.a. auch aufgrund einer störend lauten Klimaanlage geltend machte, dass der **gesamte Dachbodenausbau nicht dem Baubescheid** entspricht und die davon

352 OLG Wien 14.04.2008, 14 R 44/08f; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 234.

353 Vgl. *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 214.

354 ImmZ 2005/13/221.

abweichende Verbauung von Lichthöfen seitens der EG nicht genehmigt wurde. Völlig nachvollziehbar hielt das BG hier fest, dass die Maklerin ihre Informationspflicht schuldhaft verletzt hat, Erkundigungen über das Vorhandensein der entsprechenden Bewilligungen wären ihr möglich und auch zumutbar gewesen.

Entscheidungsgegenständlich beim Kauf von Eigentumswohnungen ist vielfach auch die Frage einer möglichen „**Gartenmitbenützung**“: Eine entsprechende Zusage macht den Immobilienmakler gem § 3 Abs 3 und 4 MaklerG verantwortlich, wenn sich diese letztlich als unrichtig herausstellt. Dem entsprechend urteilte das HG Wien³⁵⁵, dass sich der Makler nicht dadurch seiner Verantwortung entziehen konnte, dass er sich nur um eine Gartenmitbenützung bemüht hatte, die aber letztlich von den Miteigentümern der Liegenschaft abgelehnt wurde. Der Immobilienmakler hätte entsprechend seiner Benachrichtigungspflicht darauf hinweisen müssen, dass eine Mitbenützung zwar in Aussicht steht, aber keinesfalls definitiv gesichert ist.

2.3.2. Objektbeschreibung

Der Immobilienmakler muss grundsätzlich darüber informieren, welche **Ausstattung** das zu vermittelnde Objekt aufweist und in welchem Zustand es sich befindet.³⁵⁶ Besonderes Augenmerk muss auf den, von zahlreichen Bauträgern wie Maklern verwendeten Begriff „**schlüsselfertig**“ gelegt werden: In dem der **E 9 Ob 12/12y**³⁵⁷ zugrunde liegenden SV wurde anlässlich des (letzten) Besichtigungstermins mit dem Interessenten ein verbindliches Kaufanbot mit dem Vermerk „schlüsselfertig“ unterfertigt. Eine Verpflichtung des Käufers zur anteiligen Tragung von Anschlusskosten war darin nicht enthalten. Auf Anordnung der Verkäuferin nahm der Vertragserrichter in den zweiten Vertragsentwurf eine Klausel auf, wonach die **Anschlussgebühren** anteilig vom dann beklagten Käufer zu tragen seien. Weil sein Vertrauen in die Verkäuferin nachhaltig erschüttert war, trat der Beklagte ohne weitere Bereitschaft, über die Änderung des Vertragsentwurfs zu verhandeln, vom Vertrag zurück. Der OGH bestätigte dazu die Ansicht des Berufungsgerichtes, wonach der Käufer nach dem „allgemeinen Sprachsinn“ davon ausgehen durfte, dass die als „schlüsselfertig“ bezeichnete Wohnung völlig fertiggestellt und bezugsbereit ist, und ihn neben dem Kaufpreis keine weiteren Kosten treffen würden. Da der Makler über die solche nicht aufgeklärt hatte, hat er seine Aufklärungspflicht schuldhaft verletzt.

355 HG Wien, 3.7.2000, 1 R 138/00s = KRES 10/127, *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 97.

356 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 96; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 213 ff; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 21; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 97.

357 OGH 30.4.2012, 9 Ob 12/12y, MietSlg 63.535 = wobl 213/42 (zust *Kothbauer*).

Eine Verletzung der Aufklärungspflicht des Immobilienmaklers stellte das HG Wien auch zu **1 R 365/00y**³⁵⁸ fest: Der Interessent wollte über Vermittlung des Maklers eine Eigentumswohnung erwerben und unterfertigte darüber auch ein Kaufanbot. Nachträglich stellte sich jedoch heraus, dass zu der gezeigten Wohnung noch **ein weiterer Raum mitparifiziert** war, was dann dem Käufer auch vom Makler telefonisch mitgeteilt wurde. Dieser war jedoch am Erwerb der Wohnung in geänderter Form nicht mehr interessiert. Das HG äußerte die Ansicht, dass die Pflicht des Maklers, Erkundigungen über Eigentumsverhältnisse auf Verkäuferseite einzuholen, sich **nicht darauf beschränkt**, in das **Grundbuch** und die Urkundensammlung Einsicht zu nehmen, sondern auch die Einholung sonstiger Erklärungen umfasst. Auch in diesem Zusammenhang muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass diese Nachforschungspflicht („Einholung sonstiger Erklärungen“) nicht sämtliche juristische Dimensionen einer (Falsch-)Parifizierung bzw. Nutzwertänderung gem § 9 WEG, sondern lediglich das Aufzeigen der grundsätzlichen Problemlagen umfassen kann.³⁵⁹ Der OGH hat wiederholt ausgesprochen, dass eine Aufklärungspflicht, die einer anwaltschaftlichen Beratungstätigkeit gleichkommt, den Immobilienmakler nicht trifft.³⁶⁰

Der E 5 **Ob 125/19x**³⁶¹ liegt folgender SV zugrunde: Die Beklagte ist Immobilienmaklerin und Mitgesellschafterin einer GmbH, die sich mit dem Ankauf, der Sanierung und dem gewinnbringenden Weiterverkauf von Wohnungen beschäftigt. Sie stellte der Eigentümerin des später von den Klägern erworbenen Objekts, mit der sie sich angefreundet hatte, die finanziellen Mittel zur Fertigstellung von Sanierungsarbeiten zur Verfügung und **vermittelte dieser ein Projektentwicklungsunternehmen als Generalunternehmerin**. Da der Geschäftsführer des Projektentwicklungsunternehmens selbst nicht über die gewerberechtlichen Voraussetzungen für das Führen eines Bauunternehmens verfügte, bestellte er im Zeitraum vom 15. 10. 2013 bis 28. 4. 2015 einen gewerberechtlichen Geschäftsführer. Tatsächlich war der gewerberechtliche Geschäftsführer in die Abwicklung der Sanierungsarbeiten nicht involviert und hatte das Haus auch nicht besichtigt. Der Beklagten war ebenso wie dem Geschäftsführer des Projektentwicklungsunternehmens bekannt, dass **im Technikraum des Hauses eine feuchte Stelle vorhanden** war, die trotz Sanierungsversuch neuerlich auftrat. Beide unternahmen nichts, um die Gründe für die wiederkehrende Feuchte festzustellen.

358 HG Wien, 3.10.2000, 1 R 365/00y = KRES 10/132.

359 Dazu näher siehe III.2.2.

360 IdS auch *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 101; siehe auch III.3.

361 OGH 24.9.2019, 5 Ob 125/19x, immolex-LS 2019/68, Die Presse 2019/42/01, „Komplett saniertes“ Haus grob mangelhaft: Maklerprovision retour (*Kommenda*); Der Standard 2019/44/02, Immobilienmakler haftet für Fehlinformation.

Die Beklagte erstellte ein **Exposé**, in dem das Haus als „**komplett saniert und der Dachausbau neu errichtet**“ beschrieben und festgehalten wurde, dass bis auf die Außenmauern alles abgetragen wurde, Zwischenwände abgebaut worden und sämtliche Installationen neu verlegt sind und das Haus aufgestockt ist. Bei der Besichtigung wurden den Käufern diese Angaben auch mündlich bestätigt. Nach Abschluss des Kaufvertrages und Übergabe stellten die Käufer jedoch **erhebliche Mängel** fest und machten eine Mäßigung der von ihnen bezahlten Provision geltend.

Der OGH betonte, dass der Immobilienmakler **keine Informationen erteilen und Zusagen tätigen darf, die seinen Kenntnisstand übersteigen**. Eine ausdrückliche Zusicherung, die sich als falsch herausstellt, begründet damit eine **Pflichtverletzung**. Damit ist der Beklagten anzulasten, dass sie die Liegenschaft als - nach dem Stand der Technik - komplett saniert anpries und so den Eindruck erweckte, sie habe sich über das gewöhnliche Maß hinaus aus erster Hand über den Zustand des Hauses und der Sanierung informiert. Entgegen ihrem Standpunkt kann sie sich nicht darauf berufen, sie hätte bloß **Informationen weitergegeben**, an deren Richtigkeit zu zweifeln für sie kein Anlass bestanden hätte. Sie hat die finanziellen Mittel zur Fertigstellung der Sanierungsarbeiten bereit gestellt und war in die Abrechnung eingebunden. Darüber hinaus hat sie die Generalunternehmerin vermittelt, obwohl sie wusste, dass deren Geschäftsführer nicht über die gewerberechtlichen Voraussetzungen für das Führen eines Bauunternehmens verfügte. Auch wenn für die Zeit vom 15. 10. 2013 bis 28. 4. 2015 ein gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt (aber tatsächlich in die Abwicklung der Sanierungsarbeiten nicht involviert) war, gab es weder eine Überwachung der in diesen Zeitraum fallenden Bauarbeiten noch eine Dokumentation des Baufortschritts. Vor diesem Hintergrund sind ihre **Angaben über die Ausführung der Sanierungsarbeiten eine auf rein optischen, oberflächlichen Wahrnehmungen beruhende Mutmaßung**. Da die Beklagte auch Kenntnis vom Wiederauftreten eines Feuchtigkeitsschadens hatte, dessen Ursache nicht abgeklärt wurde, hätte sie die Kläger darauf hinweisen müssen, dass ihre Aussage über die Qualität der Sanierung als ihre persönliche Einschätzung bloß eine Vermutung ist. Dass sie einen solchen Hinweis unterlassen und damit bei den Klägern den Eindruck erweckt hat, ihre Angaben beruhten auf einem fundierten Kenntnisstand, begründet den ihr vorwerfbaren Verstoß gegen wesentliche vertragliche Pflichten.

Kein Vorwurf konnte dem Immobilienmakler hingegen in dem der E **OGH 6 Ob 98/19 h**³⁶² zugrunde liegenden SV gemacht werden: Der Makler war mit dem Verkauf einer

362 OGH 27.6.2019, 6 Ob 98/19h = immolex 2019/116 (zust *Lassingleithner*).

Eigentumswohnung beauftragt, er warb im Exposé prominent mit dem „**unverbaubaren Ausblick**“. Dem Exposé war ein **Lageplan einer Ziviltechnikergesellschaft** angeschlossen, der allerdings eine **unzutreffende Parzellierung** (Ost nach West anstatt Nord nach Süd) des Nachbargrundstückes aufwies. Der OGH sprach unter Bezugnahme der hRsp zu den Grenzen der Nachforschungspflicht bei weitergegebenen Informationen³⁶³ aus, dass der Makler bei dieser Sachlage keine Verletzung seiner Informationspflichten zu verantworten hat. Für ihn lagen keine Anhaltspunkte vor, den von der Ziviltechnikergesellschaft erstellten Lageplan näher zu überprüfen oder zu hinterfragen. Er konnte auf die Richtigkeit dieses Lageplanes vertrauen, zumal auch die Käufer die Bebaubarkeit des Nachbargrundstückes nicht besonders thematisierten.

2.3.3. Belastung mit laufenden Kosten

Zu den Eckdaten eines Kaufes einer Eigentumswohnung, über die der potentielle Käufer vom Immobilienmakler zu informieren ist, gehören jedenfalls die **laufenden Kosten** und deren künftige Entwicklung sowie die Höhe der Rücklage.³⁶⁴ Das Handelsgericht Wien traf in der bereits erwähnten Entscheidung³⁶⁵ vom 31.10.2008, **50 R 44/08i**, zunächst die grundlegende Feststellung, dass die laufenden Kosten ein wichtiger Punkt für oder gegen eine Kaufentscheidung sind. Diese sind daher einem Konsumenten, der sich für den Ankauf einer Eigentumswohnung interessiert, mitzuteilen. Der Makler hat dabei einen Weg zu wählen, der die größtmögliche Richtigkeit gewährleistet, der Konsument darf darauf vertrauen, dass er eine „möglichst“ richtige Antwort erhält. Im gegenständlichen Fall gab der Makler die Information des Verkaufes, wonach die laufenden Kosten an die EG für die Eigentumswohnung € 87,66 im Monat betragen, an den Käufer weiter. Dieser Betrag schien auch in einem Überweisungsbeleg für den Monat Mai auf, den der Verkäufer dem Makler vorlegte. Tatsächlich waren aber € 139,38 zu bezahlen, die Vorschreibung für Mai war deshalb so gering, weil in diesem Monat ein Guthaben aus der Jahresabrechnung des Vorjahres Berücksichtigung gefunden hat.

Das Handelsgericht vertrat die Meinung, der Immobilienmakler hätte sich nicht auf die Information des Verkäufers verlassen dürfen. Aufgrund seiner Fachkenntnis hätte er wissen müssen, dass monatliche Belastungen immer wieder aufgrund von Gutschriften reduziert werden. Der gewählte Weg, nämlich die Information durch den Verkäufer und der Übergabe eines Zahlungsbeleges, sei nicht geeignet gewesen. ME überspannt das HG hier die Prüfpflicht des Maklers: Wie unter III.3.

³⁶³ Dazu ausführlich siehe III.3.

³⁶⁴ Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 214.

³⁶⁵ Siehe III.3.

ausgeführt wurde, entspricht es gefestigter Rsp und der hL, dass der Immobilienmakler grundsätzlich nur dann verpflichtet ist, den Wahrheitsgehalt der vom Abgeber mitgeteilten Informationen zu überprüfen, wenn ihm die Unrichtigkeit hätte auffallen müssen. € 87 pro Monat an laufenden Kosten ist genauso wenig realitätsfremd wie € 139. Insofern ist der Makler sogar auf „Nummer Sicher“ gegangen, hat er sich doch auch noch einen Überweisungsbeleg vorlegen lassen. Der Monat Mai ist dabei auch nicht der Monat, in dem üblicherweise etwaige Guthaben aus der Vorjahresabrechnung berücksichtigt werden. In der Regel wird die Abrechnungsfrist des § 34 Abs 1 WEG (6 Monate nach Ablauf der Abrechnungsperiode) auch ausgenutzt, sodass etwaige Fehlbeträge oder Guthaben eher erst in der 2. Jahreshälfte verrechnet werden. Das HG lässt auch völlig offen, welchen „Weg“ der Makler hier als den geeigneteren hätte einschlagen müssen.

Wesentlich pragmatischer und nachvollziehbarer ist die Sichtweise des OGH zu diesem Thema in der E 2 Ob 176/10m³⁶⁶: Er betont zunächst, dass beim Kauf eines WE-Objektes jedenfalls über die Betriebs- und Erhaltungskosten, die zu leistenden **Aufwendungen zur Rücklagenbildung**, die Höhe bereits bestehender Rücklagen sowie bevorstehende Sanierungsarbeiten aufzuklären ist. Der Makler legte gegenüber dem Interessenten hier offen, ihm über die „Details“ der Betriebskosten keine Auskunft geben zu können und empfahl ihm, sich darüber **bei der Hausverwaltung zu erkundigen**, was der Interessent jedoch unterließ. Dem Makler war auch nicht bekannt, dass die EG in der Zwischenzeit einen Reparaturfonds eingerichtet hatte. Der OGH hielt diesbezüglich fest, dass er nicht dazu verpflichtet ist, die Aktualität der Information der Hausverwaltung in regelmäßigen Abständen zu überprüfen. Als Doppelmakler habe er die Interessen des Interessenten durch die Empfehlung, sich bei der Hausverwaltung näher zu erkundigen, ausreichend gewahrt. Dadurch wurde dieser in die Lage versetzt, durch eigene Nachfrage bei seinem potentiellen Vertragspartner oder bei der Hausverwaltung nähere Auskünfte über die monatliche Kostenbelastung zu erlangen. Ein Verstoß gegen wesentliche Vertragspflichten sei dem Makler hier nicht vorzuwerfen. Der OGH hat weiters ausgesprochen, dass es ausreicht, wenn der Makler den Interessenten über eine etwaige **Sanierungsbedürftigkeit** des Gebäudes, in dem die Wohnung gelegen ist, dem Grunde nach aufgeklärt. Zur Bezifferung der voraussichtlichen Sanierungskosten ist dieser – jedenfalls als Doppelmakler - nicht verpflichtet.

Eine pragmatische Sichtweise lässt der OGH auch hinsichtlich der von § 30b Abs 1 KSchG geforderten **Übergabe der Nebenkostenübersicht** (dazu grundlegend siehe 4.1.) erkennen: Zu

366 OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m, MietSlg 63.119 = immolex 2011, 93 (zust *Prader*) = immolex 2011/225 (zust *Rainer*) = ecolx 2012/119.

10 Ob 335/98g³⁶⁷ hat er zunächst bestätigt, dass die Aushändigung entsprechend vorformulierter Merk-, Hinweis- und **Formblätter ausreichend** ist, sofern sie allen im Gesetz genannten Angaben enthalten. Die Pflicht zur Übergabe ist (zwar) formal verletzt, wenn der **Verbraucher nur bezüglich dreier zeitlich früher gelegenen Vermittlungsaufträge informiert** wurde, nicht aber bei dem, auf dem der gegenständliche Provisionsanspruch basiert. Der OGH betonte, dass gerade „voraussichtlich erwachsende Kosten“ von Fall zu Fall unterschiedlich sein können, sodass sich der Makler keinesfalls auf ein allgemeines Wissen des Kunden aus vorangegangenen Geschäftsfällen mit Erfolg berufen kann. In gegenständlicher Konstellation ist zwar der Kauf der Eigentumswohnung durch den Interessenten aus außervertraglichen, alleine in seiner Sphäre liegenden, Umständen unterblieben – er hatte die Möglichkeit, Wohnungseigentum an seiner bisherigen Mietwohnung zu erwerben. An der Verdienstlichkeit des Maklers änderte dies jedoch nichts, diese war durch dessen Pflichtverstoß letztendlich nicht geringer einzustufen als ohne diesen. Diese Frage sei immer im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers zu beurteilen, im gegenständlichen Fall war für den OGH weder für einen Schadenersatzanspruch noch für einen Anspruch auf Provisionsminderung³⁶⁸ eine Grundlage ersichtlich.

2.3.4. (Sonder-)Regelungen im Wohnungseigentumsvertrag

Von besonderem Interesse für den Erwerber einer Eigentumswohnung sind auch (Sonder-)Regelungen im Wohnungseigentumsvertrag, wie etwa von § 32 Abs 1 WEG **abweichende Aufteilungsschlüssel** für die Bewirtschaftungskosten, Regelungen hinsichtlich der **Tragung der Kosten** für (anstehende) **Erhaltungsmaßnahmen** sowie – durch den Wechsel eines Wohnungseigentümers unberührt bleibende - **Benützungsregelungen** gem § 17 WEG.³⁶⁹ Auch hier wird jedoch – entsprechend den Überlegungen zur Vermittlung von Mietverträgen³⁷⁰ - davon auszugehen sein, dass der Makler nicht jedes wohnungseigentumsrechtliche Problem bis ins Detail juristisch beurteilen können muss.

367 OGH 23.10.1998, 10 Ob 335/98g, MietSlg 50.243 = immolex 1999/67 = KRES 10/92 = ÖJZ 1999/64 = ÖJZ-LSK 1999/75 = JBl 1999/388 = wobl 1999/142 (krit *Fromherz*).

368 Dazu siehe V.1.

369 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 103 mwN; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 214.

370 Siehe IV.2.4.

2.3.5. Wohnbauförderung

Bei der Vermittlung von Wohnungen mit der **Möglichkeit einer Wohnbauförderung** hat sich der Immobilienmakler mit den einschlägigen Bestimmungen des jeweiligen Wohnbauförderungsgesetzes auseinanderzusetzen und sich über die konkreten Bedingungen und damit zusammenhängenden Richtlinien zu informieren.³⁷¹ In diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung des § 4 Abs 1 Z 4 IMV zu beachten, wonach der Immobilienmakler im Falle eines Hinweises auf die Möglichkeit der Übernahme einer Wohnbauförderung auch die Voraussetzungen für diese bekanntzugeben hat.³⁷² Dazu zählt in erster Linie die Befolgung einer bestimmten, von der Wohnbauförderung festgesetzten **Kaufpreisvorgabe**.³⁷³ Allerdings ist zu beachten, dass, wie der OGH in der E **1 Ob 187/03m**³⁷⁴ ausführt, nicht jeder Verstoß gegen die Zusicherungsbedingungen eine Darlehnskündigung nach sich ziehen muss:

Der E liegt folgender SV zugrunde: Die seinerzeitige Eigentümerin erteilte dem Makler einen AV zum Verkauf einer Eigentumswohnung, das mit einem Pfandrecht für ein Wohnbauförderungsdarlehen des Landes Tirol belastet war. Die zugrunde liegenden Förderungsbedingungen enthielten u.a. die Verpflichtung des Förderungswerbers bzw. deren Rechtsnachfolger dafür zu sorgen, dass **einem nachfolgenden Benutzer des geförderten Vorhabens keine Vermittlungskosten** erwachsen.³⁷⁵ In der Folge wurde die Wohnung einem vom Makler vermittelten Kaufinteressenten veräußert, dem die Übernahme des Wohnbauförderungsdarlehens vom Makler auch zugesichert wurde. Der Käufer verweigert die Bezahlung der Maklergebühr mit der Begründung, der Makler habe es schuldhaft unterlassen, ihn darüber zu informieren, dass das Wohnbauförderungsdarlehen fällig gestellt werde, wenn das Land Tirol davon Kenntnis erlangt, dass er entgegen der Förderungsbedingungen mit Vermittlungskosten belastet sei. Unter diesen Umständen hätte er am Erwerb der Wohnung kein Interesse gehabt, was dem Makler bewusst gewesen sei. Da dadurch die gesamte Finanzierung der Eigentumswohnung gefährdet sei, stehe dem Makler ein Provisionsanspruch schon deshalb nicht zu, weil er angesichts seines **schuldhaften Fehlverhaltens nicht verdienstlich** geworden sei. Eine Fälligestellung des Darlehns durch das Land Tirol erfolgte jedoch nicht.

371 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 74 f.

372 Vgl. *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2015) 293.

373 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 75.

374 OGH 2.9.2003, 1 Ob 187/03m, MietSlg 55.549 = wobl 2003/197 (zust. *Call*)

375 Diese Klausel, die sich mit vergleichbarem Inhalt in vielen Förderungsbedingungen österreichweit wiederfand, war unter dem Schlagwort „Provisionsverbot“ bzw. „Provisionsbefreiung für den Käufer“ bekannt – vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 75.

Der OGH setzte sich eingehend mit den Bestimmungen der tiroler Wohnbauförderung auseinander und kam zu Ergebnissen, die in der Folge für die Gestaltung der Förderungsbedingungen bundesweit Relevanz haben sollten: Nach § 23 Abs 1 lit b TWFG 1991³⁷⁶ ist das Förderungsdarlehen zu **kündigen**, wenn der Förderungswerber **Bedingungen** oder Auflagen der Zusicherung **nicht erfüllt**. Allerdings kann **nicht jeder Verstoß** gegen Bedingungen oder Auflagen der Zusicherung die Rechtsfolge der Darlehenskündigung nach sich ziehen, zumal es sonst das Land als Förderungsgeber in der Hand hätte, durch Formulierung beliebiger Bedingungen und Auflagen ohne gesetzliche Grundlage die Rechtsstellung des Förderungswerbers zu verschlechtern. In diesem Sinne bestimmt § 20 Abs 1 Satz 2 TWFG, dass in der Zusicherung auch Bedingungen und Auflagen festgelegt werden können, **soweit dies zur Sicherung der Einhaltung dieses Gesetzes und des diesem zugrundeliegenden Förderungszwecks erforderlich** ist. Dem Tatbestand des § 23 Abs 1 lit b TWFG 1991 kann daher nur die Nichterfüllung solcher Bedingungen oder Auflagen der Zusicherung unterstellt werden, die in diesem Sinne erforderlich sind. Der OGH erachtete die gegenständliche Verpflichtung, einen späteren Erwerber von Vermittlungskosten – also der Maklergebühr – freizuhalten, als zur Sicherung des Förderungszweckes nicht erforderlich. Dieser bestehe in erster Linie darin, Angehörigen bestimmter Einkommensschichten den Erwerb dem heutigen Standard entsprechender Wohnungen zu erleichtern. Erfüllt nun ein späterer Erwerber einer geförderten Wohnung die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung der Wohnbauförderung - und erlangt dieser daher auch die Zustimmung des Landes zum Eintritt in den Darlehensvertrag - so beeinträchtigt es den Förderungszweck nicht, wenn er sich gegenüber einem Makler verpflichtete, im Falle des Wohnungserwerbs eine Vermittlungsprovision zu zahlen. Insofern ist es für die Frage eines vorzeitigen Kündigungsrechts des Förderungsgebers ohne Bedeutung, ob der Verkäuferin zugunsten des Käufers die Verpflichtung auferlegt wurde, dafür zu sorgen, dass ihm keine Vermittlungskosten erwachsen. Da dieser damit jene Rechtsstellung erlangt hat, die er mit dem vom Makler vermittelten Kaufvertrag anstrebte, kann auch an der Verdienstlichkeit dessen Tätigkeit kein Zweifel bestehen.

2.3.6. Finanzierungszusage

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn sich der Immobilienmakler im Rahmen des Maklervertrages nicht nur zur Vermittlung des Hauptgeschäftes verpflichtet, sondern darüber hinaus auch eine

376 Tiroler Wohnbauförderungsgesetz 1991, TWFG idF LGBl 2019/138.

Finanzierungszusage abgibt: Der E 2 Ob 505/90³⁷⁷ liegt folgender SV zugrunde: Der Makler Vermittelte einen Vertrag, mit welchem der Kläger eine Eigentumswohnung erwarb. Im Rahmen dieses Vermittlungsauftrages sagte der – dann beklagte – Makler den Käufern „die Finanzierung bzw. die Vermittlung der Finanzierung“ zu. Der Makler machte diese Finanzierungszusage alleine aufgrund der Angaben des Käufers über sein Einkommen. Der Kaufvertrag über die Eigentumswohnung wurde zwar abgeschlossen, Die Einhaltung der Finanzierungszusage scheiterte aber daran, dass Kreditgeber nicht bereit waren, bei diesem Einkommen und der Kürze des Beschäftigungszeitraumes des Käufers einen Kredit zu gewähren. Der OGH billigte die Einschätzung des Berufungsgerichts, dass dem Makler durch das gegenständliche Verhalten eine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten vorzuwerfen ist. Er hat durch die Zusicherung der Vermittlung des Kaufpreiskredites und den dadurch veranlassten Abschluss des Kaufvertrages **den Erfolg der Kreditvermittlung zugesagt**. Selbst wenn man dies nicht als Erfolgsgarantie ansähe, wäre ihm eine **Verletzung der dem Makler obliegenden Pflicht, den Auftraggeber richtig zu belehren und vor Schaden zu bewahren**, vorzuwerfen, wenn er die Käufer, obwohl er wusste, dass dieser über keine Barmittel verfügte, durch eine Zusage der Finanzierbarkeit des Kaufpreises zur sofortigen Stellung eines verbindlichen Kaufanbotes veranlasste. Durch die Finanzierungszusage übernahm der Makler das **Risiko** dafür, dass dem Kläger die Entrichtung des Kaufpreises möglich sein werde. Schäden, die dem Käufer dadurch entstanden, dass er nach Abschluss des Kaufvertrages und Übernahme des Kaufobjektes den Kaufpreis nicht bezahlen konnte, fallen daher in den Verantwortungsbereich des beklagten Maklers. Dieser hat daher jene Beträge zu ersetzen, die der Käufer dem Verkäufer deshalb zu leisten hat, weil er seine Pflichten aus dem Kaufvertrag nicht erfüllen konnte.

2.4. Wohnungs- oder Hausmiete

Gerade bei der Vermittlung von Mietverträgen ist die **Abgrenzung** der Beratungs- und Aufklärungspflicht des Immobilienmaklers von der umfassenden (rechts-)beratenden Tätigkeit, wie sie von einem **Rechtsanwalt** vorzunehmen ist, schwierig. Mietverhältnisse unterliegen als Dauerschuldverhältnisse neben dem ABGB meist wohnrechtlichen Sondergesetzen wie dem MRG oder dem WGG, grundlegende Materien, wie Anwendungsbereich, Erhaltungspflichten oder auch die Regelungen zur Mietzinsbildung sind äußerst diffizil und komplex geregelt, sodass vom Immobilienmakler, der nach der einschlägigen Immobilienmakler-Prüfungsordnung (lediglich)

377 OGH 28.2.1990, 2 Ob 505/90, ecolex 1990, 480; vgl auch *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 77.

„allgemeine“ Kenntnisse über diese Materien haben muss³⁷⁸, nicht erwartet werden kann, über jedes sich etwaig stellende Problem eine bis ins letzte Detail juristisch fundierte Beratung durchzuführen.

Im Zusammenhang mit der Vermittlung und Errichtung von Mietverträgen kann vom Immobilienmakler jedenfalls erwartet werden, über die **Voraussetzungen wirksamer Befristungen** Bescheid zu wissen. Von einem Beratungsfehler des Immobilienmaklers war demnach eindeutig im der E 8 Ob 652/92³⁷⁹ zugrunde liegenden SV auszugehen: Der Makler wurde hier vom Auftraggeber (Eigentümer, einer dem MRG unterliegenden bebauten Liegenschaft) mit der Erstellung eines Mietvertrages über eine freie Wohnung beauftragt.³⁸⁰ Dem Eigentümer wurde hierbei vom Makler der **Abschluss eines befristeten Mietvertrages** zugesagt, tatsächlich unterließ es dieser jedoch, festzuhalten, dass das Mietverhältnis iSd § 29 MRG durch Zeitablauf endet, ohne dass es einer Aufkündigung bedarf. Vielmehr wurde festgelegt, dass der Mietvertrag unter Einhaltung einer vierteljährlichen Kündigungsfrist gerichtlich aufgekündigt werden könne. Der OGH hielt dazu nachvollziehbar fest, dass es keinem Zweifel unterliegt, dass das Vorhandensein einer freien Wohnung oder einer solchen, deren Bestandzeit rechtswirksam befristet ist, sich auf den **Verkehrswert des Hauses** erheblich (positiv) auswirkt. Dadurch, dass nun ein unbefristeter und den Kündigungsbeschränkungen des MRG unterliegender Mietvertrag abgeschlossen wurde, erlitt die Liegenschaft demgegenüber eine Werteinbuße, sodass dem klagenden Eigentümer bereits mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des Bestandvertrages ein, dem schuldhaft handelnden Immobilienmakler zuzurechnender, Schaden entstanden ist.

Der OGH³⁸¹ hat Bezug nehmend auf die Problematik der verbotenen Zahlungen und Vereinbarungen iSv § 27 MRG („**Ablöseproblematik**“) wiederholt ausgesprochen, dass der Immobilienmakler die Interessen seines Auftraggebers (auch) insoweit wahren muss, dass dieser im Zusammenhang mit dem zu vermittelnden Geschäftsabschluss nicht mit gesetzlich unzulässigen Forderungen belastet wird.³⁸²

378 Siehe III.2.4.

379 OGH 22.12.1992, 8 Ob 652/92 = ecolex 1993, 381 = MietSlg 44.215 = HS 22.582.

380 Zur Frage, inwieweit die Errichtung von Mietverträgen durch den Immobilienmakler zulässig bzw. ratsam ist, siehe ausführlich III.2.2.

381 OGH 19.12.1995, 1 Ob 535/95, MietSlg 47.318; OGH 6.11.1986, 6 Ob 683/86, MietSlg 47.318; OGH 12.7.1994, 4 Ob 546/94 = KRES 9/32.

382 Zu den damit im Zusammenhang stehenden diffizilen Fragestellungen, etwa wie hoch der Sorgfaltsmaßstab für den Immobilienmakler bei der Überprüfung der Zulässigkeit von Ablösezahlungen, insbesondere bei der Bewertung von übernommenen Gegenständen anzusetzen ist, oder ob der Immobilienmakler im Einzelfall auch dazu angehalten sein kann, zur (verpönten) Ablösezahlung zu raten, um dem Interessenten unter der Perspektive der Rückforderbarkeit eine gesicherte Vertragsposition zu verschaffen, siehe ausführlich *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 78 ff.

Auf die im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Doppeltätigkeit bestehende Herausforderung einer, die Interessen beider Auftraggeber wahren, **Beratung hinsichtlich der Mietzinshöhe** wurde schon unter II.1. hingewiesen. Wenn aber in einer aktuellen Umfrage zu Mietverträgen in Wien 70 % (!) der Mieter angeben, vom Makler nicht über Mietzinsobergrenzen dem Grunde nach informiert worden zu sein,³⁸³ muss dazu ganz klar festgehalten werden, dass die Information, **ob und gegebenenfalls welche Mietzinsobergrenzen** auf das konkret zu vermittelnde Mietverhältnis anzuwenden sind, als leicht festzumachende und objektivierbare Tatsache jedenfalls zu den unabdingbaren **Informationspflichten** des Maklers zählen wird.³⁸⁴

2.5. Geschäftsräume

Zu den Eckdaten eines Mietvertrages über eine Geschäftsräumlichkeit, über die der Makler zu informieren hat, gehören u.a. auch vorhandene sowie noch zu beschaffende **Genehmigungen**.³⁸⁵ Zu **1 Ob 372/97f**³⁸⁶ hat der OGH ausgesprochen, dass es Aufgabe des Immobilienmaklers ist, Informationen über das zu vermittelnde Objekt und seine Eignung für **eine vom Mieter angestrebte gewerbliche Nutzung** zu erteilen. Er betont, dass der Auftraggeber selbst bei bloß nachweisender Tätigkeit über erkennbare Vor- und Nachteile des Objektes zu informieren ist. Dazu zählt jedenfalls, erforderlichenfalls nach entsprechenden **Erkundigungen**, die Pflicht eines Hinweises auf das Fehlen oder wenigstens auf bestehende Unklarheiten über die **Betriebsanlagengenehmigung** für ein vom Mietinteressenten beabsichtigtes Gastlokal.

3. Aufklärungspflicht über ein sonstiges familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten

3.1. Grundsätzliche Regelung

§ 6 Abs 4 MaklerG betont zunächst die selbstverständliche Tatsache, dass dem Makler **keine Provision** zusteht, wenn er **selbst Vertragspartner** des Geschäftes ist. § 1 MaklerG definiert das

383 https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5575331/Wohnen-in-Wien_Teuer-und-befristet (9.2.2019)

384 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 102; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 215; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 27.

385 *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 215.

386 OGH 28.4.1998, 1 Ob 372/97f, MietSlg 50.242 = immolex 1998/177 = JBl 1998/801 = KRES 10/82 = NZ 1999/335 = wobl 1999/141 = JBl 1998/801.

Wesen des Maklers dahingehend, dass dieser aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber **Geschäfte mit einem Dritten** vermittelt. Aus dieser Wortwahl ergibt sich klar, dass dieser Dritte niemals der Makler selbst sein kann.³⁸⁷ Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MaklerG musste demnach nur zwischen Eigengeschäft und Nicht-Eigengeschäft unterschieden werden.

Mit der Einführung des MaklerG wurde im zweiten Satz des § 6 Abs 4 normiert, dass dieser **Ausschluss eines Provisionsanspruchs** auch dann gilt, wenn das mit dem Dritten geschlossene Geschäft **wirtschaftlich einem Abschluss durch den Makler selbst gleichkommt**. Nach den Ausführungen der Gesetzesmaterialien sollen mit dieser Regelung Umgehungsversuche verhindert und „wirtschaftliche Verflechtungen“ besser erfasst werden können.³⁸⁸

Die wesentliche Neuerung durch das MaklerG besteht in der Bestimmung des § 6 Abs 4, 3. Satz, wonach bei einem **sonstigen familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten**, dass die Wahrung der Interessen den Auftraggeber beeinträchtigen könnte, der Makler **nur dann Anspruch auf Provision** hat, wenn er den Auftraggeber **unverzüglich auf dieses Naheverhältnis hinweist**. Mit dieser Regelung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass angesichts der möglichen Interessenkollision eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit (nicht unbedingt) gewährleistet ist. Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus, dass dann, wenn der Auftraggeber nach Unterrichtung vom bestehenden Naheverhältnis mit der weiteren Vermittlungstätigkeit des Maklers einverstanden ist, von einer „vertragsgemäß verdienstlichen Tätigkeit“ des Maklers ausgegangen werden kann.³⁸⁹

Wie *H. Böhm* nachvollziehbar ausführt³⁹⁰, regelt **§ 6 Abs 4 MaklerG** demnach **3 Fallgruppen**: Satz 1 regelt das Eigengeschäft im engeren Sinn („eigentliches“ Eigengeschäft), bei welchem der Makler selbst Vertragspartner des „vermittelten“ Vertrages wird. Satz 2 dehnt dann die Rechtsfolge des Provisionsentfalls auch auf das Eigengeschäft im weiteren Sinn („wirtschaftliches“ oder Quasi-Eigengeschäft) aus. Die 3. Fallgruppe bildet das „sonstige familiäre oder wirtschaftliche Naheverhältnis“, sie definiert den schwächsten Fall der Verflechtung zwischen Makler und

387 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 36 f mwN; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 33; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 132; *Fromherz*, MaklerG, § 6 Rz 45 ff.

388 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 132; *Fromherz*, MaklerG, § 6 Rz 46; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 35; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 36 f.

389 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

390 Glosse zu OGH 10.5.2011, 4 Ob 224/10k, immolex 2011/69.

vermitteltem Dritten. Nur hier kann der Makler durch entsprechende Information des Auftraggebers über das Bestehen eines solchen Naheverhältnisses seinen Provisionsanspruch „retten“. Für den Makler ist es daher sinnvoll und ratsam, „sicherheitshalber“ seine Auftraggeber über alle, auch noch so geringen, Naheverhältnisse aufzuklären, um einem möglichen Verlust des Provisionsanspruches vorzubeugen.³⁹¹ Dieser Umstand bringt es auch mit sich, dass die Abgrenzung zu einer möglichen 4. Fallgruppe, die nur noch ein sehr weites, loses Naheverhältnis zwischen Immobilienmakler und vermitteltem Dritten aufweist und daher keinerlei Informationspflichten mehr auslöst, weitgehend irrelevant ist.³⁹²

3.2. Das Eigengeschäft im weiteren Sinn gem § 6 Abs 4, 2. Satz, MaklerG

Wie erwähnt, wird die für das Eigengeschäft statuierte Rechtsfolge des Provisionsentfalls durch Satz 2 des § 6 Abs 4 MaklerG auch auf den Fall ausgedehnt, dass das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft **wirtschaftlich** einem Abschluss durch den Makler selbst gleichkommt. Der Satz 3 definiert als Auslöser für die Hinweispflicht beim – im Vergleich zu einem solchen „Quasi-Eigengeschäft“ - loseren Naheverhältnis dieses als „**sonstiges**“ wirtschaftliches und familiäres Naheverhältnis. Daraus ergibt sich, dass das Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigengeschäftes iSv Satz 2 auch durch ein – dann besonders enges – Naheverhältnis begründet werden kann.³⁹³ Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Qualitäten eines Naheverhältnisses ist nicht zuletzt deshalb von großer Bedeutung, weil der Makler bei Vorliegen eines Quasi-Eigengeschäftes iSv Satz 2 **keine Chance hat, sich den Provisionsanspruch durch entsprechende Information des Auftraggebers über das Naheverhältnis zu sichern.**

Besonders praxisrelevant sind hier naturgemäß **gesellschaftsrechtliche Verflechtungen** zwischen dem Makler (einer Makler-Gesellschaft) und einer Gesellschaft als Auftraggeber. Nach den Gesetzesmaterialien ist bei Vorliegen einer solchen konzernmäßigen Abhängigkeit zwischen Makler und vermitteltem Dritten die „**Intensität der wirtschaftlichen Verflechtung**“ dafür maßgebend, ob ein Provisionsanspruch entsteht.³⁹⁴ Sie enthalten jedoch keine näheren Angaben darüber, wie „intensiv“ diese wirtschaftlichen Verflechtungen zu sein haben bzw. wie diese beschaffen sein

391 Vgl. *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 113 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 41 f; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 125 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2015) Rz 82;

392 IdS auch *Kriegner*, der Immobilienmakler (2007) 113, 117.

393 IdS auch *H. Böhm*, Glosse zu OGH 10.5.2011, 4 Ob 224/10k, immolex 2011/69; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 133; *Fromherz*, MaklerG § 6 Rz 46; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 116 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81.

394 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

müssen, damit von einem wirtschaftlichen Eigengeschäft ausgegangen werden muss. Allgemein gültige Festlegungen in der Rsp finden sich nur dahingehend, dass § 6 Abs 4 keine starre Grenze der Beteiligungsverhältnisse bei der Prüfung der Annahme eines wirtschaftlichen Eigengeschäfts normiert, sodass es auf das jeweilige **Gewicht der Interessen des Maklers** und deren Durchsetzungsmöglichkeiten ankommt, also jeweils eine **Beurteilung nach den Umständen des Einzelfalls** geboten ist.³⁹⁵ Dieses Abstellen auf den Einzelfall bringt es mit sich, dass die Differenzierung zwischen einem Eigengeschäft im wirtschaftlichen Sinn und einem „sonstigen“ wirtschaftlichen Naheverhältnis problematisch und nicht immer leicht zu treffen ist.³⁹⁶ Die Unvorhersehbarkeit der diesbezüglichen Rsp ist nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass sich die konkreten „Umstände des Einzelfalls“ oft nur den von den Unterinstanzen getroffenen Feststellungen entnehmen lassen, diese aber in den veröffentlichten Judikaten des Höchstgerichtes oft nicht mehr (vollständig) aufscheinen.³⁹⁷

Dass diese Unkalkulierbarkeit der Rsp nicht bloß in ihrer Einzelfallbezogenheit, sondern auch in der Rechtsgrundlage des § 6 Abs 4, Satz 2, MaklerG³⁹⁸ selbst eine Grundlage hat, veranschaulicht mE sehr deutlich die E **4 Ob 224/10k**³⁹⁹: Der E liegt folgender SV zugrunde: Die Bauträger-Gesellschaft errichtete eine Wohnhausanlage und betraute mit der „Vermarktung“ der Wohnungen exklusiv ihre Schwestergesellschaft, die als Makler tätig war. Die beiden Gesellschaften führten eine Bürogemeinschaft, die Mehrheitsgesellschafterin der Bauträger-Gesellschaft (95%) war die Makler-Gesellschaft. Die restlichen 5 % an der Bauträger-Gesellschaft hielt die Alleingesellschafterin der Makler-Gesellschaft. Neben dieser gesellschaftlichen Verflechtung waren die Gesellschaften aber auch über die Geschäftsführung verbunden: Die Bauträger-Gesellschaft hatte zwei Geschäftsführer und einen Prokuristen. Einer der Geschäftsführer übte diese Position auch in der Makler-Gesellschaft aus, der Prokurist war zudem weiterer Geschäftsführer der Makler-Gesellschaft. Diese wurde gegründet, um Produktion und Vertrieb zu trennen und um auch ins Maklergeschäft einzusteigen. Die Käufer unterfertigten in den (gemeinsamen) Büroräumlichkeiten der Bauträger- und Makler-Gesellschaft ein Kaufanbot, in dem sie (ordnungsgemäß) über das Verhältnis als Schwesterngesellschaften und damit über das bestehende Naheverhältnis iSd § 6 Abs 4 MaklerG

395 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 35 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 114 f; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 125 f; OGH 10.5.2011, 4 Ob 224/10k, MietSlg 63.547 = immolex 2011/69 (abl Böhm) = GesRZ 2011, 316 (abl Noss) = ecolex 2011/266 (krit Friedl) = wobl 2011/131 (abl Kothbauer) = RdW 2011/562 = Zak 2011/459 = bbl 2011/172.

396 IdS Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 114 f.

397 Vgl die Zusammenfassungen der diesbezüglichen Rsp: Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 126 ff; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 115 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81.

398 H. Böhm, immolex 2011/69, bezeichnet diese Formulierung mit guten Gründen als „etwas holprig“.

399 OGH 10.5.2011, 4 Ob 224/10k, MietSlg 63.547 = immolex 2011/69 (abl Böhm) = GesRZ 2011, 316 (abl Noss) = ecolex 2011/266 (krit Friedl) = wobl 2011/131 (abl Kothbauer) = RdW 2011/562 = Zak 2011/459 = bbl 2011/172.

hingewiesen wurden. Die Käufer zahlten in der Folge die Provision, begehrten dann aber von den beiden beklagten Gesellschaften zur ungeteilten Hand deren Rückzahlung.

Das Erstgericht gab der Klage vollinhaltlich statt, im Hinblick auf die enge gesellschaftsrechtliche Verbindung beider Beklagten ging es vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigengeschäftes aus. Das Berufungsgericht wies hingegen die Klage ab und sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil oberstgerichtliche Rsp zur Frage fehle, inwieweit eine enge organisatorische Verflechtung zwischen Verkäufer und Makler ein Eigengeschäft des letzteren begründen könne. Der OGH erachtete die Revision in seiner vielkritisierten⁴⁰⁰ E schließlich für nicht berechtigt und führte dafür im Wesentlichen **folgende Argumente** ins Treffen:

Zunächst fordert er für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigengeschäftes, dass durch die gesellschaftsrechtliche Verflechtung ein **beherrschender Einfluss des Maklers auf die Vermieter- oder Verkäufergesellschaft** entsteht. Dazu führt der OGH weiters aus, dass der Umstand, dass – wie im vorliegenden Fall – eine bestimmte Rechtsperson „hinter allem steht“ nicht ausreiche, um dem Makler eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit und damit einen Provisionsanspruch abzusprechen. Zur Untermauerung dieser Rechtsansicht führt der OGH die E **7 Ob 127/03g**⁴⁰¹ an. Der dort entscheidungsrelevante SV unterscheidet sich vom gegenständlichen jedoch in einem mE sehr wesentlichen Punkt: Die Person, die „hinter allem steht“ war dort die Republik Österreich, wohingegen im hier entscheidungsrelevanten Fall eine natürliche Person den allein maßgeblichen Einfluss ausübte. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass es sich bei der Republik Österreich um ein wesentlich komplexeres Rechtsgebilde handelt als bei einer Einzelperson. Die Republik kann – entgegen einer natürlichen Person – ihren Willen nur durch ihre Organe artikulieren, auch ist es in keiner Weise ungewöhnlich, dass sie an Gesellschaften Beteiligungen hält und über diese auch in verschiedenster Weise am Geschäftsleben teilnimmt. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus nachvollziehbar, dass der OGH keinen Grund zur Annahme gesehen hat, dass die festgestellte konzernmäßige Verflechtung darauf abzielte, der Komplementärin bzw. der Republik Österreich einen höheren Verkaufserlös zu verschaffen.

Im gegenständlichen Fall ist es jedoch eine natürliche Person mit „Bauträger-Hintergrund“, die hinter allem steht. Wie *H. Böhm*⁴⁰² nachvollziehbar ausführt, sind Bauträger im Falle gebundener

400 *H. Böhm*, immolex 2011/69; *Noss*, Maklerprovision: wirtschaftliches Eigengeschäft oder Naheverhältnis durch gesellschaftsrechtliche Verflechtung?, GesRZ 2011, 316; *Prader*, MaklerG^{2.00} § 6 Rz 4.

401 OGH 30.06.2003, 7 Ob 127/03g, MietSlg 55.581 = immolex 2004/37 = ÖJZ 2003/187 = RdW 2003/623.

402 *H. Böhm*, immolex 2011/69.

Preisbildung, etwa aufgrund förderungsrechtlicher Vorgaben tendenziell dazu motiviert, die Lukrierung eines zusätzlichen Provisionsgewinns durch die „konstruierte“ Einbindung eines Maklers zu erwirken.⁴⁰³

Die E zitiert als Beispiel für ein wirtschaftliches Eigengeschäft *S. Bydlinski*⁴⁰⁴, nach der jedenfalls die Vermittlung eines Geschäfts mit einer 100%igen Tochter der Makler-Gesellschaft ein wirtschaftliches Eigengeschäft darstellt. Der Unterschied zur hier entscheidungsgegenständlichen Konstellation ist bestenfalls ein gradueller: Wie H. Böhm⁴⁰⁵ nachvollziehbar argumentiert, wird die Vermittlung eines Geschäfts seitens einer 100%igen Tochter (Makler-Gesellschaft) mit einer anderen 100%igen Tochter (Bauträger-Gesellschaft) dem von S. Bydlinski als Beispiel für ein wirtschaftliches Eigengeschäft herangezogenen Fall gleichzuhalten sein. Den (einzig) relevanten Unterschied darin zu sehen, dass es sich bei der Bauträger-GmbH um eine KG handelt, bei der die „hinter allem stehende“ Person nicht nur mit „ihrer“ GmbH zu 100% beteiligt ist, sondern in ihrer Eigenschaft als Kommanditistin die restlichen 5 % hält, erscheint willkürlich. Sollte es tatsächlich möglich sein, als Bauträger über eine derart – relativ einfach zu bewerkstellende – gesellschaftsrechtliche Konstruktion langfristig für alle zu vermarktenden Objekte die Vermittlungsprovisionen lukrieren zu können, müsste dies geradezu als Einladung an alle Bauträger verstanden werden, auf diese Weise zu agieren. Wenn der Senat dann zur Untermauerung seiner Rechtsansicht argumentiert, es müsse einem Bauträger freistehen, den **Vertrieb** (!) seiner Objekte durch einen Dritten abzuwickeln, muss dazu ganz klar festgehalten werden, dass es hier **nicht um die Abwicklung des Vertriebes** geht, sondern vielmehr um die **Konstruktion einer Vermittlung**, die letztlich nur dazu dient, über diese Umgehungspraxis „Provision zu schinden“.

Demgegenüber nachvollziehbar ist die Rechtsansicht des HG Wien zu **1 R 170/08h**⁴⁰⁶: Hier „vermittelte“ die Makler-GmbH eine Immobilie, die im Eigentum einer GmbH stand, die dieselbe alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin wie die Makler-GmbH hatte. Für das HG war evident, dass es sich bei dieser wirtschaftlichen Konstruktion um den in der Lit beschriebenen Umgehungsversuch der Schutzvorschriften des MaklerG durch Zwischenschaltung einer juristischen Person handelte. Es sei kein Grund ersichtlich, den Ankauf und Verkauf von Immobilien samt Vermittlung durch dieselben handelnden Personen nicht in einer Gesellschaft (kostengünstiger) zu betreiben.

403 Ein Problem, das in Wien nunmehr durch die mit der letzten Bauordnungsnovelle (LGBI 69/2018) eingeführten neuen Widmungskategorie „geförderter Wohnbau“ noch verschärft wird.

404 S. *Bydlinski*, Das Maklergesetz (1996) § 6 Anm 14.

405 H. *Böhm*, immolex 2011/69.

406 HG Wien 30.3.2009, 1 R 170/08h, KRES 10/244.

Zusammenfassend kann daher die Argumentation des OGH, für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigengeschäftes sei eine **direkte Beherrschung „von oben nach unten“ im Rahmen eines „Mutter-Tochter-Verhältnisses“ erforderlich**⁴⁰⁷, nicht überzeugen. Die Art der Beherrschung stellt kein wesentliches Abgrenzungskriterium dar. Wie Noss⁴⁰⁸ zutreffend argumentiert, macht es keinen Unterschied, ob es sich bei der Maklerin um eine 100%ige Mutter (bzw. Tochter) der Verkäuferin oder um eine 100%ige Schwestergesellschaft handelt.

Der 4. Senat stützt seine Ablehnung eines wirtschaftlichen Eigengeschäftes jedoch auf eine weitere Argumentation, die mE einiges für sich hat und über den Anlassfall hinaus für alle Konstellationen einer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung zwischen Makler und Auftraggeber tragfähig ist: Der Rechtsmeinung, dass das Geschäft aufgrund der organisatorischen und wirtschaftlichen Verknüpfung zwischen Makler und Auftraggeber „nicht wirklich als Fremdgeschäft angesehen werden könne“, hält er entgegen, dass man damit die Makler-GmbH als **„eigenständige juristische Person mit eigenem Geschäftszweig“** negieren würde. Auch für *Kriegner*⁴⁰⁹ und *Fromherz*⁴¹⁰ liegt dann kein wirtschaftliches Eigengeschäft vor, wenn die **rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit des Immobilienmaklers** feststeht. Dabei ist maßgeblich, dass die typischen **Interessen im Zusammenhang mit dem Hauptgeschäftsabschluss von einer dritten außenstehenden Person** (dem Auftraggeber), und nicht vom Immobilienmakler wahrgenommen werden.

Auf Basis dieser Einschätzungen wird man aber jeder, auch mit einem anderen Rechtsträger „noch so“ verbundenen, Gesellschaft zugestehen müssen, dass sie durch ihre Vermittlungstätigkeit **eigene** rechtliche wie **wirtschaftliche Interessen** verfolgt. GmbHs haben als Kapitalgesellschaften selbständig ihre Rechte und Pflichten⁴¹¹, genauso wie Offene Gesellschaften (OGs) und Kommanditgesellschaften (KGs) rechtsfähig sind.⁴¹² Treten diese rechtswirksam gegründeten Gesellschaften im Geschäftsleben mit einer entsprechenden Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler-Unternehmen auf, so agieren sie als selbständige Gesellschaften in allererster Linie im eigenen Interesse. Die Interessen des den vermittelten Vertrag abschließenden Auftraggebers sind davon formal, rechtlich wie wirtschaftlich zu trennen. Die Tatsache, dass es

407 Vgl Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81.

408 Noss, GesRZ 2011, 316.

409 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 115.

410 *Fromherz*, MaklerG § 6 Rz 46.

411 Vgl § 61 GmbH-Gesetz, RGrB 1906/58 idF BGBl I 2018/71.

412 Vgl §§ 105, 161 UGB, BGBl I 1997/114 idF BGBl I 2019/63.

hinter diesen Gesellschaften stehende Gesellschafter gibt, in deren (wirtschaftlichem) Interesse der Hauptvertragsabschluss **auch** erfolgt, vermag daran nichts zu ändern. Genau genommen trifft das auch für den von *S. Bydlinski* genannten Fall der Vermittlung eines Geschäftes mit einer 100%igen Tochtergesellschaft zu. Auch eine „1-Mann-GmbH“ kann – etwa aufgrund steuerrechtlicher Überlegungen – andere, oder sogar dem Gesellschafter-Interesse entgegengesetzte Interessen verfolgen.

Insofern sind doch die von *Kriegner*⁴¹³ wiedergegebenen Zweifel nachvollziehbar, ob bzw. inwieweit mit der Bestimmung des § 6 Abs 4, Satz 2, MaklerG überhaupt ein effektiver Schutz des Auftraggebers erreicht werden kann. Je nach den „Umständen des Einzelfalls“ wird die Makler-Gesellschaft immer mehr oder weniger erfolgreich argumentieren können, dass sie mit der Vermittlung im Rahmen ihres Geschäftszweiges in erster Linie eigene Interessen verfolgt, die mit denen des Hauptvertragspartners (wirtschaftlich) **nicht** ident sind. In vielen Fällen wird der von dieser Bestimmung für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigengeschäftes postulierte Nachweis, dass das mit dem Dritten geschlossene Geschäft „**wirtschaftlich**“ einem Abschluss durch den Makler selbst **gleichkommt**“ daher nicht gelingen.

Im Zusammenhang mit Bestrebungen, an dieser, von *H. Böhm* als „etwas holprig“ bezeichneten Bestimmung⁴¹⁴ etwas zum Positiven zu verändern, ist mE auch folgender Umstand zu berücksichtigen: Wie der OGH zu 5 Ob 106/17z⁴¹⁵ nachvollziehbar zum Begriff des familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses ausgeführt hat, hat dieser in § 6 Abs 4 MaklerG denselben Regelungsgehalt wie in § 24 Abs 3 WEG. Dort wie da sollen Interessenkollisionen vermieden werden. Der Geschäftsabschluss bzw. das Stimmverhalten soll von den Interessen des Geschäftspartners des Dritten und nicht von den Interessen des Maklers bzw. Stimmführers gesteuert werden. Nun muss aber festgehalten werden, dass gemäß **§ 24 Abs 3 WEG** dem **Wohnungseigentümer** bei Vorliegen des dort bezeichneten familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses **jedenfalls kein Stimmrecht** zukommt, und zwar auch dann nicht, wenn er die Eigentümergemeinschaft bzw. die anderen Wohnungseigentümer auf dieses hinweist. Die oben beschriebenen Abgrenzungsprobleme zwischen den in § 6 Abs 4 MaklerG relevanten zwei Qualitäten von Naheverhältnissen stellen sich damit im WEG nicht. Es ist daher mE vordergründig nicht ersichtlich, bzw. bedarf überzeugenden Argumenten, warum sich das Provisionsverbot des § 6 Abs 4 MaklerG nicht auf **alle** Fälle eines familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses –

413 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 115.

414 *H. Böhm*, immolex 2011/69.

415 OGH 20.7.2017, 5 Ob 106/17z, MietSlg 69.454 = immolex 2017/108 (zust *Räth*) = Zak 2017/575 = wobl 2018/34.

entsprechend der wohnungseigentumsrechtlichen „Schwesterregelung“ - erstrecken sollte. De lege ferenda wäre dies, besonders im Hinblick auf die ohnehin hohe Maklerdichte in Österreich und der oben beschriebenen problematischen Vorgehensweise von Makler-Gesellschaften „mit Bauträgerhintergrund“ zu erwägen.⁴¹⁶

3.3. Sonstiges familiäres und wirtschaftliches Naheverhältnis

3.3.1. Grundlegender Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der besonderen Aufklärungspflicht des Maklers bei Vorliegen eines „sonstigen“ familiären und wirtschaftlichen Naheverhältnisses gem § 6 Abs 4, 3. Satz, ist weit gefasst: Es ist nicht erforderlich, dass unmittelbar Eigeninteressen am Hauptvertrag selbst durch den Makler wahrgenommen werden oder ein wirtschaftliches Eigengeschäft vorliegt, sondern es reicht aus, dass der Makler mit der anderen Partei des Hauptvertrags **im engen Verhältnis** steht. Maßgebend ist hier die **bloße Möglichkeit**, dass die **Wahrung der Interessen** des Auftraggebers **beeinträchtigt** sein könnte. Schon dann, wenn bei objektiver Betrachtung eine Beeinträchtigung nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint, besteht eine Hinweispflicht.⁴¹⁷ Bei gesellschaftlichen Verflechtungen ist hiebei anstelle „starrer Beteiligungsverhältnisse“ die Einzelfallsituation als solche zu betrachten.⁴¹⁸ Dabei ist wiederum auf den Zweck und die Finanzierung des abgeschlossenen Geschäftes sowie Art und **Intensität der wirtschaftlichen Verflechtungen** zwischen den Beteiligten bzw. deren Beziehungen zueinander zu achten.⁴¹⁹

Wie der OGH betont, entspricht der Begriff des familiären und wirtschaftlichen Naheverhältnisses in § 6 Abs 4 MaklerG dem in § 24 Abs 3 WEG.⁴²⁰ Insofern kann zu dessen Interpretation auch die wohnungseigentumsrechtliche Rsp⁴²¹ herangezogen werden.⁴²² Die Abgrenzung zwischen einem solchen Naheverhältnis, das die Hinweispflicht gem § 6 Abs 4 MaklerG begründet und einem

416 Vgl den darauf abzielenden Initiativantrag der SPÖ vom 20.9.2017, IA 2316/A XXV. GP.

417 Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 41; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 113 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 124 ff; OGH 24.4.2001, 1 Ob 79/01a, MietSlg 53.605 = ecolex 2001/210 (zust Helmich) = immolex 2002/37 = KRES 10/136 = RdW 2002/12 = ÖJZ 2001/184; OGH 5.9.2000, 5 Ob 49/00t, MietSlg 52.644 = immolex 2001/35 = KRES 10/131 = JBl 2011, 244 = RdW 2001/26 = wobl 2002/73 (zust Vonkilch); OGH 5.7.2017, 7 Ob 109/17f, MietSlg 69.492 = immolex 2018/8 (zust Rosifka).

418 Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 114; OGH 10.5.2011, 4 Ob 224/10k, MietSlg 63.547 = immolex 2011/69 (abl Böhm) = GesRZ 2011, 316 (abl Noss) = ecolex 2011/266 (krit Friedl) = wobl 2011/131 (abl Kothbauer) = RdW 2011/562 = Zak 2011/459 = bbl 2011/172.

419 Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 114 mwN; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 41; OGH 14.9.1999, 5 Ob 199/99x, MietSlg 51.361 = immolex 2000/96 = ÖWR 2001, E 82; u.v.a.

420 OGH 20.7.2017, 5 Ob 106/17z, MietSlg 69.454 = immolex 2017/108 (zust Rätth) = Zak 2017/575 = wobl 2018/34.

421 Vgl A. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 14 Rz 37 ff.

422 Zu den Unterschieden in den Rechtsfolgen siehe IV.3.2.

solchen, dass zwar ein gewisses, wenn auch sehr weites Naheverhältnis zwischen Makler und vermittelten Vertragspartner aufweist, aber keine – nicht einmal objektive – Interessengefährdung für den Auftraggeber mit sich bringt, ist im Hinblick auf das den Maklern zu empfehlende „großzügige“ Nachkommen der Hinweispflicht, besonders auch in Grenzfällen, weitgehend irrelevant.⁴²³

3.3.2. Der makelnde Hausverwalter

Den Gesetzesmaterialien⁴²⁴ ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bei Einführung dieser Bestimmung v.a. auch den **makelnden Hausverwalter** vor Augen hatte: Beim Hausverwalter, der zugleich als Makler eine von ihm verwaltete Wohnung vermittelt, bleibe trotz dieser Hinweispflicht ein „**Unbehagen**“ bestehen, welches neben der möglichen Interessenkollision durch das größere Naheverhältnis zum Hauseigentümer auch noch andere Ursachen habe. Die Erläuterungen verweisen diesbezüglich auf die von Konsumenten- und Mieterschutzseite vorgebrachten Argumente, wonach die Vermietung freier Wohnungen ohnehin zur Aufgabe eines Hausverwalters gehören würde und die daneben entfaltete Tätigkeit als Makler schon durch das Hausverwalter-Honorar abgedeckt sei. Ein (zusätzlicher) Provisionsanspruch würde die Wohnungssuche zusätzlich verteuern. Wenn zur Untermauerung der Ablehnung eines Provisionsanspruches des makelnden Verwalters dem Grunde nach auch ins Treffen geführt wird, dass einem Provisionsanspruch dem Interessenten gegenüber auch die sich aus § 1009 ABGB ableitbare Interessenwahrungspflicht entgegenstünde, weil der Immobilienmakler, der gleichzeitig Hausverwalter ist, nach § 1009 ABGB die Interessen des Abgebers zu vertreten habe⁴²⁵, muss dem klar entgegengehalten werden, dass dies eben dem in der Immobilienmakler-Branche bestehenden Geschäftsgebrauch der Doppelmaklertätigkeit⁴²⁶ entspricht: Die Tatsache, dass der Makler (auch!) im Interesse der anderen Vertragspartei tätig wird, spricht per se nicht dagegen, dass er gs auf beiden Seiten einen Provisionsanspruch erwerben kann.

Die Erläuterungen bezeichnen dementsprechend eine gesetzliche Regelung, wonach bei Zusammentreffen von Hausverwalter- und Maklertätigkeit **kein Provisionsanspruch** bestehen soll, als „**nicht zielführend**“⁴²⁷. Dem in aller Regel geringeren Aufwand des makelnden Hausverwalters

423 IdS Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 113, 115; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 129; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81 f; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 41 f.

424 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

425 Vgl Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich (2015) 118.

426 Dazu siehe ausführlich II.1.

427 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

sei am besten durch entsprechend herabgesetzte Provisionssätze Rechnung zu tragen. Dies wurde in § 21 IMV umgesetzt.⁴²⁸ Die Pflicht zur Wahrung der Interessen (auch) des Wohnungsinteressenten bleibt dadurch unberührt, insbesondere muss der makelnde Hausverwalter seinem Auftraggeber jedenfalls auf das **bestehende Naheverhältnis in Form des Verwaltungsvertrages** hinweisen.⁴²⁹ Voraussetzung für einen Provisionsanspruch bleibt aber immer, dass der Makler dem Grunde nach überhaupt verdienstvoll tätig wird: Setzt der Makler, der gleichzeitig auch Hausverwalter ist, nämlich über die ihm durch das Verwalter-Honorar abgegoltene Tätigkeit hinaus keine weiteren, den Mietvertragsabschluss fördernden Aktivitäten, so fehlt es an dieser Voraussetzung.⁴³⁰

3.3.3. Immobilienmakler und Bauträger

Ein „sonstiges“ wirtschaftliches Naheverhältnis wird oft auch im Verhältnis zwischen Makler und einem **Bauträger** vorliegen: Abgesehen von den unter IV.3.2. thematisierten gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen kann ein solches auch durch „bloße“ wirtschaftliche Verbindungen begründet werden.⁴³¹ Wie *Prader/Markl*⁴³² nachvollziehbar ausführen, ist bei der Beurteilung, ob eine solche Verbindung vorliegt, ein strenger Maßstab anzulegen: Der Gesetzgeber wollte mit der Bestimmung des § 6 Abs 4 MaklerG erreichen, dass bei einer den **Anschein einer Unbefangenheit zumindest in Frage zu stellenden Nahebeziehung** – welcher Art auch immer – darauf hinzuweisen ist.

Hauptanwendungsfall einer solchen Konstellation wird sein, dass der Bauträger die Maklertätigkeit an einen eigenständigen, mit ihm gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen, Makler auslagert, mit dem er aber **laufend zusammenarbeitet**. In dem der E 7 Ob 109/17f⁴³³ zugrunde liegenden SV vermittelte der Immobilienmakler einen Kaufvertrag über ein Bauvorhaben einer Bauträgerin mit der er schon seit ca sieben Jahren laufend zusammenarbeitete. Der Makler erhielt zwar **keine Vermittlungsprovision vom Bauträger**, der wesentliche Teil der von ihm vermittelten Geschäfte betraf jedoch dessen Objekte. Der OGH bestätigte die Rechtsansicht der Unterinstanzen, dass die

428 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 45; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 130 f; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 115 f.

429 *S. Bydlinski*, MaklerG § 6 Anm 11; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 45; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 130 f; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 115 f; OGH 27.6.1995, 5 Ob 92/95, MietSlg 47.286 = KRES 10/31 = ÖWR 1998 E 32; OGH 13.10.1998, 5 Ob 233/98w, MietSlg 50.376 = immolex 1999/32 (zust *Pfiel*) = RdW 1999, 191 (zust *Iro*) = ARD 5055/31/99.

430 *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82 mwN; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 128 f; *Fromherz*, MaklerG §§ 6 und 7 Rz 48 ff.

431 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 115; *Knittl/Holzzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 126; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 44; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82.

432 *Prader/Markl*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202.

433 OGH 5.7.2017, 7 Ob 109/17f, MietSlg 69.492 = immolex 2018/8 (zust *Rosifka*).

gegenständliche ständige Geschäftsbeziehung zwischen Bauträger und Makler eine Gefährdung der Interessenwahrung des Auftraggebers in objektiver Hinsicht als zumindest möglich erscheinen lässt. Die Tatsache, dass der Bauträger – aus welchen Gründen auch immer – keine Vermittlungsprovision leistete, ändere nichts daran, dass hier ein, die Hinweispflicht gem § 6 Abs 4 MaklerG auslösendes, wirtschaftliches Naheverhältnis vorliegt.

Demgegenüber hat der OGH zu **10 Ob 26/07g**⁴³⁴ die Rechtsansicht der Unterinstanzen bestätigt, dass eine „**lose Geschäftsbeziehung**“ (den Entscheidungsgründen war leider nicht zu entnehmen, wie sich diese im konkreten Fall dargestellt hat) **nicht** zur Qualifikation eines wirtschaftlichen Naheverhältnisses iSv § 6 Abs 4 MaklerG führt. Wie *Knittl/Holzapfel*⁴³⁵ nachvollziehbar ausführen, setzt ein solches eine ständige Geschäftsbeziehung, die von einer bestimmten Intensität der Zusammenarbeit geprägt ist, voraus: Vermittelt etwa ein Makler die Wohnung eines Verkäufers, dem er zuvor den Kauf einer anderen Immobilie vermittelt hat, begründet dies noch kein wirtschaftliches Naheverhältnis.

*Prader/Markl*⁴³⁶ nennen als weiteren Fall eines iSv § 6 Abs 4, Satz 3, MaklerG relevanten Naheverhältnisses die Vermittlung der Objekte eines Bauträgers durch einen mit diesem in einem **familiären Naheverhältnis** stehenden Makler (zB Tochter oder Sohn des Geschäftsführers einer Bauträger-GmbH). Das Gesetz enthält keine klaren Anhaltspunkte dafür, wann ein solches familiäres Naheverhältnis vorliegt. Die *Materialien*⁴³⁷ führen hinsichtlich der Qualifikation als Eigengeschäft lediglich aus, dass hierfür sowohl die Nähe der Verwandtschaft und die Intensität der Beziehung als auch der Zweck des jeweiligen Geschäfts zu prüfen sind. Ein relevantes familiäres Naheverhältnis muss nach der Lit bei Ehegatten und Verwandten in gerader Linie ausgegangen werden, es kann darüber hinaus aber auch hinsichtlich anderer Familienmitglieder in Betracht kommen. Bei diesen ist insbesondere auf den Verwandtschaftsgrad und die Stärke der Beziehung abzustellen.⁴³⁸

Aber auch **spezielle vertragliche Absprachen** zwischen Makler und Bauträger können zu einer nach § 6 Abs 4 MaklerG relevanten wirtschaftlichen Verbindung führen⁴³⁹: Für *Prader/Markl*⁴⁴⁰ ist

434 OGH 20.3.2007, 10 Ob 26/07g, KRES 10/224 = immolex 2009/140.

435 *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 126 f.

436 *Prader/Markl*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202.

437 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

438 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 117 f; *Fromherz*, MaklerG § 7 Rz 49; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 43; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 129; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82 f.

439 *Prader*, MaklerG^{2.00} § 6 Rz 4.

440 *Prader/Markl*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202.

dies etwa dann der Fall, wenn der Makler dem Bauträger die zu verbauende Liegenschaft vermittelt und sich als Gegenleistung für die Reduzierung der Maklerprovision den Verkauf der errichteten Einheiten ausbedingt. Von einer entsprechenden Aufklärungspflicht für den Makler wird auch dann auszugehen sein, wenn der Bauträger als Gegenleistung „für die Finanzierung“ dem mit der finanzierenden Bank verbundenen „Bankenmakler“ den Vermittlungsauftrag erteilt.

Im Zusammenhang mit der gängigen Geschäftsgebarung von Bauträgern ist jedoch noch einem anderen Umstand Beachtung zu schenken: Auch bei ordnungsgemäßigem Hinweis auf das Vorliegen eines gem § 6 Abs 4 MaklerG relevanten wirtschaftlichen oder familiären Naheverhältnisses müssen die gem § 6 Abs 1 MaklerG erforderlichen Voraussetzungen für das Entstehen des Provisionsanspruches, insbesondere die Verdienstlichkeit, vorliegen.⁴⁴¹ Diesbezüglich weisen *Prader/Markl*⁴⁴² zutreffend darauf hin, dass dem potentiellen Käufer bzw. Mieter der Bauträger als möglicher Vertragspartner in aller Regel schon im Vorfeld bekannt sein wird: Bauträgerprojekte werden grundsätzlich bereits im Vorfeld massiv beworben, etwa durch Anbringen auffälliger Firmmentafeln auf der Baustelle oder auch durch Einschaltungen in Printmedien. Im Gegensatz zur Suche nach Immobilien auf den gängigen Internetportalen (zB willhaben.at; immobilien.net, etc.), bei der Immobilien nur unter einer vagen örtlichen Beschreibung unter Nichtnennung des Verkäufers bzw. Vermieters auffindbar sind, ist der potentielle Vertragspartner bei Bauträgerprojekten meist so klar individualisiert, dass mit ihm in (weiteren) Kontakt getreten werden kann.

Nun muss festgehalten werden, dass gem § 6 Abs 1 MaklerG der Provisionsanspruch des Maklers eine vertragsgemäße, verdienstliche Tätigkeit des Maklers voraussetzt. Die **bloße Namhaftmachung** des Dritten reicht nur dann, wenn für den betreffenden Geschäftszweig ein **abweichender Gebrauch** besteht.⁴⁴³ Dass für den Tätigkeitsbereich des **Immobilienmaklers** ein solcher existiert, ist unzweifelhaft und ergibt sich schon alleine aus den Gesetzesmaterialien.⁴⁴⁴ **Namhaftmachung** bedeutet, dass es dem Interessenten möglich sein muss, ohne weiteres in konkrete Vertragsverhandlungen zu treten. Es bedarf der Nennung einer Person, mit der ein Vertragsabschluss der gewünschten Art mit hinreichend begründeter positiver Erfolgsabsicht

441 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 37; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 118 f; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 112; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 81 f; *Böhm*, immolex 2011/69.

442 *Prader/Markl*, Immolex 2011, 202.

443 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 4 f; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 39 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 32; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 72 f; OGH 20.3.2007, 10 Ob 26/07g, KRES 20/224 = immolex 2009, 140; u.v.a.

444 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 15 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 1 Rz 13; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 42 mwN; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 32; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 72.

versucht werden kann. Eine individuelle Bezeichnung ist zwar nicht nötig, der Namhaftgemachte muss aber so weit individualisiert werden, dass sich der Auftraggeber mit ihm in Verbindung setzen kann.⁴⁴⁵

Die beschriebene, übliche Vorgehensweise eines Bauträgers führt nun aber dazu, dass dieser dem Interessenten in diesem Sinne bereits bekannt sein wird. Der Geschäftsgebrauch der (bloßen) Namhaftmachung kann daher hier zur Begründung des Provisionsanspruches nicht greifen. Wie *Prader/Markl*⁴⁴⁶ nachvollziehbar ausführen, kann sich die Tätigkeit des Maklers daher bei der Vermittlung von Bauträgerobjekten nicht auf die Namhaftmachung der Geschäftsgelegenheit beschränken, sondern setzt weitere, darüber hinausgehende, Schritte voraus. Solche haben dann in einer **aktiven, „vermittelnden“ Tätigkeit** zu bestehen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Vermittler auf den Entschluss des Gegners mindestens einwirkt, dass er ihm das Vertragsanbot schmackhaft zu machen sucht, indem er fördernde Vorstellungen erweckt und bekräftigt und hemmende beseitigt oder entkräftet.⁴⁴⁷

3.4. Umfang und Inhalt der Hinweispflicht

Weder § 6 Abs 4 MaklerG noch § 30b Abs 1 KSchG enthalten nähere Angaben darüber, wie der Hinweis auf ein etwaiges wirtschaftliches oder familiäres Naheverhältnis inhaltlich ausgestaltet sein muss. Daraus ziehen *Knittl/Hozapfel* den Schluss, dass keine Verpflichtung besteht, das bestehende Naheverhältnis zu begründen oder näher auszuführen.⁴⁴⁸ Dem entsprechend existieren auch verschiedentlich Formulare für Maklerverträge, die eine undifferenzierte standardisierte Formulierung des Inhalts, dass „auf ein bestehendes Naheverhältnis“ zum Vermieter, Verkäufer oder Bauträger hingewiesen wird, aufweisen.⁴⁴⁹ Diese Vorgehensweise ist mE in mehrerer Hinsicht problematisch:

⁴⁴⁵ Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 32 mwN; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 40 f; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 72 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 20 ff; OGH 21.12.2005, 7 Ob 145/05g, MietSlg 57.552 = immolex 2006/77 = RdW 2006/327; OGH 21.9.2006, 2 Ob 80/05m, MietSlg 58.497 = AnwBL 2007, 288 = RdW 2007/235 u.a.

⁴⁴⁶ *Prader/Markl*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202.

⁴⁴⁷ *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 4; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 33; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 70 f; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 44 f; OGH 23.3.2012, 1 Ob 42/12a = immolex-LS 2012/55 = wobl 2013/40 (zust *Kothbauer*); u.a.

⁴⁴⁸ *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 131.

⁴⁴⁹ *Kolba* in *Kosenik-Wehrle*, KSchG³, § 30b Rz 19.

Zunächst ist die diesbezügliche **Textierung der Gesetzesmaterialien**⁴⁵⁰ zu betrachten: Diese sprechen davon, dass in den Fällen, in denen das vermittelte Geschäft seinem wirtschaftlichen Zweck nach zwar nicht einem Abschluss durch den Makler gleichkommt, aber dennoch enge Beziehungen zu einer Partei des Geschäfts vorliegen, der Makler „**diese** Nahebeziehung“ zum vermittelten Dritten dem Auftraggeber offenlegen muss, um seinen Provisionsanspruch zu wahren. Schon dieser Wortlaut, der eben nicht nur den Hinweis auf die Tatsache „irgendeiner“ Nahebeziehung fordert, spricht mE dafür, dass die jeweiligen konkreten Umstände, die zur Beurteilung „dieses“ entscheidungsrelevanten Naheverhältnisses notwendig sind, Gegenstand der Hinweispflicht zu sein haben.

Für diese Sichtweise spricht auch der **Telos** dieser Bestimmung, wenn die Materialien weiter ausführen, dass dann, wenn der Auftraggeber – entsprechend informiert - „unter diesen Umständen“ mit der weiteren Vermittlungstätigkeit des Maklers einverstanden ist, von einer vertragsgemäß verdienstlichen Tätigkeit desselben ausgegangen werden kann. Es geht eben darum, wie *Prader/Markl*⁴⁵¹ nachvollziehbar ausführen, dass der Vertragspartner des Maklers in die Lage versetzt werden muss zu **beurteilen, ob er die Objektivität und das damit einhergehende Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen** trotz Vorliegen eines Naheverhältnisses des Maklers zum potentiellen Vertragspartner für gegeben oder nicht gegeben erachtet. IdS formulieren auch *Knittl/Holzapfel*⁴⁵², dass es Zweck dieser Informationspflichten ist, den **Auftraggeber** „zu warnen“. Nicht nachvollziehbar ist hingegen deren Schlussfolgerung, dass für diese Warnung der undifferenzierte Hinweis auf die Tatsache des Bestehens eines (in diesem Sinne: irgendeines) Naheverhältnisses ausreichend sein soll.

Die Tatsache, dass ein provisionswahrender Hinweis die konkreten Gegebenheiten des Naheverhältnisses darlegen muss, ist aber schon aus der – sehr allgemeinen – **Anordnung des § 3 Abs 3 MaklerG** ableitbar, wonach Makler und Auftraggeber verpflichtet sind, einander die **erforderlichen Nachrichten** zu geben.⁴⁵³ Um dem Auftraggeber eine fundierte Beurteilung einer etwaigen Interessenkollision zu ermöglichen, sind die Umstände eben idS „erforderlich“.⁴⁵⁴ Auch für *Rosifka*⁴⁵⁵ genügen zur Erfüllung der Hinweispflicht weder die Aufnahme eines standardisierten Textbausteins, der auf ein bestehendes Naheverhältnis Bezug nimmt, in das Formular eines

450 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

451 *Prader/Markl*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202 (203).

452 *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 131.

453 Siehe IV.1.

454 IdS auch *Prader/Markl*, immolex 2011, 202.

455 *Rosifka*, Zum wirtschaftlichen Naheverhältnis iSd § 6 Abs 4 MaklerG, immolex 2018/8.

Maklervertrags noch eine pauschale Formulierung, ohne dass der Makler Art bzw. Grund der Nahebeziehung zum vermittelten Dritten offenlegt. Wie *Prader*⁴⁵⁶ nachvollziehbar betont, darf nicht vergessen werden, dass § 6 Abs 4 MaklerG eine **Aufklärungspflicht** des Maklers zum Gegenstand hat. Eine solche kann durch die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes jedenfalls dann nicht erfüllt werden, wenn dieser **keine Legaldefinition** (hier des Begriffs des Naheverhältnisses) enthält, sondern vielmehr eine gesetzliche Präzisierung zur Eruierung der gesetzlichen Vorgabe voraussetzt. Schließlich muss auch ein Gericht bei der Beurteilung, ob ein relevantes Naheverhältnis vorliegt, die näheren Hintergründe und die konkreten Gegebenheiten berücksichtigen.

Das Bedürfnis, der Hinweispflicht durch einfache, knapp gehaltene, Textbausteine nachzukommen, ist insofern nachvollziehbar, als eine **Darlegung der konkreten Umstände**, die die Objektivität des Maklers gefährdet erscheinen lassen, **bis ins kleinste Detail** oft auch für den Auftraggeber **nicht wünschenswert** bzw. zielführend sein wird: So wird etwa im der E 4 Ob 224/10k⁴⁵⁷ zugrunde liegenden SV eine genaue Beschreibung der gegenständlichen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung nicht nur den Rahmen eines jeden Maklervertrages sprengen, sondern auch für einen durchschnittlich verständigen Auftraggeber nicht wirklich erhellend sein. Zumutbar und sinnvoll erscheint hier ein Hinweis dahin gehend, dass es sich bei der Bauträger-Gesellschaft um eine Schwestergesellschaft des Maklers handelt und diese miteinander über eine Bürogemeinschaft und eine gemeinsame Geschäftsführung verbunden sind. Ebenso wird man im der E 7 Ob 109/17f⁴⁵⁸ zugrunde liegenden SV davon ausgehen können, dass der Hinweis auf eine langjährige wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen Makler und Bauträger ausreichend ist, und eine genauere Spezifizierung etwa hinsichtlich der Modalitäten der Provisionsverrechnung und der Intensität nicht erforderlich sein wird.

Als Maßstab für eine rechtlich einwandfreie Formulierung wird – zumindest im Auftragsverhältnis mit Konsumenten – auch das **Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG** heranzuziehen sein.⁴⁵⁹ Demnach ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung **unwirksam**, wenn sie **unklar oder unverständlich** abgefasst ist. Der OGH erkennt als „Einzelwirkung“ dieses Transparenzgebotes u.a. das **Gebot der Erkennbarkeit und**

456 *Prader*, Immobilienmakler: Alleinvermittlungsauftrag und Aufklärungspflicht über das wirtschaftliche Naheverhältnis, RdW 2019/14.

457 OGH 10.5.2011, 4 Ob 224/10k, MietSlg 63.547 = immolex 2011/69 (abl *Böhm*) = GesRZ 2011, 316 (abl *Noss*) = ecolex 2011/266 (krit *Friedl*) = wobl 2011/131 (abl *Kothbauer*) = RdW 2011/562 = Zak 2011/459 = bbl 2011/172; dazu näher siehe IV.3.2.

458 OGH 5.7.2017, 7 Ob 109/17f, MietSlg 69.492 = immolex 2018/8 (zust *Rosifka*); siehe auch IV.3.3.3.

459 IdS *Prader/Markl*, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 202 (203).

Verständlichkeit der jeweiligen Vertragsklausel an.⁴⁶⁰ Gemessen an dieser Vorgabe kann im Einzelfall mE nicht nur die bloße Wiedergabe der verba legalia („Auf ein wirtschaftliches Naheverhältnis wird hingewiesen.“) nichtssagend und intransparent sein, sondern ebenso eine detaillierte und entsprechend umfangreiche Darlegung einer komplexen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung. Der durchschnittlich verständige Verbraucher wird mit Begriffen wie „Kommanditist“, „Komplementär-GmbH“, „Prokurist“, etc. in aller Regel wenig anzufangen wissen und die betreffende Textpassage als solche aus einer Betrachtung ausklammern, gilt sein Interesse doch in allererster Linie der zu vermittelnden Immobilie.

3.5. Die zeitliche Komponente der Hinweispflicht

Gem **§ 6 Abs 4 MaklerG** hat der Makler den Auftraggeber **„unverzüglich“** auf ein relevantes Naheverhältnis hinzuweisen. Fragen wirft das Verhältnis dieser zentralen Regelung zur (spezielleren) Bestimmung des **§ 30b Abs 1 KSchG** auf, die für das Konsumentengeschäft zunächst – entsprechend dem Charakter der Hinweispflicht auf vorvertragliche Aufklärungspflicht⁴⁶¹ – in Satz 1 festlegt, dass der Immobilienmakler **vor Abschluss des Maklervertrages** darauf hinweisen muss. Der letzte Satz des **§ 30b Abs 1 KSchG** bestimmt, dass die Rechtsfolgen des **§ 3 Abs 4 MaklerG** (Schadenersatz – und Provisionsminderungsanspruch) erst dann greifen, wenn der Makler seinen Informationspflichten nicht **spätestens vor der Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft** nachkommt. Dass dieser - scheinbare - Widerspruch bei verständiger Würdigung des Gesetzes nur dahin gehend ausgelegt werden kann, dass sich der letzte Satz lediglich auf die in dieser Bestimmung ebenfalls festgelegte „Richtigstellungsverpflichtung“ von zunächst unrichtigen Angaben des Maklers bezieht, wurde bereits unter 4.1.2. erörtert. Insofern kann auch der Aussage von Noss, dass in **§ 30b KSchG** „demgegenüber“ (bezogen auf **§ 6 Abs 4 MaklerG**) die Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft als „zeitliche Begrenzung“ statuiert wird⁴⁶², nicht uneingeschränkt beigepflichtet werden. Der Immobilienmakler hat daher seinen Auftraggeber, der **Konsument** ist, schriftlich und bereits **vor Abschluss des Maklervertrages** auf ein etwaiges relevantes Naheverhältnis hinzuweisen.⁴⁶³

460 OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y, KRES 1h/31 = ecolex 2001, 147 (zust Rabl); Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 155 f mwN.

461 Vgl Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 142; Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 117 f; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 83; Erl RV 2 BlgNR XX. GP. 19.

462 Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 83.

463 Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 111; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 30b Rz 13 f; Knittl/Holzzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 117 f; Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 364.

*Fromherz*⁴⁶⁴ vertritt die Auffassung, dass das Kriterium der „Unverzüglichkeit“ in § 6 Abs 4 MaklerG in dem Sinne verstanden werden muss, dass – auch außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG – die **Aufklärung jedenfalls vor Abschluss des Maklervertrages** stattzufinden hat. Eine erst später erfolgte Aufklärung stehe einer objektiven Einschätzung der Maklerrolle entgegen, da der Auftraggeber durch die (teilweise) Kenntniserlangung vom Vertragsgegenstand bereits befangen wäre.⁴⁶⁵ Der OGH ist dieser Meinung in der vereinzelt gebliebenen E 1 Ob 201/07a⁴⁶⁶ gefolgt, in der er – unter Bezugnahme auf *Fromherz*, aber ohne jede weitergehende Erläuterung – festhält, dass die von § 6 Abs 4, 3. Satz, MaklerG geforderte unverzügliche Aufklärung nur dahin interpretiert werden kann, dass den Makler diese Pflicht **vor** Aufnahme seiner Tätigkeit gegenüber dem Auftraggeber hinsichtlich einer ihm nahe stehenden Person trifft.

Gegen diese Ansicht spricht mE schon die Textierung der Gesetzesmaterialien, sehen diese doch die – bei ordnungsgemäßem Hinweis – vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers darin begründet, dass der Auftraggeber unter diesen Umständen mit der „**weiteren**“ (!) Vermittlungstätigkeit des Maklers einverstanden ist.⁴⁶⁷ Die Verwendung der Apposition „weiteren“ setzt voraus, dass es schon vor dem vom Makler geforderten Hinweis entsprechende Vermittlungstätigkeiten des Maklers gegeben haben darf.

Der in der genannten Entscheidung geforderte Hinweis vor Aufnahme der Tätigkeit des Maklers ist zudem mit dem im Geschäftsfeld der Immobilienmakler bestehenden von § 6 Abs 2 MaklerG abweichenden Gebrauch, wonach die vertragsgemäße **verdienstliche Tätigkeit** des Immobilienmaklers schon durch **bloße Namhaftmachung** begründet wird,⁴⁶⁸ nicht in Einklang zu bringen: Besteht die Tätigkeitspflicht des Maklers nun aber – zulässigerweise – in der bloßen Namhaftmachung des potentiellen Vertragspartners, kann der Makler auch erst dann – im Rahmen dieser Namhaftmachung – auf das bestehende Naheverhältnis hinweisen.⁴⁶⁹ Eine Erfüllung dieser Hinweispflicht vor Aufnahme der Tätigkeit ist in einem solchen Fall denkunmöglich. Bedenkt man, dass dieser „abweichende Gebrauch“ nicht nur im Unternehmergeschäft, sondern auch im Verbrauchergeschäft besteht, ist die Ansicht *Kothbauers* nachvollziehbar, wonach eine

464 *Fromherz*, MaklerG §§ 6 f Rz 54.

465 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (20076) 111 f, *Fromherz*, MaklerG §§ 6 f Rz 54.

466 OGH 1.1.2008, 1 Ob 201/07a, MietSlg 60.536 = immolex 2008/98 (abl *Kothbauer*) = RdW 2008/283.

467 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20.

468 Dazu siehe IV.3.3.3.

469 IdS *Kothbauer*, Glosse zu OGH 1.1.2008, 1 Ob 201/07a, immolex 2008/98.

Harmonisierung der zeitlichen Vorgaben für die Hinweispflicht in § 6 Abs 4 MaklerG und § 30b Abs 1 KSchG – entgegen der Ansicht von *Fromherz* – dahin gehend vorzunehmen ist, dass letztlich nach beiden Rechtsgrundlagen auf die „Unverzüglichkeit“ gem § 6 Abs 4 MaklerG abzustellen ist.⁴⁷⁰

In der früheren E 7 Ob 300/00v⁴⁷¹ setzte sich der OGH eingehend mit dem Verhältnis dieser beiden Bestimmungen auseinander und hielt dazu nachvollziehbar fest, dass der Umstand, dass der Gesetzgeber im § 30b Abs 2 KSchG die Hinweispflicht ausdrücklich vor Abschluss des Maklervertrages vorsieht, nicht für, sondern gegen die Annahme, dass dies auch für die Hinweispflicht des Maklers gegenüber Unternehmern zu gelten habe, spricht. Er betont, dass die **Bestimmung des § 30b KSchG eine typische Verbraucherschutzvorschrift** ist, die bestimmte vorvertragliche Informationspflichten regelt. Die besondere Schutzwürdigkeit, die dem Konsumenten damit vom Gesetzgeber attestiert wird, könne nicht in gleichem Maße auch Unternehmern zugebilligt werden. Der OGH bezeichnet es als „konsequent“, dass im MaklerG die Aufklärungspflicht des Maklers gegenüber Unternehmern - anders als gegenüber Verbrauchern - nicht als vorvertragliche Obliegenheit formuliert und auch nicht an die Schriftform gebunden wird. Die für Konsumenten wohl berechtigte Befürchtung einer Befangenheit im Sinne der Ausführungen von *Fromherz* hinsichtlich Unternehmern sei übertrieben. Unternehmern sei ohne weiteres zuzusinnen, dass sie auch noch "nach Kenntnis von der Vertragsgelegenheit" durchaus in der Lage sind, den Umstand eines Naheverhältnisses des Maklers zum Dritten mit ins Kalkül zu ziehen. Daher kann der **Makler seiner Aufklärungspflicht über ein wirtschaftliches Naheverhältnis gegenüber Unternehmern auch nach Aufnahme erster Maklertätigkeiten** noch rechtzeitig nachkommen. Eine entsprechende Aufklärung wird aber spätestens vor dem Zeitpunkt erfolgen müssen, zu dem der Unternehmer im Hinblick auf das vermittelte Geschäft Dispositionen trifft.⁴⁷²

3.6. Rechtsfolgen der Unterlassung der gebotenen Hinweispflicht

Das MaklerG ordnet für die Verletzung der Hinweispflicht auf ein relevantes Naheverhältnis eine – im Verhältnis zur Verletzung der anderen Informations- und Aufklärungspflichten – spezielle Rechtsfolge dahingehend an, als diese kraft ausdrücklicher Anordnung in § 6 Abs 4 MaklerG zum

470 *Kothbauer*, Glosse zu OGH 1.1.2008, 1 Ob 201/07a, immolex 2008/98.

471 OGH 14.12.2000, 7 Ob 300/00v, MietSlg 52.647 = immolex 2001/109 = ecolx 2001/150 = KRES 10/135 = RdW 2001/445.

472 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 40; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 111 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 83; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 126, 131.

gänzlichen Provisionsentfall und nicht nur zu einer (anteiligen) Provisionsminderung⁴⁷³ führt. Andererseits beeinträchtigt das grundsätzliche Vorliegen eines relevanten Naheverhältnisses – außer dem Fall des maklenden Hausverwalters⁴⁷⁴ – bei ordnungsgemäßigem Hinweis darauf in keiner Weise das (Weiter-)Bestehen des Provisionsanspruches des Maklers in vollem Umfang.^{475 476}

Während § 6 Abs 4 MaklerG keine besonderen **Formvorschriften** für den Hinweis auf das Naheverhältnis festsetzt, wird in **§ 30b Abs 1 KSchG** für den Bereich des Verbrauchergeschäfts normiert, dass der Makler den Konsumenten **in einer schriftlichen Übersicht** u.a. auch auf ein „allfälliges“ nach § 6 Abs 4 MaklerG relevantes Naheverhältnis **hinweisen** muss.⁴⁷⁷ Gem § 31 Abs 2 KSchG kann von dieser Bestimmung zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgegangen werden. Fraglich ist die **Konsequenz** der Verletzung dieses konsumentenschutzrechtlich angeordneten Formgebots:

Der OGH setzte sich zu **1 Ob 79/01a**⁴⁷⁸ mit den Folgen eines nur **mündlich** erteilten Hinweises auseinander und hielt – unter Betonung der Warnfunktion von § 30 Abs 1 KSchG - fest, dass ein solcher **nicht ausreichend** ist: Die **Schriftlichkeit** eines solchen Hinweises sei geboten, weil der Kunde eines Maklers beim Verbrauchergeschäft vor möglichen Interessenkollisionen ausdrücklich gewarnt und ihm das wirtschaftliche Naheverhältnis bewusst gemacht werden soll. Die Forderung nach der Schriftlichkeit des Hinweises sei dabei vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein übereilter Abschluss des Geschäfts durch den Verbraucher verhindert werden soll. Die geforderte Schriftlichkeit diene nicht allein Beweis Zwecken. Dies habe aber zur Folge, dass die Nichteinhaltung der Schriftform die **Ungültigkeit (Unwirksamkeit) eines bloß mündlichen Hinweises** nach sich zieht und ein solcher Hinweis der Bestimmung des § 6 Abs 4 MaklerG - sieht man sie richtigerweise im Kontext mit § 30b Abs 1 KSchG - nicht Genüge tut. Für den OGH hat somit die Unterlassung des geforderten schriftlichen Hinweises nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6 Abs 4, dritter Satz, MaklerG zur Folge, dass der Makler (überhaupt) **keinen Anspruch** auf die Provision erwirbt.

⁴⁷³ Dazu grundsätzlich siehe V.1.

⁴⁷⁴ Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 20; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 45; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 129 f.

⁴⁷⁵ *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 39; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 129; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 118; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 82.

⁴⁷⁶ Auf die Wertungswidersprüche zur Relevanz des Naheverhältnisses bei der Ausübung des Stimmrechtes bei Beschlussfassungen im Wohnungseigentumsrecht (§ 24 Abs 3 WEG) wurde unter IV.3.2. bereits hingewiesen.

⁴⁷⁷ *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 30b KSchG Rz 9; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 83; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 118; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 131.

⁴⁷⁸ OGH 24.4.2001, 1 Ob 79/01a, MietSlg 83.238 = immolex 2002/37 = ecolex 2001/210 (zust Helmich) = ÖJZ 2001/184 = KRES 10/136 = RdW 2002/12.

Diese E wird in der Lit⁴⁷⁹ heftig **kritisiert**: Die Verletzung des Formgebots der Schriftlichkeit ziehe **lediglich eine Mäßigung**, nicht aber den gänzlichen Verlust der Provision nach sich. *Kriegner*⁴⁸⁰ führt für diese Ansicht die Regelung des § 31 KSchG ins Treffen, die eine taxative Aufzählung jener Vereinbarungen enthält, welche nur wirksam sind, wenn sie ausdrücklich und schriftlich erfolgen, und argumentiert damit, dass die Hinweispflicht gem § 6 Abs 4 MaklerG hier nicht aufscheint. Ihrer Meinung nach hätte der Gesetzgeber, wenn er die vom OGH verhängte Rechtsfolge einer Unwirksamkeit des bloß mündlichen Hinweises gewollt hätte, die Hinweispflicht gem § 6 Abs 4, Satz 3, MaklerG nicht in § 30b KSchG, sondern in § 31 Abs 1 KSchG angeführt.

Dieser Argumentation sind mE jedoch 2 Überlegungen entgegenzusetzen: Zum einen hat § 31 Abs 1 KSchG nach seinem Wortlaut ausschließlich „Vereinbarungen“ zum Gegenstand.⁴⁸¹ Bei diesen handelt es sich nach den erläuternden Gesetzesmaterialien⁴⁸² um „besonders einschneidende Gestaltungen des Vertragsverhältnisses“ zwischen einem Verbraucher und einem Makler. Diesem Begriff kann mE ein „Hinweis“ nicht subsumiert werden, handelt es sich bei einem solchen doch um keine (zweiseitige) Gestaltung des Vertragsverhältnisses, sondern um eine einseitig artikulierte Erklärung. Zum anderen würde durch die Zulassung einer bloßen Provisionsminderung bei nicht schriftlich erfolgtem Hinweis iSv § 30 Abs 2 KSchG die eingangs erwähnte grundsätzliche Regelungssystematik des Gesetzgebers verlassen werden, wonach ein ordnungsgemäß erfolgter Hinweis auf das Naheverhältnis iS einer „Alles- oder Nichts-Regelung“ über den Provisionsanspruch in seiner Gesamtheit entscheidet. ME kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, durch die sondergesetzliche Regelung des § 30b Abs 1 KSchG die, dieser Bestimmung zugrunde liegende, Systematik des § 6 Abs 4 MaklerG aufweichen zu wollen.

479 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 118; *Assem/Knittel*, Maklergesetz 39; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 83.

480 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 118.

481 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 31 KSchG Rz 1 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 93; *Knittel/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 131.

482 Erl RV 2 BlgNR XX. GP, 40.

V. Rechtsfolgen der Verletzung von Aufklärungs- und Informationspflichten durch den Immobilienmakler

1. Allgemeines

Gegen Pflichtverletzungen des Immobilienmaklers kann sich der Auftraggeber gemäß § 3 Abs 4 MaklerG zum einen mit **Schadenersatzansprüchen**, zum anderen mit Ansprüchen auf **Provisionsminderung**⁴⁸³ zur Wehr setzen. Während Satz 2 dieser Bestimmung eine eigene Rechtsgrundlage für Provisionsminderungsansprüche schafft, ist Satz 1 hinsichtlich der Nennung von Schadenersatzansprüchen als reiner Verweis auf das allgemeine Schadenersatzrecht (§§ 1293 ff ABGB) zu sehen.⁴⁸⁴ Dementsprechend setzt die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit des Immobilienmaklers das Vorliegen der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen der Verschuldenshaftung, somit Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden voraus.⁴⁸⁵ Verschiedene Entwicklungen der letzten Jahre – hier sind zum einen die in mehreren Abmahnschreiben der AK artikulierte Rechtsmeinung zu Fragen der Beweislastumkehr, zum anderen die von der Rsp aufgegriffenen Analogien zu Anlegerschäden zu nennen – machen es jedoch notwendig, sich mit den (vermeintlichen?) Besonderheiten des „Immobilienmakler-spezifischen“ Schadenersatzrechts auseinander zu setzen.

Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen sind Schadenersatzansprüche **von den Ansprüchen auf Provisionsminderung** zu unterscheiden: Schadenersatzansprüche sind sowohl bei als auch ohne Hauptvertragsabschluss, unabhängig vom dadurch entstehenden Provisionsanspruch des Immobilienmaklers denkbar,⁴⁸⁶ Sie setzen aber jedenfalls das **Vorliegen eines bezifferbaren Schadens** voraus. Dem gegenüber bestimmt § 3 Abs 4 MaklerG, dass, soweit dem Makler ein Provisionsanspruch zusteht, der Auftraggeber wegen Verletzung wesentlicher Pflichten auch eine **Mäßigung nach Maßgabe er durch den Pflichtverstoß bedingten geringeren Verdienstlichkeit** des Maklers verlangen kann. Damit bekommt der Auftraggeber einen Rechtsbehelf für den Fall zur Seite gestellt, dass der Immobilienmakler pflichtwidrig, aber nicht schädigend handelt.⁴⁸⁷

483 Dazu näher siehe *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 34 ff; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 223 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 77 ff; *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 3 Rz 78 ff; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 210 f.

484 *Fromherz*, MaklerG § 3 Rz 47; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 31; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 183 f; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 52; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 209; OGH 23.4.2002, 5 Ob 43/02p, MietSlg 54.173 = ecolex 2002/278 = immolex 2003/31 = KRES 9/79b.

485 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 187.

486 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 229.

487 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 228.

Wesentlich ist, dass schon nach dem Wortlaut des § 3 Abs 4 MaklerG ein Anspruch auf Provisionsminderung immer voraussetzt, dass ein Provisionsanspruch dem Grunde nach überhaupt entstanden ist.⁴⁸⁸ Kein Provisionsanspruch ist etwa im Falle eines Eigengeschäftes des Immobilienmaklers⁴⁸⁹ oder bei nicht erfolgter Aufklärung über ein sonstiges wirtschaftliches oder familiäres Naheverhältnis⁴⁹⁰ gegeben, so dass hier Schadenersatzansprüche, aber keine Ansprüche auf Provisionsminderung denkbar sind.

In einem gewissen Spannungsverhältnis mit diesen Grundsätzen steht die bereits erwähnte⁴⁹¹ E 10 Ob 335/98g.⁴⁹² Der OGH konstatierte hier eine „formale“ Verletzung der Pflicht zur Übergabe der Nebenkostenübersicht gem § 30b Abs 1 KSchG. Er verneinte nachvollziehbar das Vorliegen von Schadenersatzansprüchen mit dem Argument, dass sich die Pflichtverletzung auf die weitere Geschäftsabwicklung nicht ausgewirkt habe. Der Argumentation, dass auch ein Provisionsminderungsanspruch nicht in Frage kommt, weil dem Käufer der Inhalt der – an sich zu übergebenden – Nebenkostenübersicht ohnehin schon aus früheren Wohnungsbesichtigungen bekannt war, kann insofern nicht gefolgt werden, als nach dem Wortlaut des § 3 Abs 4 MaklerG für einen solchen lediglich die **Verletzung wesentlicher Pflichten**, unabhängig vom Vorliegen eines Schadens, Anspruchsvoraussetzung ist.

Eine Provisionsminderung kommt nach dem Wortlaut des § 3 Abs 4 MaklerG nur bei einer Verletzung einer **wesentlichen Pflicht** in Frage.⁴⁹³ Damit eröffnet sich das Problem der Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Pflichtverletzungen. Die Einstufung wird von der Einzelfallsituation und den sich aus der **Maklervertragsauslegung** ergebenden konkreten Pflichten abhängen, die einer umfassenden Gesamtabwägung zu unterziehen sind,⁴⁹⁴ wobei Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers nach § 30b Abs 1 KSchG sowie die sich aus dem FAGG ergebenden Informationspflichten⁴⁹⁵ jedenfalls idS zu den wesentlichen Pflichten gehören.⁴⁹⁶ Das Abstellen auf die Auslegung des konkreten Maklervertrages sowie auf eine umfassende Gesamtabwägung führt in der Praxis naturgemäß dazu, dass Auftraggeber oftmals versuchen, auch

488 Dazu siehe auch IV.1.3.

489 Dazu siehe IV.3.2.

490 Siehe IV.3.3.

491 Siehe IV.2.3.3.

492 OGH 23.10.1998, 10 Ob 335/98g, MietSlg 50.659 = KRES 10/92 = EvBl 1999/64 = immolex 1999/67 = JBl 1999, 388 = wobl 1999/142 (krit *Fromherz*); krit *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 227 mwN.

493 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 225; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 34; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2015) 210; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 18.

494 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 224 f.

495 Dazu siehe IV.1.1.

496 *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 34.

kleinere Pflichtverletzungen des Maklers als für sie wesentlich darzustellen, um sich so unter Berufung auf diese Rechtsgrundlage zumindest einen Teil der geschuldeten Provision „zu ersparen“.⁴⁹⁷

Das **Ausmaß der Provisionsminderung** hängt davon ab, in welchem Maß die Verletzung einer wesentlichen Pflicht die **Verdienstlichkeit** des Maklers gemindert hat.⁴⁹⁸ Die praktische Handhabung wird aber immer eine Ermessensentscheidung des Gerichtes bleiben.⁴⁹⁹ Grundsätzlich gilt, dass die **Erteilung einer falschen Auskunft über eine wesentliche Eigenschaft** des Kaufobjektes die **Verdienstlichkeit** des Maklers **in einem erheblichen Ausmaß mindert**.⁵⁰⁰ So führte in der E 5 Ob 43/02p⁵⁰¹ die unrichtige Information des Maklers über Vollwärmeschutz und Beheizbarkeit einer Wohnung zu einer Minderung um 2/3, in der E 6 Ob 135/16w⁵⁰² die unrichtige Information über das Errichtungsjahr und Zustand des Objekts zu einer Minderung um 4/5, in der E 7 Ob 63/18t⁵⁰³ unrichtige Angaben über Zufahrtsstraße und Zustand des Objekts zu einer Minderung um ½ der jeweils geschuldeten Provision.

Liegen in konkreten Fallkonstellationen sowohl die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch als auch für Ansprüche auf Provisionsminderung vor, so kann der erlittene Schaden mittels Schadenersatz realisiert und zudem Provisionsminderung begehrt werden.⁵⁰⁴

497 IdS *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 225; *Knittl*, ImmZ 1995, 203.

498 *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 3 Rz 78; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 225 ff; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 35; *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2015) 210; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 18. 499 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 227.

500 OGH 24.9.2019, 5 Ob 125/19x, immolex-LS 2019/68, Die Presse 2019/42/01, „Komplett saniertes“ Haus grob mangelhaft: Maklerprovision retour (*Kommenda*); Der Standard 2019/44/02, Immobilienmakler haftet für Fehlinformation.

501 OGH 23.4.2002, 5 Ob 43/02p = ecolex 2002/278 = immolex 2003/31 = MietSlg 54.173 = KRES 9/79b; *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 96 f.

502 OGH 24.10.2016, 6 Ob 135/16w = wobl 2017/56 = die Presse 2017/03/13: Fehlinformation durch Maklerin: kein Schadenersatz.

503 OGH 24.5.2018, 7 Ob 63/18t, MietSlg 70.508 = immolex 2018, 201: Minderung des Provisionsanspruchs des Maklers (*Rainer*) = immolex-LS 2018/51 = ecolex 2018/377

504 *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 299; *Gartner/Karandi*, MaklerG3 (2016) § 3 Rz 34; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 18.

2. Schadenersatzrechtliche Grundsätze

2.1. Bestätigungen in Immobilienverträgen als verpönte Beweislastumkehr gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG?⁵⁰⁵

2.1.1. Grundlegende Problematik

Zentrale Voraussetzung für die Durchsetzung eines gegen den Immobilienmakler gerichteten Schadenersatzanspruches ist zunächst die **Verletzung** einer diesem obliegenden **Sorgfalts- bzw. Informationspflicht**. Diese muss – wie alle anderen Haftungsvoraussetzungen auch – **vom Geschädigten bewiesen** werden.⁵⁰⁶ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die **Beweislastumkehr des § 1298 ABGB nur für den Beweis des Verschuldens** im Rahmen der Vertragshaftung zum Tragen kommt.⁵⁰⁷ Um die Erfüllung ihrer Informationspflichten klar zu dokumentieren, verwenden Immobilienmakler oft in – auf den Abschluss von Kauf- oder Mietverträgen gerichteten – Angeboten Klauseln, wonach sich der Interessent verbindlich verpflichtet, nach „Besichtigung des Objekts und **nach Kenntnisnahme aller wesentlichen Umstände**“ den Vertrag abzuschließen. Ebenso finden sich in Vertragsanboten Bestätigungen, wonach der Interessent erklärt, vom Immobilienmakler **Informationen über bestimmte, konkret bezeichnete, Umstände erhalten** zu haben.

Diese Vorgehensweise ist im Lichte der durch das KSchG in § 6 Abs 1 Z 11 **verpönten Beweislastumkehr** einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Die Bestimmung zielt gemäß ihrem Wortlaut auf **Vertragsbestimmungen** ab und legt fest, dass solche im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen dem Verbraucher eine **Beweislast** auferlegt wird, die diesen von Gesetzes wegen nicht trifft. Unstrittig ist, dass § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf Klauseln, die **Tatsachenbestätigungen** vorsehen, dann analog anzuwenden ist, wenn dadurch eine Änderung der Beweislastverteilung zum Nachteil des Verbrauchers eintritt.⁵⁰⁸ Wenngleich die Frage, welche

505 Die Ausführungen zu diesem Punkt waren im Wesentlichen auch Gegenstand des vom Autor veröffentlichten Beitrages „Kauf- und Mietanbotsformulare im Spannungsfeld von ABGB, KSchG, FAGG und MaklerG“, immolex 2018, 142.

506 Vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 205 f; *Gartner/Karandi*, Maklerrecht³ (2016) § 3 Rz 31 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 84.

507 Nach hRspr ist diese Beweislastumkehr auf alle Vertragsverletzungen und vertragsähnlichen Pflichtverletzungen, damit auch auf die Verletzung von (bloßen) Sorgfaltspflichten anzuwenden – vgl *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 206 mwN.

508 Vgl etwa *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht (2015) 147 f; *Reischauer*, Beweislastvereinbarung zulasten des Verbrauchers und Quittung, Zak 2010, 43; OGH 31.8.2006, 6 Ob 140/06s, KRES 1d/87 = ecollex 2007/8 = JBl 2007/247 = RdW 2007/232; OGH 6.7.2010, 1 Ob 46/10m, KRES 1d/149 = ÖBA 2010/1664 mwN.

Konstellationen eine solche Änderung bewirken, in der höchstgerichtlichen Rsp nicht eindeutig geklärt ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass jede Bestätigung bzw. Tatsachenfeststellung des Konsumenten, egal worauf sie sich bezieht und in welchem Konnex sie erfolgt, unzulässig ist. Demgegenüber dürfte die AK in ihren Abmahnungen davon ausgehen, dass jedwede „Bestätigung“ eines Konsumenten im Lichte dieser Bestimmung unzulässig ist.

2.1.2. Für die Immobilienvertragsgestaltung relevante Judikatur

Aus der in den letzten Jahren zur gegenständlichen Bestimmung ergangenen Jud, die zum Teil auch zu Immobilien-relevanten Sachverhalten ergangen ist, lassen sich doch Anhaltspunkte dafür ableiten, wann eine solche Tatsachenbestätigung des Konsumenten zulässig ist: In der sog. **1. „Klauselentscheidung“**⁵⁰⁹ hat der OGH die Unwirksamkeit für 2 Klauseln (Klausel 1 und 22) ausgesprochen, mit denen der Mieter (Verbraucher) Tatsachen bestätigt hat, die in bestimmten verfahrensrechtlichen Konstellationen vom Vermieter bewiesen werden müssten: Die Klausel „Der Mieter erklärt, dass er den **Mietgegenstand** durch eigene Besichtigung **kennt**, dieser durch Pläne/Beschreibungen, welche integrierte Bestandteile des Vertrages sind, hinreichend spezifiziert ist ...“ ziele darauf ab, dem Mieter die Berufung auf das Zinsminderungsrecht nach § 1096 ABGB abzuschneiden. Wenn der Mieter nämlich in Kenntnis der Mängel vorbehaltslos den Vertrag abschließt, so verzichte er auf die Zinsminderung. Die **Beweislast für diese Kenntnis** liege aber nach allgemeinen Beweislastregeln für einen rechtsvernichtenden Einwand beim **Vermieter**. Ebenso verhält es sich mit der Klausel „der Mieter bestätigt, den Mietgegenstand in neuwertigem Zustand übernommen zu haben.“ Auch hier wäre der **Vermieter** im Fall der Geltendmachung eines Ersatzanspruches nach § 1111 ABGB aufgrund von über die schonende Nutzung hinausgehenden Abnützungen und Schäden unter anderem für den Zustand der Wohnung bei Übernahme **beweispflichtig**.⁵¹⁰ In beiden Fällen werde dem Mieter durch Tatsachenbestätigungen zu seinem Nachteil eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.

Anders fällt interessanterweise die Beurteilung des 6. Senates⁵¹¹ aus, wenn er die von einem Konsumenten auf einem separaten Informationsblatt unterschriebene Klausel „**Ware vollständig erhalten**“ als zulässig erachtet. Der OGH argumentiert hier damit, dass (lediglich) eine „Wissenserklärung“ vorläge, die die Beweislastverteilung vertraglich nicht abändere. Eine Wissenserklärung sage lediglich aus, wovon der Erklärende im Zeitpunkt der Erklärung

509 OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f, MietSlg 58.068 = immolex 2007, 134 = ecolx 2007/1 = JAP 2006/2007/37.

510 Vgl Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1111 Rz 1 mwN.

511 OGH 31.8.2006, 6 Ob 140/06s, KRES 1d/87.

ausgegangen ist. Diese Feststellung trifft aber im gleichen Maße auf die vom 7. Senat in der 1. Klauselentscheidung als unzulässig qualifizierten Tatsachenbestätigungen zu: Auch bei der Bestätigung den Mietgegenstand „zu kennen“ und den Mietgegenstand in einem bestimmten Zustand übernommen zu haben, handelt es sich letztlich jeweils um eine „Wissenserklärung“, die sich per se immer auch auf bestimmte „Tatsachen“ beziehen muss. Auch ist ohne weiteres denkbar, dass mit dieser „Wissenserklärung“ dem Käufer eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft: Der Verkäufer, der den Kaufpreis einklagt, wird als Anspruchsgrundlage den vollständigen Erhalt der Ware durch den Käufer beweisen müssen. In diesem Sinne liegt auch hier eine den Fallkonstellationen der 1. Klauselentscheidung vergleichbare Änderung der Beweislast zu Lasten des Verbrauchers vor.

Eine solche Erschwerung der Beweissituation liegt aber jedenfalls in dem der E 2 Ob 1/09z⁵¹² zugrunde liegenden Sachverhalt nicht vor: der OGH hat hier ausgesprochen, dass die Klausel „Der Leasingnehmer bestätigt, in ausreichendem Maß über die Funktion und den Gebrauch des Leasinggegenstandes ... informiert worden zu sein“ zulässig ist. Diese Informationspflicht gehöre zu den **Schutz- und Sorgfaltspflichten**, deren **schuldhaft Verletzung keine Gewährleistungs-, sondern Schadenersatzansprüche auslöst**. Der Beweis des Bestehens einer Sorgfaltspflicht und deren etwaigen Verletzung obliegt alleine dem Geschädigten selbst, sodass keine durch eine „Tatsachenbestätigung“ für den Leasingnehmer nachteilige Änderung der Beweislastverteilung vorliegt. Ebenso wenig bewirkt die Bestätigung der erfolgten **Aufklärung über Chancen und Risiken von Veranlagungsprodukten** in den AGB eines Kreditinstitutes eine Verschiebung der Beweislast.⁵¹³

Wesentlich ist, dass in diesen Fällen der Verbraucher Tatsachen bestätigt, für die keine verfahrensrechtlichen Konstellationen ersichtlich sind, in denen der **Unternehmer** für diese beweispflichtig wäre.

2.1.3. Einordnung konkreter Formulierungen

Wie sind nun im Lichte dieser Rechtsprechung die eingangs wiedergegebenen, von der AK beanstandeten, Formulierungen zu sehen? Dazu ist Folgendes zu erwägen: Sämtliche **Umstände**, die für die Beurteilung des zu vermittelten Geschäftes maßgeblich sind, sind gemäß

512 OGH 22.4.2010, 2 Ob 1/09z, KRES 1d/146 = RdW 2010/643.

513 OGH 30.8.2017, 1 Ob 113/17z = immolex 2017/354 = VbR 2017/130 (zust *Reichholf*) = ÖBA 2018/2422 = ÖJZ 2017/133 = JBl 2018, 110 = Zak 2017/629.

§ 30b Abs 2 KSchG iVm mit § 3 Abs 3 MaklerG Gegenstand der Immobilienmakler-spezifischen **Informationspflicht**⁵¹⁴, deren Verletzung Grundlage für Schadenersatzansprüche sein kann. Wie eingangs dargelegt, ist der Geschädigte für das Vorliegen der **Verletzung** einer Sorgfalts- bzw. Informationspflicht nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen beweispflichtig. Eine Verschiebung bzw. Änderung der Beweislast zu Lasten des Kunden/Verbrauchers liegt somit entsprechend der oben dargestellten Judikatur nicht vor, zumal der Kunde – auch ohne eine derartige Klausel vereinbart zu haben – diesen Beweis erbringen muss. Insofern werden derartige Bestätigungen im Lichte des § 6 Abs 1 Z 11 grundsätzlich als zulässig zu qualifizieren sein, wenngleich eingeräumt werden muss, dass in der Bestätigung der Kenntnisnahme „aller“ Umstände nach jüngster Jud⁵¹⁵ eine Verletzung des Transparenzgebotes des § 6 Abs 3 KSchG begründet sein wird. Das Gleiche wird auch für die gängige Bestätigung des Anbotstellers, dass „**alle** Fragen betreffend das Kaufobjekt **erschöpfend beantwortet** worden sind“ gelten, sodass für die Vertragsgestaltung des Immobilienmaklers ratsam ist, jedenfalls die Fragenkomplexe, die damit angesprochen sind, konkret zu bezeichnen.

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass die analoge Anwendung des Verbots der Beweislastumkehr des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf Tatsachen- bzw. Wissenserklärungen immer das **Vorliegen einer einseitigen Erklärung bzw. Bestätigung** voraussetzt. Das ist nicht der Fall, wenn etwa in einem Mietvertrag lapidar festgehalten wird, dass „...Die Wohnung und die für diese bestimmten Einrichtungen und Ausstattungsmerkmale sich jedenfalls in brauchbarem Zustand befinden.“⁵¹⁶ Hier handelt es sich um eine Vertragsbestimmung, die keine Beweislastumkehr, sondern die Festlegung des bei Übergabe des Mietobjektes bedungenen Zustandes im Sinne einer Leistungsbeschreibung zum Inhalt hat. Die Ansicht der AK, auch hier liege eine unzulässige Verschiebung der Beweislast zu Lasten des Mieters vor, ist nicht nachvollziehbar.⁵¹⁷

⁵¹⁴ Dazu siehe auch IV.1.

⁵¹⁵ OGH 30.8.2017, 1 Ob 113/17z = immolex 2017/354 (zust *Häusler*) = VbR 2017/130 (zust *Reichholf*) = ÖBA 2018/2422 = ÖJZ 2017/133 = JBl 2018, 110 = Zak 2017/629.

⁵¹⁶ Diese Klausel fand sich in einem von der Fachgruppe Wien der Immobilien- und Vermögenstreuhänder herausgegebenen Mustermietvertrag und war auch Gegenstand einer Abmahnung der AK gemäß §§ 28 ff KSchG.

⁵¹⁷ Der OGH hat die Zulässigkeit aller von der AK im gegenständlichen Verfahren inkriminierten Klauseln bestätigt: OGH 25.4.2019, 6 Ob 226, 18f = VbR 2019/94 = immolex-LS 2019/42 = immolex 2019, 229: Neue Klauselentscheidung (*Rainer*) = immolex 2019,310 (zust *Pesek*) = immolex 2019,306 (zust *Graf*) = immolex 2019,312 (abl *Rosifka*).

2.2. Ersatz des Vertrauensschadens

Es entspricht der hL⁵¹⁸ sowie gefestigter Rsp⁵¹⁹, dass die Verletzung von Informationspflichten hinsichtlich des Abschlusses eines Vertrages, unrichtige oder unvollständige Angaben über eine Eigenschaft der vermittelten Immobilie, nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht den Ersatz des Nichterfüllungsschadens, sondern den Ersatz jenes Schadens gewähren, den der Auftraggeber im Vertrauen auf die korrekte Erfüllung des Maklervertrages erlitten hat. Zu ersetzen ist demnach der **Vertrauensschaden**, **nicht** aber das positive **Erfüllungsinteresse**. Der Geschädigte ist dabei so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Das zu leistende Interesse liegt in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie es sich im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis darstellen würde, und dem nach dem schädigenden Ereignis nun tatsächlich vorhandenen Vermögensstand.⁵²⁰

Dabei macht es mE keinen Unterschied, ob der Immobilienmakler „nur“ Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten verletzt, zumal er in aller Regel ja gem § 4 Abs 1 MaklerG keine Vermittlungstätigkeit schuldet, oder ob er sich aufgrund eines Alleinvermittlungsauftrages gem § 14 Abs 1 MaklerG (auch) aktiv um die Vermittlung bemühen muss. Die Leistung des Immobilienmaklers besteht immer in den Aufklärungs-, Informations- und Sorgfaltspflichten⁵²¹ bzw. - bei Alleinvermittlungsaufträgen – zusätzlich im Bemühen um die Vermittlung, nie aber in jenen Leistungen, die Gegenstand des vom Makler vermittelten Immobiliengeschäftes sind.⁵²² Außerdem bleibt auch im Rahmen eines AV die grundsätzliche Abschlussfreiheit des Auftraggebers gemäß § 4 Abs 2 MaklerG bestehen⁵²³, sodass die Geltendmachung von Erfüllungsansprüchen in aller Regel schon daran scheitern wird, dass auch bei ordnungsgemäßer Vermittlung der Hauptvertragsabschluss in keiner Weise garantiert ist.

518 Vgl Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 32; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 84; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 188 ff; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 209.

519 Vgl jüngst OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449 = bbl 2016/115 = wobl 2017/25 = EvBL-LS 2016/101 (zust Rohrer); OGH 25.5.2016, 7 Ob 73/16k, MietSlg 68.581 = wobl 2017/50 = RdW 2016/492; OGH 24.1.2017, 4 Ob 1/17a, MietSlg 69.187 = immolex 2017/34 (zust Prader) = ecolex 2017/171 = (zust Wilhelm) = RdW 2017/342 = bbl 2017/106; OGH 27.6.2019, 6 Ob 98/19h = immolex 2019/116 (zust Lassingleitner); u.v.a.

520 Vgl etwa OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449 = bbl 2016/115 = wobl 2017/25 = EvBL-LS 2016/101 (zust Rohrer) mwN.

521 Siehe II.2.3.3.

522 IdS auch Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 191; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 4 Rz 2; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 41 f; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 44.

523 Vgl Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 14 Rz 2; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 44; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 40, 48; Kriegner, Der Immobilienmakler (2007) 14.

In dem der E OGH 7 Ob 73/16k⁵²⁴ zugrunde liegenden SV wurde der am Kauf einer Eigentumswohnung interessierte Kunde vom Immobilienmakler (sowie auch vom Rechtsanwalt) nicht darüber aufgeklärt, dass es sich beim Kaufobjekt nicht um eine Eigentumswohnung, sondern bloß um einen schlichten Miteigentumsanteil an der Liegenschaft handelt. Der OGH sprach aus, dass die vom Käufer eingeklagten **Kosten der Wohnungseigentumsbegründung** selbst kein Vertrauensschaden sind, weil diese keinen Vermögensnachteil darstellen, der durch die unrichtige Aufklärung über die Eigenschaft des Kaufgegenstandes entstanden ist, sondern einen, der mit der Beschaffenheit des Kaufobjektes verbundenen und damit **Nichterfüllungsschaden** ist.

Im dem der E OGH 4 Ob 1/17a⁵²⁵ zugrunde liegenden SV informierte der beklagte Makler den klagenden Käufer nicht darüber, dass es sich beim kaufgegenständlichen GS um ein im **Hochwassergebiet** gelegenes Baugrundstück handelte. Dies hatte Einschränkungen bei der Bebaubarkeit zur Folge, die **Mehrkosten** gegenüber dem ursprünglich vom Kläger vorgesehenen **Hausbau** bewirkten. Der OGH lehnte den Ersatz dieser Baumehrkosten mit dem Argument ab, dass die ungenügende Aufklärung des Maklers nicht die Mehrkosten beim Bau verursacht, sondern allenfalls den Kläger zur Leistung eines überhöhten Kaufpreises veranlasst hat. Der Kläger verwechsle hier das allenfalls aus dem Kaufvertrag abzuleitende Erfüllungsinteresse mit jenen Schadenersatzansprüchen, die gegenüber dem Makler geltend gemacht werden können, mit dem der **Kläger aber nicht den Kaufvertrag, sondern den Maklervertrag** abgeschlossen hat.

Auch im Zusammenhang mit Informationen hinsichtlich der Höhe der **Heizkosten** hat der OGH jüngst⁵²⁶ nachvollziehbar festgehalten, dass diesbezüglich unrichtige Angaben der Immobilienmaklerin nicht die überhöhten Heizkosten des – schlecht beratenen – Käufers verursacht haben. Diese seien als Erfüllungsinteresse im Rahmen des zwischen den Streitparteien bestehenden Maklervertrages, der nur Grundlage für den Ersatz eines Vertrauensschaden sein kann, nicht zu ersetzen.⁵²⁷

Die meisten OGH-Judikate enthalten klare Aussagen lediglich dazu, welche Schäden als – im Rahmen des Maklervertrages gar nicht zu ersetzende – Nichterfüllungsschäden zu qualifizieren sind. Diese Tatsache ist auch dem Umstand geschuldet, dass es sich zumeist um (bestätigte) Klagsabweisungen handelt. Es fehlen aber klare und nachvollziehbare Ausführungen dahin gehend,

524 OGH 25.5.2016, 7 Ob 73/16k, MietSlg 68.581.

525 OGH 24.1.2017, 4 Ob 1/17a, MietSlg 69.187.

526 OGH 29.5.2018, 1 Ob 75/18p = immolex 2018/103 (zust *Richter*) = EvBL-LS 2018/149 (zust *Weixelbraun-Mohr*) = ecolex 2018/469 = RdW 2018/528.

527 IdS auch OGH 23.4.2002, 5 Ob 43/02p, MietSlg 54.173 = immolex 2003/31 = ecolex 2002/278 = KRES 9/79b.

was dem Grunde nach als Vertrauensschaden ersatzfähig ist und wie dieser zu berechnen ist. Dieser Umstand macht es erforderlich, diesen Fragen zunächst anhand der Dogmatik des allgemeinen Schadenersatzrechtes der §§ 1293 ff ABGB⁵²⁸ nachzugehen und zu untersuchen, welche Besonderheiten sich daraus für gegen Immobilienmakler gerichtete Schadenersatzansprüche ergeben können.

3. Naturalrestitution

3.1 Vorrang der Naturalrestitution

Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 1323 S 1 ABGB, wonach im Rahmen des Schadenersatzes „alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder wenn dieses untunlich ist, der Schätzwert vergütet werden“ muss. Damit schreibt der Gesetzgeber das **Primat der Naturalrestitution** fest, ein Schaden ist in erster Linie durch Zurückversetzung in den vorigen Stand auszugleichen, wobei der Anspruch auf Naturalrestitution bei allen Arten von Schäden anzuwenden ist.⁵²⁹ Nach hA beruht der Vorrang der Wiederherstellung auf dem Gedanken, dass die Naturalrestitution der beste und vollständigste Ersatz ist. Sie wahre das Integritätsinteresse und sei am besten geeignet, den Ausgleichsgedanken zu verwirklichen. Damit stehe sie im Gegensatz zum Wertersatz, durch den der vor dem schädigenden Ereignis gegebene tatsächliche Zustand nicht wiederhergestellt wird.⁵³⁰ Nun muss festgehalten werden, dass der Gesetzgeber beim festgelegten Vorrang des Naturalersatzes in erster Linie an Sachschäden gedacht hat. Eine Übertragung auf das Rückgängigmachen eines Schadens, der – basierend auf einer Verletzung einer Informations- bzw. Sorgfaltspflicht des Immobilienmaklers – durch den Abschluss eines von diesem vermittelten Vertrages entstanden ist, ist nicht unbedingt zwingend.⁵³¹

Sowohl die Jud als auch die Lit haben sich im Zusammenhang mit der mit 2007 einsetzenden Wirtschaftskrise eingehender mit Fragen des Naturalersatzes durch den **Anlage- bzw. Vermögensberater bei fehlerhafter Anlageberatung** auseinander gesetzt.⁵³² Der diesen

528 Der auf die Verpflichtung des Maklers zum Schadenersatz Bezug nehmende § 3 Abs 4 S 1 MaklerG hat keinen eigenständigen Regelungsgehalt, sondern ist als reiner Verweis auf das allgemeine Schadenersatzrecht zu sehen – vgl Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 182 f mwN.

529 ZB Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 3; OGH 14.12.1988, 3 Ob 565/88, EFSlg 56.994 = ÖJZ 1989/103; u.a.

530 ZB Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1323 Rz 1.

531 IdS M. Bydlinski, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBl 2011, 681 (691).

532 Vgl M. Bydlinski, JBl 2011, 681; Kronthaler, zur Abgrenzung von Naturalrestitution und Geldersatz beim Anlegerschaden, JBl 2016, 429; Ondreasova, Schadensberechnung bei Liegenschaften im Lichte der aktuellen OGH-Rsp: Parallele zu Anlegerschäden oder zu Kfz-Schäden?, Zak 2012/208; Graf, Was ist der Schaden des

Überlegungen zugrunde liegende SV des durch eine fehlerhafte Beratung geschädigten Anlegers weist zweifellos Parallelen, aber auch Unterschiede zu dem eines durch einen sorgfaltswidrig handelnden Immobilienmakler Geschädigten auf. Jedenfalls wurde in der Lit explizit die Möglichkeit des Naturalersatzes in diesem Zusammenhang erwähnt⁵³³, sodass Voraussetzungen, Möglichkeit und vor allem Tunlichkeit eines solchen näher zu untersuchen sind:

3.2. Vorliegen eines Schadens, Schutzobjekt

Anzusetzen ist bei der **Jud zu Anlegerschäden**, wonach bei fehlerhafter Anlageberatung der Schaden bereits darin besteht, dass sich das Vermögen des Anlegers anders zusammensetzt, als es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters der Fall wäre. Schon der **Erwerb des nicht gewollten Finanzprodukts** stellt deshalb einen **realen Schaden** dar⁵³⁴ und setzt den Lauf der Verjährungsfrist in Gang.⁵³⁵ Dies entspricht dem weiten Schadensbegriff des ABGB, wonach jeder – auch rechtliche – Nachteil einen Schaden darstellt, somit jeder Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht. Da der Anleger so gestellt werden müsse, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung stünde, habe er einen **Anspruch auf Naturalrestitution**, in dessen Rahmen ihm – Zug um Zug gegen Übertragung der Papiere – der Anspruch auf Rückzahlung der zu deren Erwerb gezahlten Kaufpreise zustehe.⁵³⁶ Als **Schutzobjekt** wird dabei schon die **freie**, auf ausreichender Information beruhende **Willensbildung des Anlegers** gesehen, die durch die Fehlinformation gestört wurde und durch den Naturalersatz wiederhergestellt werden soll: Der **Abschluss des nicht gewollten Vertrags** als Beeinträchtigung privatautonomer Entscheidungsfreiheit stellt selbst bereits den Schaden dar.⁵³⁷

Die Situation eines durch eine fehlerhafte Anlageberatung geschädigten Anlegers ist mit der eines **durch eine fehlerhafte Beratung des Immobilienmaklers geschädigten Käufers** einer Immobilie durchaus vergleichbar: Pflichtgemäßes Verhalten vorausgesetzt, würde sich das Vermögen des Käufers jedenfalls anders zusammensetzen. Hätte er vom Kauf der konkreten Immobilie Abstand

geschädigten Anlegers?, ecolex 2011, 392; OGH 22.12.2011, 4 Ob 20/11m = ecolex 2011, 506 (krit Graf) = ÖBA 2012/1796 (zust Schopper) = EvBl 2011/119 (zust Klausberger) = ZIK 2011/330 = JBl 2011/708; OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449 = bbl 2016/115 = wobl 2017/25 = EvBL-LS 2016/101 (zust Rohrer); u.v.a.

533 M. Bydlinski, JBl 2011, 685; Pfeiffer, Immobilie zurück an den Makler? Nicht ausgeschlossen, Der Standard 2017/11/02.

534 M. Bydlinski, JBl 2011, 684; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 3; OGH 3.12.1997, 7 Ob 253/97z, KRES 9/67 = ecolex 1998/621 = ÖBA 1998, 815; OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m = ÖBA 2013/1916 (zust Koller) = ecolex 2012/128 (zust Graf) = Zak 2012/224 = RdW 2012/275 = ZIK 2012/225; u.a.

535 Vgl Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 3 mwN.

536 Vgl M. Bydlinski, JBl 2011, 684 mwN; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 3.

537 M. Bydlinski, JBl 2011, 686, 690 mwN.

genommen, stünde ihm entweder der entrichtete Kaufpreis noch zu seiner freien Verfügung oder er hätte – sofern dieser fremdfinanziert wurde – entsprechend weniger Verbindlichkeiten. Hätte er eine andere Immobilie erworben, wäre nicht davon auszugehen, dass er auch diese – aufgrund eines (anderen) Beratungsfehlers eines (anderen?) Immobilienmaklers ebenso zu einem überhöhten Kaufpreis erworben hätte. Auch wenn er – richtig beraten – die konkrete Immobilie zu einem dann günstigeren Preis gekauft hätte, würde sich sein Vermögen durch die „Ersparnis“ eines Teiles des Kaufpreises anders zusammensetzen. Seine Willensbildung als Schutzobjekt der dem Immobilienmakler obliegenden Sorgfaltspflichten ist damit genauso beeinträchtigt wie die des geschädigten Anlegers. Prima vista erscheint somit auch in diesen Konstellationen die Naturalrestitution die geeignete Art des Schadenersatzes zu sein. Allerdings gilt es, die Besonderheiten von Investitionen in Immobilien zu berücksichtigen:

3.3. Vornahme der Naturalrestitution auch nach Verkauf der Immobilie?

Zunächst ist hinsichtlich des zeitlichen Rahmens, innerhalb dessen eine Naturalrestitution bei Anlegerschäden zulässig ist, auf die hRsp zu verweisen, wonach diese voraussetzt, dass der Geschädigte die Wertpapiere noch hält. Der Ersatzpflichtige ist zur Rückerstattung des Kaufpreises nur Zug um Zug gegen Herausgabe der erworbenen Finanzprodukte verpflichtet.⁵³⁸ Diese Ansicht, wonach die Veräußerung der unerwünschten Kapitalanlage die maßgebliche Zäsur zwischen Naturalherstellung und Geldersatz darstellt, wird in der Lit teilweise kritisiert.⁵³⁹ Demnach sei die Naturalrestitution bei Anlegerschäden jedenfalls auch nach dem Verkauf der Wertpapiere durch den Geschädigten deshalb **möglich**, weil es bei dieser lediglich um die Schaffung einer wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzlage gehe: Dem Anlageberater stehe nach dem Verkauf der Wertpapiere durch den Geschädigten ja der **Verkaufserlös** in jedem Fall als **Rückgabesurrogat** zur Verfügung. Das Unterbleiben der Rückstellung der tatsächlich gehaltenen Wertpapiere an den Vermögensberater sei schon deshalb unschädlich, weil dieser sie im Regelfall auch vor der Beratung nicht selbst gehalten hat.⁵⁴⁰

538 Vgl. *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 3 mwN; OGH 23.2.2006, 8 Ob 123/05d = *ecolex* 2006/234 = ÖBA 2006/770 = ÖJZ 2006/109 = Zak 2006/299 = RdW 2006/451; OGH 19.02.2015, 5 Ob 7/15w = ÖBA 2015/2128 = AnwBl 2015, 511 = EvBL-LS 2015/100 (zust. *Rohrer*) = JBl 2015/444 = RdW 2015/432; u.a.

539 *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718 (722 f); *Kronthaler*, Zur Abgrenzung von Naturalrestitution und Geldersatz beim Anlegerschaden, JBl 2016, 429 mwN.

540 Vgl. *Kronthaler*, JBl 2016, 430 mwN.

Eine solche Naturalrestitution nach Verkauf der Anlage sei aber nicht nur möglich, sondern **auch tunlich**: Von **Untunlichkeit** wäre dann auszugehen, wenn das Interesse des Schädigers, bloß Wertersatz zu leisten, das Integritätsinteresse des Geschädigten wesentlich übersteigt.⁵⁴¹ *Kronthaler* führt für den Bereich der Anlegerschäden aus, dass dadurch, dass der Schädiger nach Beseitigung des Wertpapierkaufvertrages qua Naturalrestitution den Veräußerungserlös erhält, eine unerwünschte Bereicherung des Geschädigten vermieden wird. Der vom Anleger lukrierte Veräußerungserlös trete an die Stelle der ursprünglich erworbenen Wertpapiere. Der Zug um Zug Rückgabeanspruch des Schädigers, der sich vor Verkauf noch auf die verkauften Papiere richtete, wirke im Verkaufserlös fort. Im Vergleich zum Geldersatz ist der ersatzpflichtige Anlageberater wirtschaftlich nicht beschwert. Es könne für ihn keinen Unterschied machen, ob er die zu Unrecht empfangenen Wertpapiere oder den Erlös aus der Veräußerung derselben zurückerhält.⁵⁴²

Vor allem die letzte Aussage kann aber vor dem Hintergrund der – in erster Linie wirtschaftlichen – Gegebenheiten einer **Naturalrestitution durch einen Immobilienmakler**, der eine fehlerhafte Beratung zu verantworten hat, nicht Bestand haben: Für diesen macht es eben sehr wohl einen Unterschied, ob er die vermittelte **Immobilie** oder den Erlös aus deren Veräußerung zurückerhält:

Zunächst ist für eine Immobilie, ganz im Gegensatz zu der Situation bei einem Wertpapier, **kein** für einen bestimmten Zeitpunkt maßgebender, **objektiver Marktwert einfach abrufbar**. Für Immobilien existiert weder ein „Primärmarkt“, auf dem sich für neu auf den Markt gebrachte Objekte als objektivierbarer Marktpreis eine Emissionsrendite wie bei neu emittierten Wertpapieren ermitteln ließe, noch gibt es einen der Börse vergleichbaren „Sekundärmarkt“, der für die Bestimmung eines objektiven Marktpreises bei „gebrauchten“ Immobilien, entsprechend dem Kurs bei Wertpapieren, herangezogen werden könnte. Die – zum Teil sehr detaillierten und umfangreichen – Marktberichte, wie der Immobilienpreisspiegel der WKO oder etwa der Zinshausbericht von Otto Immobilien vermögen daran nichts zu ändern: Immobilien sind weit davon entfernt, als „Gattungsschuld“ eingestuft werden zu können⁵⁴³, keine ist mit einer anderen – abgesehen vielleicht von einem Reihnhaus – vergleichbar. Dem entsprechend geht auch das von *M. Bydlinski* für die Zulässigkeit des Geldersatzes auch bei Behalten einer Wertanlage ins Treffen geführte Argument, dem Anleger stünde es frei, nach einem Verkauf der Papiere mit dem Erlös sofort wieder gleichartige Papiere in derselben Menge zu erwerben⁵⁴⁴ (siehe 5.4.), für den Verkauf

541 *Hinteregger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 9 mwN; siehe auch V.3.4.

542 *Kronthaler*, JBl 2016, 431.

543 Vgl zB OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m = ÖBA 2013/1916 (zust *Koller*) = *ecolex* 2012/128 (zust *Graf*) = *Zak* 2012/224 = *RdW* 2012/275 = *ZIK* 2012/225.

544 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 683.

einer Immobilie ins Leere. Eine seriöse Ermittlung des Wertes einer Immobilie kann in aller Regel nur durch die Erstellung eines Bewertungsgutachtens durch einen Immobiliensachverständigen erfolgen, der hierfür rechtliche Vorgaben⁵⁴⁵ sowie einschlägige Önormen (v.a. ÖNORM B 1802 – Liegenschaftsbewertung/Grundlagen) als Grundlagen heranzuziehen und nach wissenschaftlichen Standards⁵⁴⁶ vorzugehen hat.

Aber auch ein so ermittelter objektiver Wert einer Immobilie bildet keine Garantie dafür, dass eine Transaktion dann auch zu diesem Wert erfolgt. Zivilrechtlich sind auch für einen der Vertragspartner „günstige“ oder „ungünstige“ Verträge – bis zu den wenig praxisrelevanten Grenzen des Wuchers⁵⁴⁷ und der *laesio enormis*⁵⁴⁸ – wirksam: Nach hL kommt ohne Vorliegen von, der diesen Tatbeständen zugrundeliegenden, groben Äquivalenzstörungen eine Nichtigkeit des Vertrages wegen eines Ungleichgewichts des Werts der beiderseitigen Leistungen nicht in Frage.⁵⁴⁹

Dieser Umstand wäre bei einer zulässigen Naturalrestitution auch nach dem Verkauf der Immobilie durch den Geschädigten für den haftpflichtigen Immobilienmakler mit großen Gefahren verbunden: Hat der Geschädigte nun Gewissheit dahin gehend, dass – sofern die Ersatzpflicht des Maklers dem Grunde nach feststeht – dieser qua Naturalrestitution den Kaufpreis zurückerstatten muss und er im Gegenzug anstatt der Immobilie in natura (nur) den Verkaufserlös, als „stellvertretendes commodum“⁵⁵⁰ zu leisten hat, wird er an einem „vernünftigen“, lukrativen Verkauf kaum Interesse haben. Tritt der Verkaufserlös in jedem Fall als ein solches an Stelle der verkauften Immobilie, wird es ihm völlig egal sein, ob er diese gut oder schlecht veräußert.

Auch die aus § 1304 ABGB ableitbare **Schadenminimierungspflicht** wird diese, der Zulassung einer Naturalrestitution in diesen Fällen innewohnende, „Freihändigkeit“ des Verkaufes durch den Geschädigten nicht wirklich relativieren können: Diese Obliegenheit wird dann verletzt, wenn der Geschädigte schuldhaft Handlungen **unterlassen** hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern und die – objektiv beurteilt – von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen

545 Liegenschaftsbewertungsgesetz (LBG) BGBl 1992/150.

546 Vgl. *Bienert/Funk*, Immobilienbewertung Österreich³ (2014), *Seiser/Kainz* (Hrsg), Der Wert von Immobilien² (2014); *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung⁷ (2017); u.a.

547 § 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

548 § 834 ABGB.

549 *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 111 mwN.

550 Vgl. *Kronthaler*, JBl 2016, 431.

Vermögens hintanzuhalten.⁵⁵¹ Ebenso verletzt der Geschädigte diese Obliegenheit, wenn er **Handlungen** – wie etwa einen Verkauf zu schlechten Konditionen - **gesetzt** hat, die geeignet waren, den Schaden zu vergrößern und von einem verständigen Durchschnittsmenschen nicht gesetzt worden wären, und dies der konkrete Geschädigte bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen und dieser Einsicht nach hätte handeln können.⁵⁵² Die in Frage stehenden Vorkehrungen müssen dem Geschädigten dabei zumutbar sein. Die Beweislast für eine Verletzung der Schadenminimierungspflicht trägt immer der Schädiger.⁵⁵³ Bei der zur Diskussion stehenden Naturalrestitution durch einen Immobilienmakler müsste nun dieser beweisen, dass der Geschädigte die Immobilie zu günstig veräußert hat. Das bedingt nicht nur den Nachweis, dass dem Geschädigten eine andere Vorgehensweise zumutbar gewesen wäre – etwa das Beauftragen eines (kundigen) Immobilienmaklers mit der Veräußerung - sondern auch, dass ein (potentieller) Käufer diese (zu einem bestimmten höheren Preis) auch tatsächlich gekauft hätte.

Für den Bereich der Anlegerschäden setzt sich *Kronthaler*⁵⁵⁴ für eine **Verständigungsobliegenheit** des Anlegers ein: Demnach habe dieser Kontakt zu seinem Berater aufzunehmen und ihm die Möglichkeit zu geben, die Ersatzansprüche sofort anzuerkennen und die Papiere – gegen Erstattung des Kaufpreises – zurückzunehmen. Auch damit wird für einen ersatzpflichtigen Immobilienmakler nur wenig zu gewinnen sein: Eine solche Verständigungsobliegenheit könnte in erster Linie dazu „missbraucht“ werden, dem Immobilienmakler durch die Perspektive eines schlechten Verkaufes, der dann ja dazu führen würde, dass er im Rahmen der Naturalrestitution nur einen relativ geringen Verkaufserlös Zug um Zug gegen die Rückerstattung des ursprünglichen Kaufpreises erhalten würde, ein (sofortiges) Anerkenntnis einer – möglicherweise dem Grunde und/oder der Höhe nach strittigen – Schadenersatzforderung abzurufen.

Im Lichte der eingangs gemachten Ausführungen zur Tunlichkeit des **Naturalersatzes** ist daher festzuhalten, dass ein solcher **nach Verkauf der Immobilie** durch den Geschädigten für den ersatzpflichtigen Immobilienmakler jedenfalls als **untunlich** zu qualifizieren sein wird. Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit ein solcher **vor** Verkauf der Immobilie tunlich sein kann:

551 *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1304 Rz 97 mwN; *Karner in KBB*⁵ § 1304 Rz 9; *Harrer in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) § 1304 Rz 10.

552 ZB 2 Ob 296/00v = ZVR 2001/39 = ÖJZ 2001/91 = RdW 2001/435 = ARD 5249/23/2001.

553 *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1304 Rz 98 mwN; OGH 13.8.1998, 2 Ob 2182/96p = RZ 1999/23; u.a.

554 *Kronthaler*, JBl 2016, 432.

3.4. Tunlichkeit der Naturalrestitution

3.4.1. Grundsätze der Tunlichkeit

Wie unter V.3.3. bereits erwähnt, setzt ein Anspruch auf Naturalrestitution in jedem Fall – also auch vor etwaigem Verkauf der Immobilie - voraus, dass diese sowohl **möglich** als auch **tunlich** ist. Ein das Integritätsinteresse des Geschädigten wesentlich übersteigendes Interesse des Schädigers am Wertersatz begründet dabei Untunlichkeit eines Naturalersatzes. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die „Wiederherstellung“ wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, weil sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand an Kosten und Mühe erfordert.⁵⁵⁵

Die **praktischen Vorteile** einer Naturalrestitution liegen zunächst auf der Hand: Wie *Bydlinski*⁵⁵⁶ für den Bereich der Anlegerschäden nachvollziehbar ausführt, bestehen grundsätzlich keine Berechnungsprobleme hinsichtlich der Schadenshöhe, der Geschädigte muss mit der Geltendmachung eines Ersatzanspruches nicht bis zum Verkauf zuwarten, er muss aber auch nicht zu einem möglicherweise ungünstigen Zeitpunkt verkaufen, um Geldersatz beanspruchen zu können. Diese Überlegungen treffen grundsätzlich auch auf die Rückabwicklung von Investitionen in Immobilien zu, doch bedarf das Postulat der Tunlichkeit hier einer näheren Betrachtung:

3.4.2. Naturalrestitution nur zwischen den Parteien des vermittelten Vertrages oder auch im Verhältnis (Immobilien-)Makler und Auftraggeber?

Eine Besonderheit des gegen einen **Vermittler** – Vermögensberater wie Immobilienmakler – gerichteten Schadenersatzanspruch besteht zweifellos darin, dass der Kunde letztlich durch den Abschluss eines Vertrages geschädigt wird⁵⁵⁷, den nicht der haftpflichtige Vermittler selbst, sondern ein Dritter mit diesem abgeschlossen hat. Diesen Umstand nimmt v.a. die deutsche Literatur zum Anlass, eine Verpflichtung zum Naturalersatz dahin gehend, dass der Vermittler den Kaufpreis der Wertpapiere gegen Rücknahme derselben erstatten muss, dem Grunde nach in Frage zu stellen:⁵⁵⁸

555 Vgl. *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 9 mwN; OGH 24.5.2016, 1 Ob 62/16y = RdU 2016/143 (abl. *Jandl*) = immolex 2016/85 (zust. *Hagen*) = ZVB 2016/102 (zust. *Wagner*) = EvBl 2017/10 (abl. *Brenn/Longin*) = bbl 2016/203 = JBl 2017/104 = Zak 2016/433; u.a.

556 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 685.

557 Vgl. zum weiten Schadensbegriff des österreichischen Rechts, der auch Verträge einschließt: *Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016), § 1293 Rz 4e.

558 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 685; *H. Stoll*, Schädigung durch Vertragsschluss, FS Deutsch (1999) 369 f.

Dem Berater als Dritten könne nicht die vom Geschädigten empfangene Gegenleistung aufgedrängt werden. Diesen Überlegungen sind mE folgende Argumente entgegenzuhalten:

Auszugehen ist zunächst von der Tatsache, dass der **Schadensbegriff** nach österreichischem Recht ein relativ **weiter** ist.⁵⁵⁹ Dazu zählen grundsätzlich auch Vermögensschäden, die im Bereich der Anlegerschäden darin liegen, dass der Geschädigte entsprechende „Dispositionen“ trifft⁵⁶⁰, also Verträge abschließt. Das Vermögen ist allerdings nicht schlechthin geschützt, ein auf die Beseitigung eines Vermögensschadens gerichteter Schadenersatzanspruch setzt entweder einen Eingriff in ein absolut geschütztes Recht – wozu Vermögen per se nicht gehört - oder die **Verletzung eines Schutzgesetzes** voraus.⁵⁶¹

Dieses Schutzgesetz besteht im Falle der Verletzung von Sorgfalts- und Informationspflichten eines Immobilienmaklers eindeutig in der allgemeinen **Schadenersatzanordnung in § 3 Abs 4 S 1 MaklerG**, der die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruches bei Verletzung der Interessenwahrungspflicht (§ 3 Abs 1 Makler) sowie der Benachrichtigungspflicht (§ 3 Abs 3 MaklerG) vorsieht.⁵⁶² Das heißt, der Schaden, der nach diesen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen **vom Immobilienmakler** qua Naturalrestitution zu beseitigen ist, besteht eben im, zwischen den vermittelten Parteien abgeschlossenen, Vertrag. Davon sind jene Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zu unterscheiden, die nach dem Grundsatz der Vertragsmäßigkeit der jeweiligen Leistung⁵⁶³ nur im Verhältnis zwischen den unmittelbaren Parteien des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses abgewickelt werden können.

Dementsprechend bejaht auch die Jud in gefestigter Rsp einen **Anspruch des Anlegers auf Naturalrestitution** in der Form, dass ihm Zug um Zug gegen Übertragung der Wertpapiere der zu deren Erwerb bezahlte Kaufpreis zurückzuzahlen ist. Sie betont, dass dieser Anspruch **auch gegenüber dem Berater**, von dem die Wertpapiere nicht erworben wurden, besteht.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ Vgl Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) § 1293 Rz 1; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 1.

⁵⁶⁰ Vgl Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 28; Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016), § 1293 Rz 4n; OGH 24.1.2008, 6 Ob 104/60x = ÖJZ-LS 2008/35 = JBl 2008/450; u.a.

⁵⁶¹ Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) § 1293 Rz 2; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 4 f.

⁵⁶² Vgl Krieger, Der Immobilienmakler (2007) 182 f; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 3 Rz 31; Noss, Maklerrecht⁴ (2014) Rz 84; Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015) 109 f.

⁵⁶³ Vgl zB Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 923 Rz 2.

⁵⁶⁴ Vgl OGH 10.3.2008, 10 Ob 11/07a = ÖBA 2009,79 = Zak 2008/400 = RdW 2008/484; OGH 14.9.2011, 6 Ob 9/11h = ecolex 2012/86 = ÖBA 2013/1910 = RdW 2012/209; OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m = ÖBA 2013/1916 (zust Koller) = ecolex 2012/128 (zust Graf) = Zak 2012/224 = RdW 2012/275 = ZIK 2012/225; u.a.

3.4.3. Untunlichkeit der Naturalrestitution wegen „Aufdrängens“ einer ungewollten Rechtsposition?

Hier ist zu hinterfragen, ob und inwieweit diese zu den **Anlegerfällen** ergangene Rsp auf die Naturalrestitution bei Investition in Immobilien in der Form, dass der **Immobilienmakler** gegen Rückerstattung des Kaufpreises die Immobilie „zu übernehmen“ hat, Gültigkeit beanspruchen kann. Der **Unterschied** liegt auf der Hand: In den Anlegerfällen erhält der Anlageberater Zug um Zug gegen die Erstattung des Kaufpreises die dem geschädigten Kunden vermittelten Wertpapiere. Diese stellen in aller Regel eine Gattungsschuld dar, er kann sie entweder mit der Perspektive auf Kurssteigerungen behalten oder sie sofort – unkompliziert über die Börse – zu Geld machen. Eine Immobilie hingegen stellt – wie unter 3.3.3. erörtert wurde – niemals eine Gattungsschuld dar, sie ist nicht zu einem, für einen bestimmten Zeitpunkt objektiv bestimmbaren, Preis veräußerbar.

Die Jud hat sich mit dieser Frage noch nicht direkt auseinander gesetzt⁵⁶⁵, hat aber in der E **1 Ob 208/11m**⁵⁶⁶ einige sehr interessante und detaillierte Ausführungen betreffend die Tunlichkeit einer Naturalrestitution eines durch den Abschluss eines „**Bauherrenmodells**“ verursachten Anlegerschadens gemacht, die auch für die gegenständliche Thematik fruchtbar gemacht werden können: Der Kläger zeichnete über Vermittlung des beklagten Vermögensberaters ein **Bauherrenmodell**, mit dem der Erwerb von Miteigentumsanteilen an einem Wohn- und Geschäftshaus verbunden war. Der Kläger wurde hinsichtlich der Laufzeit der Veranlagung, der Verpflichtung zu monatlichen Zahlungen und der Höhe der Veranlagung unrichtig bzw. unvollständig aufgeklärt. Er begehrt **Naturalrestitution** in Form der Rückzahlung der bisher geleisteten Zahlungen Zug um Zug gegen Übertragung der Anteile an den Vermögensberater, zumal ein vorzeitiger Ausstieg aus dem Beteiligungsmodell durch Veräußerung der Anteile nicht möglich, jedenfalls aber wirtschaftlich nicht sinnvoll sei.

Der OGH bestätigte die gs Möglichkeit der Naturalrestitution, betonte aber, dass der eine solche bejahenden Jud Fälle des Erwerbs von Wertpapieren zu Grunde lagen. Er hielt fest, dass die Übertragung von **Wertpapieren**, soweit es die **Tunlichkeit** der Naturalrestitution betrifft, mit der Übertragung von **Rechten und der Vertragsposition bei einem Bauherrenmodell** nicht völlig vergleichbar ist. Der OGH beantwortete diese Frage jedoch nicht abschließend, sondern trug dem

⁵⁶⁵ Abgesehen von einigen kryptischen Verweisen auf die gs bestehende Möglichkeit einer Naturalrestitution – vgl OGH 11.07.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = NZ 2017/34 = ecolex 2016/418 = AnwBL 2016/546 = bbl 2016/231 = wobl 2017/26, 57 = Zak 2016/593; siehe auch V.4.

⁵⁶⁶ OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m = ÖBA 2013/1916 (zust *Koller*) = ecolex 2012/128 (zust *Graf*) = Zak 2012/224 = RdW 2012/275 = ZIK 2012/225.

Erstgericht auf, die maßgebenden Umstände mit den Parteien zu erörtern und nach entsprechender Erörterung des konkreten Sachvorbringens die entscheidungsrelevanten Feststellungen zu treffen. Dabei lieferte er aber sehr konkrete Anhaltspunkte dafür, welche Aspekte hierfür grundsätzlich relevant und zu berücksichtigen sind:

Ausgehend davon, dass Naturalersatz dann ausgeschlossen ist, wenn das entgegenstehende Interesse des Schädigers unverhältnismäßig größer ist als das hierauf gerichtete Interesse des Beschädigten, sei zu erörtern, ob dies nicht dann der Fall sei, wenn **dem Schädiger eine Rechtsposition** durch eine Beteiligung an einem „Bauherrenmodell“ und einer Miteigentumsgemeinschaft **„aufgedrängt“** wird, die er zuvor nie hatte und die nie seinen Zielvorstellungen über die Verwendung seines Vermögens entsprochen hat. Der OGH setzte sich mit den grundsätzlichen Konsequenzen einer solchen Beteiligung eingehend auseinander und führte nachvollziehbar aus, dass der beklagte Anlageberater hierdurch **Mitglied einer Gemeinschaft von Bauherren und Miteigentümern** werden würde. Als solcher habe er **nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten**. Im Vordergrund stehe die Verpflichtung, zu den **Kosten der Errichtung/Sanierung bzw. Erhaltung** des Hauses beizutragen. Bestehen **Hauptmietverträge**, komme dem Teilhaber die Stellung als (Mit-)Vermieter zu. Diese Belastungen bestünden, solange er am „Bauherrenmodell“ beteiligt und als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Der OGH weist weiters auf den eingangs erwähnten Umstand hin, dass ein **Verkauf** dieser Anlage wegen der Suche nach Interessenten, der Notwendigkeit der grundbücherlichen Eintragung etc. zweifellos **zeitraubender** und auch **kostenintensiver** als die Verwertung von Wertpapieren ist. Dazu komme noch, dass die **steuerlichen** Erwägungen, die den Anleger zur Zeichnung dieses Modells veranlassten und seine Einkommens- oder Vermögenssituation berücksichtigen für den Berater völlig irrelevant sein können, wenn er solche Steuervorteile nicht nutzen kann.

Diese Aspekte, die der OGH ins Treffen führt, sind aber nicht nur isoliert für „Bauherrenmodelle“ relevant. Zu berücksichtigen ist, dass dem Begriff „**Bauherrenmodell**“ keine rechtliche Definition zu Grunde liegt, es handelt sich hierbei in keiner Weise um ein eigenständiges Rechtsinstitut, er **bezeichnet im Grunde nichts anderes als die Errichtung bzw. den Erwerb von Immobilieneigentum** unter der – steuerlich motivierten - Vorgehensweise, dass die wirtschaftlichen Verluste in Form des Kaufpreises und der für deren Finanzierung aufzubringenden Kreditzinsen und Tilgungen durch die Minderung der Steuerlast im Jahr der Beteiligung und durch die Einnahmen aus der Vermietung wieder aufgewogen werden.⁵⁶⁷ Dementsprechend sind die, dieser OGH-

⁵⁶⁷ Vgl <https://de.wikipedia.org/wiki/Bauherrenmodell> (26.11.2018).

Entscheidung zu entnehmenden, Argumente für die Untunlichkeit der Naturalrestitution eines durch einen von einem **Immobilienmakler** geschädigten Käufers einer anderen Immobilie ebenso relevant: Auch durch die Übertragung des Eigentums an einem Wohnungseigentumsobjekt, Einfamilienhaus, Reihenhaus, Gewerbeimmobilie, Grundstück udgl. würde dem Immobilienmakler qua Naturalrestitution eine Rechtsposition „aufgedrängt“ werden, die mit den beschriebenen Herausforderungen verbunden ist. Die Verantwortungen und Belastungen hinsichtlich Sanierung, Erhaltung, etwaigen Verkaufs, steuerlicher Dimensionen etc. sind dieselben. Auch Bydlinski⁵⁶⁸ betont idS, dass der Schädiger dadurch in eine Lage käme, in der er sich nie befunden hat und die ihn möglicherweise erheblich mehr belastet als ein Differenzanspruch in Geld. Er stellt die (rhetorische) Frage: „Würde man etwa einem Immobilienmakler wirklich zumuten, den fehlinformierten Liegenschaftskäufer durch Vergütung des Kaufpreises (samt Nebenkosten) gegen Erhalt des Eigentums am Kaufobjekt schadlos halten zu müssen?“

Aus all diesen Erwägungen muss mE geschlossen werden, dass ein Anspruch auf **Naturalrestitution eines durch einen Immobilienmakler geschädigten Investors** bzw. Käufers in der Form, dass dieser Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises dem Immobilienmakler das Eigentum an der vermittelten Immobilie zu übertragen hat, sowohl vor dem Verkauf der Immobilie als auch danach wegen Untunlichkeit iSv § 1323 ABGB **ausscheidet**.

3.5. **Berücksichtigung eines „alternativen Geschehensablaufes“**

Im Zuge der Auseinandersetzung mit der Naturalrestitution ist (nunmehr) auch die **Rsp zur Berücksichtigung einer hypothetischen Alternativanlage bzw. eines „alternativen Geschehensablaufes“** zu beleuchten. Diese hat sich erst im Zuge der Wirtschaftskrise im Zusammenhang mit Anlegerschäden entwickelt und ist mE für, gegen Immobilienmakler gerichtete, Ansprüche auf Naturalersatz – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – nicht von Relevanz. Dennoch nimmt der OGH in letzter Zeit vermehrt schlagwortartig auf diese Rsp Bezug⁵⁶⁹, so dass manche schon von einer diesbezüglich gefestigten Rechtsprechung ausgehen.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ M. Bydlinski, JBl 2011, 685.

⁵⁶⁹ OGH 11.07.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = NZ 2017/34 = ecolex 2016/418 = AnwBL 2016/546 = bbl 2016/231 = wobl 2017/26 = Zak 2016/593; OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449 = bbl 2016/115 = wobl 2017/25 = EvBl-LS 2016/101 (zust. Rohrer); OGH 28.2.2018, 6 Ob 29/18k = immolex-LS 2018/38 = ecolex 2019/167.

⁵⁷⁰ Vgl. Rainer, Zur Informations- und Aufklärungspflicht des Immobilienmaklers, immolex 2018, 129.

Wobei geht es bei dieser Rsp dem Grunde nach? Sie beruht zunächst auf dem nachvollziehbaren Gedanken, dass der Berater nur jenen Schaden zu ersetzen hat, den er durch sein rechtswidriges Verhalten verursacht hat. Bei Anlegerschäden sei dabei jedenfalls zu beachten, dass, wollte der Anleger in Wertpapiere investieren, die Kurse nahezu sämtlicher Wertpapiere gefallen sind. Er hätte dann mit hoher Wahrscheinlichkeit auch beim Erwerb jedes anderen Papiers Verluste zu tragen gehabt. Ein falscher bzw. fehlerhafter Rat des Anlageberaters sei zumindest für jenen Schadensteil nicht die *conditio sine qua non*, den der Anleger auch bei korrekter Aufklärung erlitten hätte.⁵⁷¹ Diese Jud stößt schon hinsichtlich ihres eigentlichen Anwendungsbereiches, den Anlegerschäden, auf zT heftige Kritik der Lehre: Der reale Schaden des Anlegers sei ja schon im Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Finanzproduktes zu sehen⁵⁷², entscheidend sei daher der Eingriff in die Willensfreiheit, der auch bei Geltendmachen eines „rechnerischen“ Schadens durch Rückabwicklung rückgängig zu machen sei. Auf die hypothetische Entwicklung bei richtiger Beratung komme es dabei nicht an.⁵⁷³ Zudem müsse die Einbeziehung eines solchen alternativen Geschehensablaufes konsequenter Weise auch dazu führen, dass dem Anleger gegebenenfalls zusätzlich zur „Rückabwicklung“ ein weitergehender Geldanspruch auf den entgangenen Ertrag der Alternativanlage, sollte diese zu einer Vermehrung des eingesetzten Kapitals geführt haben, zusteht.⁵⁷⁴

Besonders umstritten ist die Frage, wer die **Beweislast für die Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage** tragen soll.⁵⁷⁵ Nach der Judikatur⁵⁷⁶ trifft den **geschädigten Anleger** nicht nur die Beweislast dafür, dass er bei korrekter Information die tatsächlich bezeichneten Wertpapiere nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und sich so sein Vermögen entwickelt hätte. Die Anforderungen an den Beweis des hypothetischen Kausalverlaufes sind hier bei einer (angeblichen) Schädigung durch Unterlassen der gebotenen Aufklärung geringer als jene an den Nachweis der Verursachung bei einer Schadenszufügung durch positives Tun: Im Ergebnis reicht es dafür aus, wenn der **Anleger die hypothetische Vermögensentwicklung plausibel macht**. Dem Berater steht dabei der Nachweis

571 *Kronthaler*, JBl 2016, 433 mwN; *M. Bydlinski*, JBl 2011, 286 f; OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m = ÖBA 2013/1916 (zust *Koller*) = *ecolex* 2012/128 (zust *Graf*) = *Zak* 2012/224 = *RdW* 2012/275 = *ZIK* 2012/225; u.a.

572 Siehe V.3.2.

573 OGH 2.8.2012, 4 Ob 67/12z = *EvBl* 2013/4 (*Brenn*) = JBl 2012, 78 = *ecolex* 2012/1055 (gs zust *Graf*) = *ÖJZ* 2013/2 (zust *Trenker*) = *RdW* 2013/16; *M. Bydlinski*, JBl 2011, 686 mwN; *Kronthaler*, JBl 2016, 434 mwN; *Graf*, Was ist er Schaden des Anlegers?, *ecolex* 2011, 391 ff; *Wilhelm*, Der „unbekannte objektive Schaden“, *ecolex* 2011, 891; u.a.

574 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 686.

575 OGH 2.8.2012, 4 Ob 67/12z = JBl 2012, 788; *M. Bydlinski*, JBl 2011, 685 ff; *Kronthaler*, JBl 2016, 433 ff; u.v.a.

576 *Kronthaler*, JBl 2016, 433 mwN; OGH 2.8.2012, 4 Ob 67/12z = JBl 2012, 788.

frei, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher gewesen sei.⁵⁷⁷ Der überwiegende Teil der Lehre hingegen lehnt diese Rsp ab: Die Beweislast für die Entwicklung der hypothetischen Alternativanlage müsse dem Anlageberater auferlegt werden, eine solche **Beweislastumkehr** sei deshalb gerechtfertigt, weil der Berater dem Anleger durch die mangelhafte Aufklärung auf rechtswidrige Weise die Möglichkeit genommen habe, eine sachlich fundierte Entscheidung zu treffen. Im Nachhinein den Beweis zu erbringen, wie bei gehöriger Beratung im ursprünglichen Zeitpunkt entschieden worden wäre, sei geradezu unmöglich.⁵⁷⁸

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass den Geschädigten die Beweislast trifft, wird die Jud zum hypothetischen Geschehensablauf **bei gegen Immobilienmakler gerichteten Schadenersatzansprüchen in aller Regel keine Rolle** spielen: Dem Geschädigten wird regelmäßig der Beweis gelingen, dass er bei Abstandnahme vom vermittelten Geschäft den Kaufpreis in einer Art und Weise angelegt hätte, die den Kaufpreis, das eingesetzte Kapital, jedenfalls erhalten, im günstigsten Fall sogar gesteigert hätte. Ganz im Gegensatz zu Aktien und ähnlichen, dem Kapitalmarkt zuzuordnenden, Wertpapieren haben Immobilien aller Art während der Wirtschaftskrise ihren Wert nicht nur gehalten, sondern – zum Teil sogar immens – gesteigert (Stichwort „Betongold“). Der Geschädigte hätte somit, sofern er bei richtiger Beratung vom Kauf Abstand genommen hätte, dem Kaufpreis entsprechende Barmittel, oder er hätte eine andere Immobilie erworben. Dann wäre aber nicht davon auszugehen, dass er diese ebenfalls – aufgrund eines (anderen?) Beratungsfehlers eines (anderen?) Immobilienmaklers – zu einem überhöhten Kaufpreis erworben hätte.

Dem entsprechend haben mehrere Entscheidungen zu Anlegerfällen die Frage der Beweislast zur hypothetischen Alternativanlage ausdrücklich offen gelassen, wenn **offenkundig** war, dass der Kläger den strittigen Betrag in einer zumindest das Kapital erhaltenden Weise angelegt hätte.⁵⁷⁹ Der OGH hält auch nachvollziehbar fest⁵⁸⁰, dass die Rsp zum „realen Schaden“, der durch Naturalrestitution rückgängig zu machen sei, sich zu **Sachverhalten entwickelt** hat, in denen der **Anleger bei richtiger Beratung eine risikolose Anlage** gewählt hätte. Dort war sie im Ergebnis

577 Vgl zB OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i = ÖBA 2011, 450 (krit *Karollus*) = ecolex 2011, 599 (abl *Graf*) = ecolex 2011, 1121 (abl *Torggler*) = ecolex 2011/228 (krit *Wilhelm*) GesRZ 2011 (gs zust *Krejci*) , GesRZ 2011, 251 (abl *Diregger*) = AnwBl 2011, 407.

578 Vgl *Kronthaler*, JBl 2016, 433 f; OGH 2.8.2012, 4 Ob 67/12z = JBl 2012, 788 mwN; u.a.

579 OGH 5.7.2011, 4 Ob 62/11p = ecolex 2011/311 (zust *Graf*) = EvBl 2011/146 (zust *Völkl*) = AnwBl 2011/490 = ÖBA 2011/1759 (zust *Ramharter*) = wbl 2012/12 (zust *van Husen*) = Zik 2011/283 = RdW 2011/732 = Zak 2011/669; OGH 22.12. 2011, 1 Ob 208/11m = ÖBA 2012/499.

580 OGH 2.8.2012, 4 Ob 67/12z = JBl 2012, 788.

unproblematisch, weil der Anleger auch im hypothetischen Szenario – jedenfalls bei gewöhnlichem Lauf der Dinge – zumindest das eingesetzte Kapital behalten hätte.

Eine derartige Sachverhalts-Konstellation liegt aber bei Kauf von bzw. Investitionen in Immobilien – völlig unbeschadet der mit 2007 einsetzenden „Wirtschaftskrise“ - seit jeher vor, sodass hier ein „alternativer Geschehensablauf“ aus der Betrachtung mE ausgeklammert werden kann. Wenn dieser dennoch schlagwortartig dazu strapaziert wird, um dem Geschädigten den Ersatz des nach der objektiven Schadensberechnung zu ermittelnden Differenzbetrags zwischen dem tatsächlichen Verkehrswert der Immobilie und dem Kaufpreis – unabhängig vom Verkauf der Immobilie - zu verwehren⁵⁸¹, ist dies mE höchst kritikwürdig.

4. Geldersatz

Ist nun eine Naturalrestitution nicht möglich oder - wie soeben für gegen Immobilienmakler gerichtete Schadenersatzansprüche gezeigt wurde – nicht tunlich, so steht **Wertersatz** zu, wobei sich dieser am gemeinen Wert der Sache orientiert.⁵⁸² Bei der Beschädigung einer Sache richtet sich der Ersatz des **positiven Schadens** nach dem gemeinen Wert der Sache im Zeitpunkt der Beschädigung (§ 1332 ABGB). Der Schaden ist in diesem Fall objektiv-abstrakt zu berechnen und besteht in der Differenz zwischen dem gemeinen Wert der Sache vor der Schädigung und dem gemeinen Wert nach der Schädigung.⁵⁸³

Im Falle eines **Beratungsfehlers eines Immobilienmaklers** wird zwar keine „Sache“ beschädigt, eine unzulängliche Aufklärung kann aber etwa zur Leistung eines überhöhten Kaufpreises führen, was den Auftraggeber des Maklers insoweit am **Vermögen** schädigt. Der nach der Differenzmethode zu berechnende Schaden besteht dann in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der gekauften Immobilie und dem vereinbarten und bezahlten Kaufpreis.⁵⁸⁴ Der Ersatz eines auf diesem Weg berechneten objektiven Schadens wird von der Jud jedoch verschiedentlich dem Grunde nach in Frage gestellt: So wird – mE in Verkennung des von der Rsp zu Anlegerschäden entwickelten Grundsatzes zur Berücksichtigung eines „alternativen Geschehensablaufes“⁵⁸⁵ - zum Teil die Behauptung des Klägers eines „hypothetischen alternativen

581 Vgl OGH 11.7.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452; OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449.

582 Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 8.

583 Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1332 Rz 2 mwN.

584 OGH 24.1.2017, 4 Ob 1/17a, MietSlg 69.187 = immolex 2017/34 (zust Prader) = ecolx 2017/171 = (zust Wilhelm) = RdW 2017/342 = bbl 2017/106.

585 Siehe V.3.5.

Geschehensablaufes“ dahingehend gefordert, dass der Verkäufer die Immobilie auch zu einem niedrigeren Preis verkauft hätte.⁵⁸⁶ Dann wird die Anwendung der von der Rsp zu den Anlegerschäden entwickelten Grundsätze für die (eingeschränkte) Geltendmachung eines Geldersatzes auch für die entsprechend gegen Immobilienmakler gerichteten Ansprüche diskutiert.⁵⁸⁷ Es ist daher erforderlich, sich zunächst auch in diesem Zusammenhang mit der diesbezüglichen Jud auseinander zu setzen:

Nach herrschender Rsp und einem großen Teil der Lehre ist ein **Geldanspruch (Wertersatz) vor Verkauf der unerwünschten Wertpapiere ausgeschlossen**. Der Verkehrswert kann (erst) dann der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden, wenn ein Schaden aus einem konkreten Verkaufsgeschäft nachgewiesen wird. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Geschädigte bloß einen Anspruch auf Naturalrestitution.⁵⁸⁸ Der OGH schließt – anders etwa als im Fall eines Kfz – eine objektive Berechnung des Schadens nach der Differenzmethode aus. Begründet wird dies damit, dass der **Schaden** bis zum konkreten Verkauf **nicht bezifferbar** sei.⁵⁸⁹ Wie *M. Bydlinski*⁵⁹⁰ nachvollziehbar ausführt, bestehen die Bedenken vor allem in der Richtung, dass – insbesondere bei etwas längerfristigen Anlagen – kein **passender Zeitpunkt** für die Vornahme der Differenzrechnung gefunden werden kann: Die „**Volatilität**“ der erworbenen Vermögenswerte bringe es mit sich, dass, solange der Schadensverlauf nicht abgeschlossen ist, sich zu nahezu jedem denkbaren Beurteilungszeitpunkt ein anderer rechnerischer Schaden ergeben kann. Ein zu einem bestimmten Zeitpunkt im Wert gefallenes Papier könne sich in der Folge wieder erholen, sodass sich dann eventuell zu einem späteren Zeitpunkt – etwa zum Ablauf der vorgegebenen Laufzeit – gar kein Schaden mehr feststellen ließe. Es bestünde somit die Gefahr, dem Anleger voreilig einen Schaden zu ersetzen, der schließlich gar nicht eintritt. Dieser Umstand führe letztendlich dazu, dass der Geschädigte zu Lasten des schadenersatzpflichtigen Beraters „**spekulieren**“ könne, indem er den für die Abrechnung maßgeblichen Zeitpunkt so wählt, dass die Chance eines Kursanstiegs größer ist als jene eines Sinkens. Solange **Kursschwankungen** der nach wie vor vom Anleger gehaltenen Wertpapiere eintreten können, sei die Schadensfeststellung eben noch nicht abgeschlossen.⁵⁹¹

586 OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449.

587 OGH 7.9.2011, 7 Ob 77/11s, MietSlg 63.656 = ecolex 2012/202 = immolex 2012/30 = ZVB 2012/50 = AnwBl 2012, 307 = Zak 2012/208.

588 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 683 ff; *Ondreasova*, Schadensberechnung bei Liegenschaften im Lichte der aktuellen OGH-Rsp: Parallelen zu Anlegerschäden oder zu Kfz-Schäden?, Zak 2012, 103 (104); OGH 23.2.2006, 8 Ob 123/05d = ÖJZ 2006/109 = ecolex 2006/234 = ÖBA 2006, 770 = Zak 2006/299 = RdW 2006/451; u.v.a.; siehe auch V.3.2.

589 Vgl *Ondreasova*, Zak 2012, 104.

590 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 685.

591 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 682, erwähnt den plakativen SV der E 8 Ob 123/05d, in dem sich der Wert eines Papiers allein zwischen dem Schluss der Verhandlung und Erhebung der Berufung um 8 % verändert hat.

Das Höchstgericht hat das Problem der mangelnden Berechenbarkeit eines Geldschadens zum Teil dadurch gelöst, dass es den Anleger auf die Möglichkeit einer **Feststellungsklage** verwiesen hat: Bestreitet der Berater den Beratungsfehler und/oder den Eintritt eines darauf basierenden Schadens, habe der Kläger sowohl im Hinblick auf diese Bestreitung als auch hinsichtlich etwaiger künftiger Beweisschwierigkeiten ein aktuelles rechtliches Interesse iSd § 228 ZPO an der Feststellung der schadenersatzrechtlichen Haftung für (künftig) eintretende Schäden.⁵⁹² Für *Ondreasova*⁵⁹³ löst die Möglichkeit der Feststellungsklage das Problem des schwankenden Marktpreises nicht, kann doch der Geschädigte abwarten und dann zu einem besonders niedrigen Kurs verkaufen und so vom Anlageberater einen, nach der Differenzmethode berechneten, relativ hohen Schadenersatz verlangen. *M. Bydlinski*⁵⁹⁴ sieht dieses Argument dadurch entkräftet, dass der Berater jederzeit – insbesondere bei zu erwartenden (weiteren) Kursverlusten – dem Anleger anbieten kann, ihm die Papiere gegen Rückerstattung der Erwerbskosten iS einer Naturalrestitution abzunehmen, was dieser im Rahmen seiner Schadenminimierungspflicht nicht verweigern könne.

Auch hier gilt es zu untersuchen, ob und inwieweit dieser von der Rsp zu den „Anlegerfällen“ vertretene Ausschluss der objektiven Schadensberechnung vor Verkauf der Wertpapiere Gültigkeit für gegen Immobilienmakler gerichtete Ersatzansprüche auf Refundierung des positiv berechneten Wertersatzes beanspruchen kann. Dazu muss zunächst festgehalten werden, dass dieser Ausschluss eine **Ausnahme vom Regelfall** bildet, wonach der Geschädigte nach herrschendes Rsp grundsätzlich zwischen Geldersatz und Naturalrestitution (die aber bei gegen Immobilientreuhänder gerichteten Schadenersatzansprüchen regelmäßig als untunlich zu qualifizieren sein wird⁵⁹⁵) wählen kann.⁵⁹⁶ Diese Ausnahme ist auch (nur) durch das den Wertpapieren und vergleichbaren Vermögensgütern immanente **Risiko von permanenten Wertschwankungen** gerechtfertigt, was in der Lit als „**Volatilität**“ dieser Vermögenswerte bezeichnet wird.⁵⁹⁷

Der Ausdruck „**Volatilität**“ bezeichnet den **Schwankungsbereich** von Wertpapierkursen, Rohstoffpreisen, Zinssätzen oder auch Investmentfonds während eines bestimmten Zeitraumes. Sie ist eine mathematische Größe (Standardabweichung) für das Maß des Risikos einer

592 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 683; zB OGH 8.10.2003, 9 Ob 53/03i = ÖBA 2004/1213 = ecolex 2005, 905 (abl *Brand*) = ÖBA 2004, 602 (zust *Brandl/Hohensinner*) = ecolex 2004/46 = KRES 9/86.

593 *Ondreasova*, Zak 2012, 103.

594 *M. Bydlinski*, JBl 2011, 683.

595 Siehe V.3.

596 Vgl *Ondreasova*, Zak 2012, 103; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1323 Rz 11 mwN.

597 Vgl *M. Bydlinski*, JBl 2011, 683 f; *Ondreasova*, Zak 2012, 105.

Kapitalanlage.⁵⁹⁸ „**Volatil**“ als im Finanzwesen gebräuchliches Adjektiv bedeutet dabei „wechselhaft“, „sprunghaft“, „unbeständig“, „instabil“, „veränderlich“.⁵⁹⁹ Wenngleich auch der Immobilienmarkt gewissen Schwankungen unterliegen kann⁶⁰⁰, so sind diese Adjektive für dessen Beschreibung wohl eindeutig fehl am Platz. Gerade der Immobilienmarkt wird – ganz im Gegensatz zum Wertpapiermarkt, der Börse, – gerade nicht als „sprunghaft“, „unbeständig“, etc. gesehen (Stichwort „Betongold“). Die Verkehrswerte von Immobilien aller Art (Einfamilienhäuser, Eigentumswohnungen, Zinshäuser, Gewerbeobjekte, Grundstücke, etc.) ändern sich nur über entsprechend lange Zeiträume, sodass eine „Standardabweichung“ als Maß das Risikos einer Immobilieninvestition meines Wissens bislang noch nicht berechnet wurde. Die objektiven Kriterien zur Bewertung des Verkehrswertes von Immobilien (der Ertrag für die „Ertragswertmethode“, die Herstellungskosten für die Ermittlung des Herstellungs- bzw. Substanzwertes) sind weitgehend stabil und nur längerfristigen Veränderungen unterworfen.

In dem der **E 7 Ob 77/11s**⁶⁰¹ zugrunde liegendem SV beauftragte der Eigentümer eines zu parzellierenden Grundstückes den Beklagten, der ein Büro für Bodenmechanik, Gründung und Statik betreibt, mit der Erstellung eines Gutachtens für sein Grundstück, wobei zu klären war, inwieweit sich dieses für die Errichtung von Einfamilienhäusern eignet. Der Kläger erwarb in der Folge eine Parzelle und begann im Vertrauen auf die **im Gutachten beschriebenen Bodenverhältnisse** mit den Errichtungsarbeiten eines Einfamilienhauses. Nach Beginn der Aushubarbeiten zur Errichtung des Kellers hat sich jedoch die **Unrichtigkeit des Gutachtens** herausgestellt. Die tatsächlichen Bodenverhältnisse hätten eine Tiefgründung des Hauses (anstatt Steifenfundamenten) erforderlich gemacht, sodass der Kläger von der (weiteren) Errichtung des Hauses Abstand genommen hat. Da eine „schadenreduzierende“ Veräußerung des Grundstücks infolge der „Unzulänglichkeiten“ des Bauplatzes für ihn nicht in Frage kam, machte er „frustrierte Aufwendungen“ wie Eintragungsgebühr, Maklergebühr, Grundsteuer und u.a. die Kosten einer Tiefensondierung geltend. Da der Gesamtschaden noch nicht bezifferbar sei, erhob er hinsichtlich der Haftung für all diese Schäden **Feststellungsklage**.

Der OGH hielt fest, dass dieses Feststellungsbegehren mangels Feststellungsinteresses ungerechtfertigt ist. Der dem Kläger vom Beklagten **zu ersetzende Schaden sei nach der**

598 Vgl das „Börsenlexikon“ der FAZ: <https://boersenlexikon.faz.net/definition/volatilitaet/> (3.12.2018).

599 <https://www.duden.de/rechtschreibung/volatil> (3.12.2018).

600 Ondreasova, Zak 2012, 105.

601 OGH 7.9.2011, 7 Ob 77/11s, MietSlg 63.656 = ecolex 2012/202 = ecolex 2012/16 = immolex 2012/30 = ZVB 2012/50 (zust Zörer) = AnwBl 2012, 307 = Zak 2012/223 = Sachverständige 2012, 122 (abl Kerschner) = Zak 2012/208 (zust Ondreasova) = bbl 2012/31, 32.

Differenzmethode zu ermitteln. Das zu leistende Interesse besteht dabei in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie sich im Beurteilungszeitpunkt ohne das schädigende Ereignis darstellen würde, und dem nach dem schädigenden Ereignis nun tatsächlich vorhandenen Vermögensstand. Im gegenständlichen Fall bedeutet das, dass sich die Schadensberechnung nach der Relation zwischen dem Verkehrswert der Liegenschaft bei Unterstellung einer möglichen Flachgründung auf Streifenfundamenten und ihrem tatsächlichen, also darauf abstellenden Verkehrswert, dass eine solche Bebauungsart nicht möglich ist, richtet. Der **Verkehrswert** der Liegenschaft könnte **durch einen Sachverständigen ermittelt** werden. Die Leistungsklage hätte im vorliegenden Fall all das geboten, was der Kläger als Ersatz seines Schadens anstreben könnte. Unsicherheiten über die Bewertung - wie sie der Kläger vorbringt - vermögen ein Feststellungsbegehren nicht zu rechtfertigen.

Kernaussage dieser Argumentation des OGH ist, dass eine **objektive Schadensberechnung**, unabhängig vom Verkaufsfall, überall dort gerechtfertigt und möglich ist, wo ein **zu einem gewissen Grad stabiler Verkehrswert** von Sachverständigen objektiv ermittelt werden kann.⁶⁰² Das ist aber zweifellos auch bei gegen Immobilienmakler gerichteten Schadenersatzansprüchen der Fall, wenn diese ihren Informationspflichten hinsichtlich der für das jeweilige Geschäft wesentlichen Umstände, zu denen jedenfalls die „Eckdaten“ des Rechtsgeschäfts gehören⁶⁰³, nicht nachkommen: Unter Heranziehung eines Immobilien-Sachverständigen kann in aller Regel der Verkehrswert unter Zugrundelegung der tatsächlichen Verhältnisse sowie der vom Immobilienmakler fälschlicherweise (nicht) zugesagten Eigenschaften ermittelt werden.

In dem der relativ aktuellen **E 4 Ob 1/17a**⁶⁰⁴ zugrundeliegenden SV erwarben die Kläger über Vermittlung der Beklagten – ohne deren entsprechende Aufklärung – ein **im Hochwassergebiet gelegenes Grundstück**. Dies hatte Einschränkungen bei der Bebaubarkeit zur Folge, die **Mehrkosten** gegenüber dem ursprünglich von den Klägern vorgesehenen Hausbau bewirkten. Die Kläger machten nun diese Mehrkosten geltend und argumentierten, dass sie bei Kenntnis der nachteiligen Eigenschaften dieses Grundstück nicht gekauft hätten. Der OGH bestätigte nachvollziehbar die Abweisung der Klage durch das Berufungsgericht, zumal hier nicht ein Vertrauensschaden, sondern das aus dem Kaufvertrag abzuleitende Erfüllungsinteresse geltend gemacht wurde.⁶⁰⁵ Obiter dictum hielt er aber – ganz im Sinne der obigen Ausführungen - fest, dass

602 Vgl auch *Ondreasova*, Zak 2012, 105 f.

603 Vgl *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² (2015) 212 ff.

604 OGH 24.1.2017, 4 Ob 1/17a, MietSlg 69.187 = immolex 2017/34 (zust *Prader*) = ecolx 2017/171 = (zust *Wilhelm*) = RdW 2017/342 = bbl 2017/106.

605 Siehe V.2.2.

die ungenügende Aufklärung durch die beklagte Immobilienmaklerin den Kläger „allenfalls“ zur Leistung eines **überhöhten Kaufpreises** veranlasst hat, was sie insoweit am Vermögen geschädigt haben könnte. Der **Vertrauensschaden** bestehe allenfalls aus der **Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert des gekauften Grundstücks und dem vereinbarten und bezahlten Kaufpreis**.

Der 5. Senat sprach dann zu der – bereits erwähnten – **E 5 Ob 93/16m**⁶⁰⁶ in Abkehr von diesen Grundsätzen aus, dass es sich bei der Differenz zwischen gezahltem Kaufpreis und tatsächlichem Wert des Kaufgegenstandes **nicht** jedenfalls um einen als Vertrauensinteresse zu ersetzenden Schaden handle. Er bringt dann die zu den Anlegerschäden entwickelte **Rsp hinsichtlich einer „hypothetischen Alternativanlage“ bzw. eines „alternativen Geschehensablaufes“**⁶⁰⁷ ins Spiel, wenn er für die Geltendmachung dieses Vertrauensschadens fordert, dass die Kläger nachweisen müssten, dass sie den Kaufpreis weiterhin zur Verfügung oder besser investiert hätten. Dass diese Rsp im Zusammenhang mit – in aller Regel werthaltigen - Investitionen in Immobilien keine Relevanz haben kann, wurde unter V.3.5. ausführlich erörtert. Insofern ist die Aussage des OGH nicht nachvollziehbar, dass eine „einseitige Vertragsanpassung“ im Sinne des § 872 ABGB durch Reduzierung des Kaufpreises auf den verminderten Verkehrswert im Rahmen des Schadenersatzbegehrens nicht möglich sei. Wie dargelegt, handelt es sich hierbei um nichts anders, als die objektive Berechnung des Geldersatzes, den der Geschädigte nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen beanspruchen können müsste.

In dem der **E 9 Ob 84/15s**⁶⁰⁸ zugrundeliegenden SV hat der Kläger über Vermittlung des beklagten Immobilienmaklers ein Grundstück als Baufläche gekauft. Tatsächlich war jedoch – entgegen den Angaben des Maklers - ein Streifen als Grünland gewidmet. Der Kläger machte nun u.a. **Ersatz des überhöhten Kaufpreises** geltend, wobei festgestellt wurde, dass der Verkäufer das Grundstück zu keinem niedrigeren Preis verkauft hätte. Der OGH bestätigte auch hier die Klagsabweisung mit dem Argument, dass es schon an „der **Behauptung eines hypothetischen alternativen Geschehensablaufs**, der erst zum Ersatz des gewünschten Vertrauensschadens führen könnte“, **fehle**. Der OGH hielt in der Begründung weiters fest, dass der Kläger auch nicht vorgebracht habe, dass er in Kenntnis der teilweisen Grünlandwidmung vom Grundstückskauf überhaupt Abstand genommen hätte. ME macht es aber hinsichtlich dieses geforderten „hypothetischen alternativen

606 OGH 11.07.2016, 5 Ob 93/16m, MietSlg 68.452 = NZ 2017/34 = ecolex 2016/418 = AnwBL 2016/546 = bbl 2016/231 = wobl 2017/26 = Zak 2016/593.

607 Siehe V.3.5.

608 OGH 25.2.2016, 9 Ob 84/15s, MietSlg 68.449 = bbl 2016/115 = wobl 2017/25 = EvBL-LS 2016/101 (zust Rohrer).

Geschehensablaufs“ letztlich keinen Unterschied, ob der Kläger das Grundstück zu einem niedrigeren Preis hätte kaufen können, oder – bei sachgemäßer Information – vom Kauf dem Grunde nach Abstand genommen hätte: Es kann davon ausgegangen werden, dass er über den Kaufpreis in jedem Fall in einer zumindest das Kapital erhaltenden Weise verfügen könnte: Hätte er weniger bezahlt, dann hätte er mehr Barmittel oder – bei Fremdfinanzierung – weniger Schulden. Das gilt auch für den Fall der Abstandnahme vom Verkauf. Hätte er in eine andere Immobilie investiert, könnte davon ausgegangen werden, dass der Kaufpreis dann auch weitgehend den Verkehrswert repräsentiert. Eine fehlerhafte Beratung bzw. Auskunft des Immobilienmaklers bezieht sich ja objektbezogen immer auf die konkrete, zu vermittelnde Immobilie und repräsentiert nicht – wie in den Anlagefällen – das Risiko des Fallens von (sämtlichen) Wertpapierkursen. Hier ist auf die Rsp zu verweisen, wonach die Frage zur hypothetischen Alternativanlage ausgeklammert werden kann, wenn **offenkundig** ist, dass der Kläger den strittigen **Betrag in einer zumindest das Kapital erhaltenden Weise angelegt** hätte.⁶⁰⁹

Auch in der jüngeren **E 6 Ob 29/18k**⁶¹⁰ schließt sich der 6. Senat dieser kritikwürdigen Rsp an, wenn er zum – relativ komplizierten – SV festhält, dass der Käufer der Immobilien (acht Eigentumswohnungen) keinen Anspruch auf Ersatz des überhöhten Kaufpreises hat, wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Verkäufer auch zu einem unter dem bezahlten Kaufpreis liegenden Betrag verkauft hätte. Es bestehe weder nach Irrtumsregeln noch nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ein Anspruch auf Preisanpassung bei Aufrechterhalten des Kaufvertrages.

609 Vgl OGH 2.8.2012, 4 Ob 67/12z = JBl 2012, 788 mwN; siehe auch V.3.5.

610 OGH 28.2.2018, 6 Ob 29/18k = immolex 2018, 129 (*Rainer*) = ecolex 2019/167.

VI. Grenzüberschreitende Tätigkeiten des Immobilienmaklers

1. Ausgangslage

Vor allem im deutsch-österreichischen Grenzgebiet (Bayern, Tirol, Salzburg) spielt die Vermittlung von in Österreich gelegenen Immobilien durch deutsche Immobilienmakler und umgekehrt – nicht zuletzt bedingt durch die nicht vorhandene Sprachbarriere – eine immer größere Rolle. Vor diesem Hintergrund soll zum einen näher untersucht werden, unter welchen **Voraussetzungen ein grenzüberschreitendes Tätigwerden** eines deutschen Immobilienmaklers in Österreich nach den Vorgaben des EU-Rechts sowie der Gewerbeordnung zulässig ist, zum anderen sollen Fragen des **anzuwendenden Rechts** nach der ROM I-VO erörtert werden.

2. EU-rechtliche Vorgaben und Gewerberecht

In **gewerberechtlicher** Hinsicht sind hier die **§§ 373a ff GewO 1994** einschlägig, die in Umsetzung der RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁶¹¹ erlassen wurden. Demnach (§ 373a Abs 1 GewO) dürfen **EU-Bürger**, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind und dort eine dem sachlichen Anwendungsbereich der GewO 1994 unterliegende Tätigkeit befugt ausüben, diese Tätigkeit **vorübergehend und gelegentlich** unter den **gleichen Voraussetzungen wie Inländer** in Österreich ausüben.⁶¹² Ist die gegenständliche gewerbliche Tätigkeit – wie das Immobilienmakler-Gewerbe in Deutschland – nicht reglementiert, ist die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen **Befähigungsnachweises dabei nicht erforderlich**, wenn der **Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit mindestens 1 Jahr während der vorhergehenden zehn Jahre** im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat.⁶¹³ Wesentlich ist, dass die beiden Erfordernisse „**vorübergehend**“ und „**gelegentlich**“ **kumulativ** vorliegen müssen, sodass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit Unternehmen nicht systematisch und schwerpunktmäßig nach Ausübungsmöglichkeiten im Aufnahmeland suchen sollten, da sonst eine Niederlassung zu begründen wäre.

611 „Berufsanerkennungsrichtlinie“ ABl L 2005/255, 22.

612 Vgl. *Barbist/Leitner*, Neues zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen in Europa, *ecolex* 2008, 478; *Prader/Wiesentreu*, Zu den rechtlichen Auswirkungen bei grenzüberschreitender Tätigkeit von Maklern im EU/EWR Bereich, Rechtsgutachten im Auftrag der WKO (2011).

613 *Berger*, Grenzüberschreitende Immobilienmakler, OIZ 5/2008, 23; *Prader/Wiesentreu*, Gutachten WKO, 3.

Der VwGH hat sich in der E **Ra 2017/04/0087**⁶¹⁴ eingehend mit der Auslegung dieser Bestimmung beschäftigt und festgehalten, dass diese unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundlagen und insbesondere der Aussagen des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit und zur Niederlassungsfreiheit zu erfolgen hat. Demnach ist der für das Vorliegen einer Dienstleistung maßgebende **vorübergehende Charakter** unter Berücksichtigung der Dauer der Leistung, ihrer Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr oder Kontinuität zu beurteilen. Wenn der Betreffende in **stabiler und kontinuierlicher Weise eine Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt**, in dem er sich von einem Berufsdomizil aus an die Angehörigen dieses Staates wendet, fällt er grundsätzlich unter die Vorschriften für das Niederlassungsrecht und nicht unter diejenigen für Dienstleistungen.⁶¹⁵ Der EuGH hat den Begriff der Niederlassung wiederholt als „sehr weit“ bezeichnet⁶¹⁶, allerdings geht er auch bei einer auf Dauer und jedenfalls ohne absehbare zeitliche Beschränkung ausgeübten Tätigkeit nur dann von einer Niederlassung aus, wenn der Betreffende seinen „**Hauptaufenthalt**“ im anderen Mitgliedstaat genommen hat.⁶¹⁷ Der Niederlassungsbegriff impliziert damit die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer **festen Einrichtung** in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.⁶¹⁸ Dem entsprechend hat der EuGH⁶¹⁹ auch festgehalten, dass allein die Tatsache, dass ein in einem Mitgliedstaat niedergelassener Wirtschaftsteilnehmer gleiche oder ähnliche Dienstleistungen mehr oder weniger häufig oder regelmäßig in einem anderen Mitgliedstaat erbringt, ohne dass er dort über eine **Infrastruktur** verfügt, die es ihn erlauben würde, in diesem Mitgliedstaat in stabiler und kontinuierlicher Weise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und von der er sich u.a. an die Angehörigen dieses Mitgliedstaates wendet, nicht ausreicht, um ihn als in diesem Mitgliedstaat niedergelassen anzusehen.

Gerade im Geschäftsfeld des Immobilienmaklers wird ein solches „Hinüberarbeiten“ in das benachbarte EU-Ausland, ohne dort über entsprechende Infrastruktur-Einrichtungen, wie etwa ein Büro, zu verfügen, häufig im Rahmen der **Dienstleistungsfreiheit** möglich sein. Die Organisation von Besichtigungsterminen etwa oder das Schalten von Inseraten in Fachmedien sowie Immobilienplattformen kann in aller Regel ohne weiteres aus dem Ausland erfolgen.

614 VwGH 16.05.2018, Ra 20//04/0087

615 Vgl zB EuGH 30.11.1995, *Gebhard*, C-55/94, Rn 27 f.

616 EuGH 12.12.1996, *Broede*, C-3/95, Rn 20.

617 EuGH 5.10.1988, *Stymann*, 196/87, Rn 16f.

618 EuGH 25.7.1991, *Factortame*, C-221/89, Rn 20, 34.

619 C-215/01, Rn 32.

Diese Rechtslage ermöglicht es somit, dass deutsche Immobilienmakler – wenngleich nur „vorübergehend und gelegentlich“ - in Österreich vermittelnd tätig werden können, ohne den an sich für die Ausübung des Immobilienmakler-Gewerbes erforderlichen Befähigungsnachweis erbringen zu müssen.⁶²⁰ Als „Regulativ“ für diesen Umstand bestimmt § 373a Abs 2 GewO in Entsprechung des Art 5 Abs 3 der RL 2005/36/EG, dass der Dienstleister bei Ausübung der grenzüberschreitenden Tätigkeit die **Ausübungsvorschriften** nach diesem Bundesgesetz und den nach diesem Bundesgesetz erlassenen Verordnungen zu beachten hat. Unbestritten ist, dass die **IMV**, die als Durchführungsverordnung zur GewO ergangen ist⁶²¹, dem Grunde nach als eine solche Ausübungsvorschrift zu qualifizieren ist. Fraglich ist jedoch, ob dies auch auf die darin geregelten **Höchstsätze für Provisionsvereinbarungen** gilt⁶²², oder ob diese nicht vielmehr von der sachlichen Reichweite des Vertragsstatuts (Art 3, 4 und 6 Rom I-VO – dazu sogleich) erfasst sind, sodass diese von einem grenzüberschreitend in Österreich tätig werdenden deutschen Makler nicht (immer) berücksichtigt werden müssen.

Will ein Immobilienmakler mit Sitz im EU-Ausland im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in Österreich tätig werden, muss er gewisse **Formerfordernisse** erfüllen: Er hat gem § 373a Abs 4 GewO⁶²³ die erstmalige Aufnahme der **Tätigkeit beim Wirtschaftsminister** vorher schriftlich **anzuzeigen**, wobei den Dienstleister auch spezifische Informations- und Nachweispflichten über die rechtmäßige Ausübung der Tätigkeit in seinem Niederlassungsstaat und gegebenenfalls über die dort erforderliche Berufsqualifikation treffen. Jene Dienstleister, die sich beim Ministerium gemeldet haben, sind auf einer **Liste**, die im Internet abrufbar ist, einzutragen. Die Anzeige ist gegebenenfalls einmal jährlich zu erneuern, wobei wesentliche Änderungen und die erforderlichen Dokumente neuerlich beizuschließen sind. Fraglich sind die rechtlichen Konsequenzen, wenn der grenzüberschreitend tätig werdende Dienstleister nicht in dieser Liste verzeichnet ist. Da § 373a Abs 1 GewO die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung ohne Bezugnahme auf die in Abs 4 statuierte Anzeige regelt, wird eine Unterlassung der gebotenen Meldung nicht automatisch zu einer Unzulässigkeit der Leistungserbringung führen. Eine solche enge Auslegung würde aber bedeuten, dass bei reglementierten Gewerben wie dem Immobilienmakler-Gewerbe dann jener Dienstleister bevorzugt wäre, der gar keine Dienstleistungsanzeige macht. In der Jud wird zum Teil das Vorliegen einer Gesetzeslücke

620 Dazu siehe III.2.1.

621 Siehe III.2.5.

622 Bejahend Berger, OIZ 5/2008, 23, Prader/Wiesentreu, Gutachten WKO, 8 ff.

623 GewO⁷ Gruber/Paliego-Barfuß: § 373a GewO; Ennöckl/Raschauer/Wessely: GewO 1994, § 373a (Wutscher).

vertreten, die analog zu schließen sei. Das Unterlassen der Einbringung der Dienstleistungsanzeige müsse dazu führen, dass die Dienstleistung insgesamt nicht erbracht werden darf.⁶²⁴

Für den Berufsstand der Immobilienmakler ist darüber hinaus die Einführung eines „**Europäischen Berufsausweises (EBA)**“⁶²⁵ geplant. Es handelt sich um eine elektronische Bescheinigung, die es den Berufstätigen gestattet, in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen oder sich dort niederzulassen.⁶²⁶

3. Das anzuwendende Recht nach der ROM I-VO

3.1. Grundsatz der freien Rechtswahl

Hinsichtlich der Frage, **welches Recht** auf Vermittlungsverträge mit grenzüberschreitendem Bezug im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit anwendbar ist, ist auf die **ROM I-VO**⁶²⁷ Bezug zu nehmen. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diese – dem Primat der Parteiautonomie entsprechend – in Art 3 festhält, dass der Vertrag **dem von den Parteien gewählten Recht** unterliegt.⁶²⁸ Die Möglichkeit der freien Rechtswahl für Vermittlungsverträge zwischen Verbrauchern und Maklern wird jedoch wesentlich durch Art 6 Abs 2 relativiert, wonach die Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Angesichts der Existenz der zahlreichen zwingenden konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen, die auf Maklerverträge nicht nur nach österreichischem Recht⁶²⁹ Anwendung finden, wird man durch Rechtswahl kaum vom gem Art 6 Abs 1 zur Anwendung gelangenden Rechts des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, abweichen können.

624 Vgl. *Wiesinger*, Befugnis europäischer Bieter – was hat sich seit 1.5.2011 geändert?, ZVB 2011/81 mwN.

625 Anh I VO (EU) 2015/983 ABl L 2015/159, 27.

626 Vgl. *Budischowsky*, Die Liberalisierung des Berufszugangs für Dienstleister, *ecolex* 2015, 1024.

627 Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, 593/2008/EG, ABl L 2008/177, 6.

628 *Hochleitner*, Immobilienverträge mit grenzüberschreitendem Bezug, *Jahrbuch Wohnrecht* 2016, 141 (147); *Prader/Wiesentreu*, Gutachten WKO, 7.

629 Dazu siehe II.2.3.2.

3.2. Prinzip der charakteristischen Leistung des Art 4

Art 4 Abs 1 lit b legt fest, dass – soweit die Parteien keine Rechtswahl gem Art 3 getroffen haben – **Dienstleistungsverträge** dem **Recht des Staates** unterliegen, in dem der **Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt** hat. Immobilienmaklerverträge werden nach der hL von diesem Tatbestand erfasst, sodass das Recht jenes Staates anwendbar ist, in dem der Immobilienmakler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁶³⁰ Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Maklervertrag – mangels Verpflichtung des Maklers zur Leistungserbringung – nicht als Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren ist⁶³¹, unterliegt dieser dem Recht des Aufenthaltsstaates des Maklers, zumal Art 4 Abs 2 im Sinne eines Auffangtatbestandes das Prinzip der charakteristischen Leistung auch für gemischte und nicht unter Abs 1 fallende Verträge festsetzt.⁶³²

An diesem Grundsatz orientierte sich auch der OGH in der **E 1 Ob 19/11t**⁶³³: Dieser lag ein Maklervertrag zwischen einem italienischen Makler und seinem in Österreich ansässigen Kunden zugrunde. Der Makler vermittelte den Verkauf einer österreichischen Liegenschaft samt Hotel und klagte auf Zahlung der strittigen Provision. Der Beklagte verkaufte seinen Hotelbetrieb an eine österreichische GmbH, die eine 100%ige Tochter eines italienischen Unternehmens ist. Der OGH betonte iSd eingangs gemachten Ausführungen sowie unter Bezugnahme auf der hL⁶³⁴, dass die **charakteristische Leistung** bei gegenseitigen Verträgen die **nicht in Geld bestehende Leistung** ist, weshalb beim Maklervertrag **der Makler die vertragscharakteristische Leistung erbringt**.

Der OGH betonte weiters die an sich selbstverständliche **kollisionsrechtliche Eigenständigkeit des Maklervertrages**, wenn er festhält, dass Maklervertrag und das vermittelte Geschäft getrennt anzuknüpfen sind und grundsätzlich unabhängig voneinander bestehen, zumal die Parteien des Ausführungsgeschäfts von den Parteien des Maklervertrages verschieden sind. Auch die hL in Deutschland vertritt die Ansicht, dass es auf das Statut des vermittelten Vertrages nur für die Frage ankommt, ob der Makler einen wirksamen Vertrag vermittelt hat. Das Vertragsstatut des Maklervertrages bestimmt insbesondere, ob Provisionsansprüche oder Schadenersatzansprüche dem Makler gegenüber entstanden sind.⁶³⁵

630 *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 152 mwN; *Magnus in Staudinger*, BGB Art 4 Rom I-VO Rz 317.

631 Dazu siehe II.1.

632 Vgl. *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 152 mwN.

633 OGH 31.3.2011, 1 Ob 19/11t = RdW 2011/563.

634 *Verschraegen in Rummel*³, Art 4 EVÜ Rz 64; *Czernich in Czernich/Heiss*, EVÜ (1999) Art 4 Rz 126.

635 MüKo-BGB/*Martiny*, 7. Aufl. (2018), Art 4 Rom I-VO Rn 80 mwN.

Auf einen Maklervertrag ist daher auch nicht die „lex rei sitae“ nach Art 4 Abs 1 lit c anwendbar, wonach Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen sowie Miete und Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, dem Recht der Staates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, unterliegen.⁶³⁶

Der OGH führt auch aus, dass das in Art 4 Abs 1 lit b statuierte Prinzip der charakteristischen Leistung bei Maklerverträgen in aller Regel auch nicht durch Abs 3 ausgehebelt wird, wonach das Recht eines anderen Staates anzuwenden ist, wenn sich aus der Gesamtheit aller Umstände **eine offensichtlich engere** Verbindung zu diesem ergibt. Konkret sah er eine solche nicht alleine in dem Umstand begründet, dass sich die vermittelte Liegenschaft in Österreich befand. Die sonstigen Gegebenheiten, nämlich, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt des Klägers in Italien befand und er die Vermittlungstätigkeit ausschließlich dort entfaltete, sowie die Namhaftmachung der italienischen Muttergesellschaft der späteren Käuferin und die italienische Staatsangehörigkeit des Klägers vermochten eine „offensichtlich engere Verbindung“ zu Österreich nicht zu begründen.⁶³⁷

3.3. Relevanz der Provisionshöchstsätze der IMV für in Österreich tätige ausländische Makler

Aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Vertragsstatus folgt zunächst, dass **vertragliche Schuldverhältnisse prinzipiell zur Gänze vom Vertragsstatut beherrscht** werden. Davon sind gem Art 12 Abs 1 ROM I-VO die Auslegung des Vertrages ebenso wie die Vertragserfüllung, die Rechtsfolgen der Nichterfüllung sowie das Erlöschen des Vertrages erfasst.⁶³⁸ Kommt somit deutsches Recht im Rahmen eines grenzüberschreitenden Tätigwerdens des Immobilienmaklers zur Anwendung, ist auch der **Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers nach deutschem Recht für die Beurteilung seiner Leistungspflicht maßgebend**.⁶³⁹ Besonders praxisrelevant ist naturgemäß die Frage, inwieweit ein ausländischer Makler, der in Österreich vermittelnd tätig wird, auch an die **Vorschriften der IMV hinsichtlich Höchstbeträge** für Provisionsvereinbarungen gebunden ist.

636 Vgl auch *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 152 mwN.

637 OGH 31.3.2011, 1 Ob 19/11t = RdW 2011/563.

638 *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 155 f mwN.

639 Auch für das – unter II.2.2. ausführlich erörterte - „**Bestellerprinzip**“ des § 2 Abs 1a WoVermRG lässt sich sagen, dass dieses grundsätzlich dem deutschen Vertragsrecht zuzurechnen ist und somit zumindest dann anwendbar ist, wenn das Vertragsverhältnis gem Art 4 ROM I-VO nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Dazu und zur diffizilen Frage, ob dieses – darüber hinausgehend – auch als Eingriffsnorm iSd Art 9 ROM I-VO qualifiziert werden kann, siehe ausführlich *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 156 ff.

Mit einer solchen Konstellation hatte sich der OGH erstmals 1986 in seinem E **OGH 8 Ob 575/86**⁶⁴⁰ zu beschäftigen: Die Beklagte, eine Bauträger-Firma beauftragte die Klägerin, eine in München ansässige Makler-Firma exklusiv mit der Vermarktung von 48 Wohneinheiten einer von ihr errichteten Wohnhausanlage in Bad Aussee. Vereinbart wurde eine Provision von 10 % (!) des tatsächlichen Verkaufspreises der Wohnungen samt Einrichtungen, die hinsichtlich einiger der von der Klägerin vermittelten Wohneinheiten in der Folge auch entrichtet wurde. Hinsichtlich 3 Einheiten war strittig, ob diese vom zugrunde liegenden AV umfasst waren, sodass die Klägerin die diesbezügliche Provisionsforderung gerichtlich geltend machte. Die Beklagte argumentierte, dass gem § 917a ABGB iVm den Bestimmungen der IMV nur eine Provision in Höhe von 3 % des Verkaufspreises zu zahlen gewesen wäre und wandte ihre entsprechende Überzahlung aufrechnungsweise der Klagsforderung ein.

Angesichts dieses SV mit Auslandsberührung war zunächst zu klären, **welches Recht** anzuwenden ist und insbesondere, ob die Vorschriften der österreichischen IMV hinsichtlich der Provisionshöchsätze zur Anwendung gelangen.⁶⁴¹ Der OGH hielt dazu fest, dass der Maklervertrag für beide Streitparteien zum Betrieb ihres jeweiligen Unternehmens im Sinne des § 1 KSchG gehört und daher nicht als Verbrauchergeschäft zu qualifizieren ist. Nachvollziehbar erachtete er (den damals in Geltung stehenden) § 36 IPRG⁶⁴² für einschlägig, wonach ganz allgemein gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet, nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, in dem die andere Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Regelungsgehalt des § 36 IPRG entsprach im Wesentlichen dem des oben beschriebenen „Prinzips der charakteristischen Leistung“ des Art 4 Abs 1 lit b der ROM I-VO.

Der OGH warf auch die Frage auf, ob die Bestimmungen der IMV hinsichtlich der Provisionshöchsätze als **Eingriffsnormen**⁶⁴³ zu qualifizieren sind. Auch in der damaligen hL und Rsp war unbestritten, dass **Lenkungsmaßnahmen in Form von Zwangsvorschriften**, die das öffentliche Interesse des rechtsetzenden Staates an ihrer Beachtung dokumentieren, existieren, denen grundsätzlich der Vorrang von der überwiegend an privaten Interessenkollisionen orientierten

640 OGH 19.11.1986, 8 Ob 575/86, MietSlg 38.734 = ÖJZ 1987/145.

641 Bemerkenswert erscheinen die Ausführungen des Erstgerichts, das die Anwendung des § 917a ABGB sowie der Höchsätze der IMV mit der Begründung ablehnte, dass die Beklagte nicht schutzwürdig sei, weil sie die 10%ige Verkäuferprovision in die den Käufern vorgeschriebenen Kaufpreise bereits einkalkuliert habe. Dass diese Vorgehensweise zwar standesrechtlich problematisch ist, aber zivilrechtlich nicht zu beanstanden ist, wurde unter II.2.3.4. erörtert.

642 BGBl 1987/304.

643 Nunmehr Art 9 ROM I-VO.

allgemeinen Anknüpfung des Schuldstatuts – hier § 36 IPRG – gebührt. Der OGH verneinte diese Frage jedoch mit dem Hinweis, dass die IMV keine Bestimmungen darüber enthält, dass ihre Vorschriften zivilrechtlichen Inhalts auch dann anzuwenden wären, wenn ein Maklervertrag nach ausländischem Recht zu beurteilen ist. Derartiges könne auch aus dem Zweck der **IMV**, der in der Aufstellung von **Regeln für die gewerbliche Tätigkeit im Inland** liegt, nicht abgeleitet werden.

In der **E 4 Ob 51/97x**⁶⁴⁴, die einen Maklervertrag zwischen einem jugoslawischen Makler und einem österreichischen Kunden zum Gegenstand hatte, hatte der OGH diese Rechtsansicht bekräftigt. Auch *Limberg*⁶⁴⁵ vertritt die Ansicht, dass die IMV in örtlicher Hinsicht nur in Österreich gilt und bei Sachverhalten mit internationalen Anknüpfungspunkten daher nur dann zur Anwendung kommt, wenn nach dem maßgebenden Kollisionsrecht österreichisches Recht Anwendung findet.

Entgegen dieser höchstgerichtlichen Rsp und der Meinung *Limbergs* vertreten *Prader/Walzel von Wiesentreu*⁶⁴⁶ die Ansicht, dass ausländische Makler, die unter Berufung auf die Bestimmung des § 373a GewO im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit im Inland tätig werden, der IMV – und damit auch den darin festgeschriebenen Provisionshöchstsätzen – unterliegen. *Prader/Walzel von Wiesentreu*⁶⁴⁷ räumen zunächst ein, dass sich der materielle Regelungsgehalt des Art 9 ROM I-VO nicht von demjenigen seiner Vorgängerbestimmung (Art 7 EVÜ) unterscheidet und man daher „durchaus die Ansicht vertreten“ könne, dass kein Grund vorliegt, von der bisherigen Judikaturlinie des OGH abzuweichen.

Sie sehen jedoch eine Rechtsgrundlage für die Anwendung der IMV durch ausländische Makler in der Anordnung des **§ 373a Abs 2 GewO**⁶⁴⁸ begründet, wonach der Dienstleister bei der Ausübung der den Gegenstand seiner Dienstleistung bildenden Tätigkeit die **Ausübungsvorschriften nach diesem Bundesgesetz und den nach diesem Bundesgesetz erlassenen Verordnungen** zu beachten hat. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Bestimmung in Umsetzung des Art 5 Abs 3 der RL 2005/36/EG⁶⁴⁹ ergangen ist. Demnach unterliegt der Dienstleister (lediglich) den berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln, die dort im unmittelbaren Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen für Personen gelten, die denselben

644 OGH 8.4.1997, 4 Ob 51/97x, MietSlg 49.661 = immolex 1997/163; *Prader/Wiesentreu*, Gutachten WKO, 8.

645 GeKo Wohnrecht § 1 IMV Rz 7.

646 *Prader/Walzel von Wiesentreu*, Grenzüberschreitende Tätigkeit von Immobilienmaklern im EU/EWR-Bereich, RdW 2012, 6.

647 *Prader/Walzel von Wiesentreu*, RdW 2012, 9.

648 Siehe VI.2.

649 Siehe VI.2.

Beruf wie er ausüben, und den dort geltenden Disziplinarbestimmungen. Dass darunter nicht zivil- bzw. konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen wie Provisionshöchstsätze zu subsumieren sind, ergibt sich mE auch aus dem ErwG 11 zur RL 2005/36/EG: Die Vorschreibung von „spezifischen Erfordernissen“, die durch die Anwendung der durch das allgemeine Interesse gerechtfertigten Berufsregeln begründet sind, betreffen demnach insbesondere die Regeln hinsichtlich der Organisation des Berufs, die beruflichen Standards, einschließlich standesrechtlicher Regeln sowie die Vorschriften für die Kontrolle und Haftung.

3.4. Verbraucherverträge iSd Art 6 ROM-I-VO

Das eben dargestellte „Prinzip der charakteristischen Leistung“ des Art 4 Abs 1 lit b erfährt durch **Art 6 ROM I-VO** eine wesentliche Einschränkung, wonach ein **Verbraucher** grundsätzlich dem Recht jenes Staates unterliegen soll, in dem er seinen gewöhnlichen **Aufenthalt** hat. Er ist von dem Grundgedanken getragen, dass Verbraucher in grenzüberschreitenden Streitigkeiten als die typischerweise schwächere Vertragspartei eines besonderen Schutzes bedürfen.⁶⁵⁰ Grundlage für eine Anknüpfung nach Art 6 ist zunächst, dass ein **Verbraucher und ein Unternehmer Parteien des Maklervertrages** sind, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Definition des Verbrauchers nach EU-Recht enger ist, als jene nach nationalem österreichischen Recht. So sind juristische Personen und natürliche Personen, die vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür Geschäfte abschließen (Vorbereitungsgeschäfte gem § 1 Abs 3 KSchG), nach EU-Recht nicht als Verbraucher einzustufen.⁶⁵¹ Wesentlich ist, dass der Ausnahmetatbestand des Art 6 Abs 4 lit c nicht auf Maklerverträge Anwendung finden kann, zumal diese nicht dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen oder die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben.⁶⁵²

Damit der Maklervertrag dem Kollisionsregime des Art 6 ROM I-VO subsumiert werden kann, muss der Unternehmer darüber hinaus gem Art 6 Abs 1 seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit entweder **im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausüben** (lit a) oder diese **Tätigkeit auf sonstige Weise auf diesen Staat ausrichten** (lit b), wobei der Vertrag in beiden Fällen in den Bereich dieser Tätigkeit fallen muss.⁶⁵³ Gerade die Variante des Ausrichtens von den Absatz fördernden Handlungen auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers spielt im Geschäftsfeld des

650 Vgl Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 476.

651 Hochleitner, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 153 mwN.

652 Siehe VI.3.2.; Prader/Walzel von Wiesentreu, RdW 2012, 6.

653 Vgl Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 476 f.

Immobilienmaklers eine bedeutende Rolle, ist dieser doch gs nicht – abgesehen vom Fall des AV – zu einer Leistungserbringung verpflichtet⁶⁵⁴, sodass sich dessen Tätigkeiten häufig auf das Werben für und Inserieren von Objekte(n) auf seiner eigenen Homepage bzw. auf Immobilienplattformen beschränken werden.⁶⁵⁵

Konkrete Anhaltspunkte dafür, wann ein nach Art 6 Abs 1 relevantes „Ausrichten“ der Maklertätigkeiten vorliegt, liefert die E 1 Ob 37/13t⁶⁵⁶, die sich in ihrer Begründung auch eingehend mit der diesbezüglich relevanten Rsp des EuGH auseinander setzt: Die Maklerin mit Sitz in Graz betreibt im Rahmen ihrer Tätigkeit zwei „**Websits**“, deren Bezeichnung mit „www“ beginnt und auf „at“ endet. Auf den Internetseiten werden diverse Immobilien angeboten und die Kontaktdaten der Maklerin (Adresse, Telefonnummer, Büronummer und Fax) uneingeschränkt zur Verfügung gestellt. Im Angebot fand sich auch eine Liegenschaft in Kroatien. Die Maklerin vermittelte den Kauf einer Liegenschaft in der Steiermark, zum Zeitpunkt der Einbringung der Klage auf Zahlung der Maklerprovision durch diese war der beklagte **Käufer**, ein Konsument, bereits **in Spanien wohnhaft**. Der OGH bestätigte nachvollziehbar die Entscheidung des Rekursgerichts, wonach **alleine im Betreiben einer Website**, die naturgemäß weltweit besuchbar ist, **kein „Ausrichten“** der Tätigkeit der Maklerin aus Graz auf Spanien als den Wohnsitzstaat des Beklagten liegen kann. Er betonte weiters, dass auch das Angebot einer Liegenschaft in Kroatien, das nicht Mitglied der EU ist, ein solches Ausrichten der Maklertätigkeit auf Spanien nicht begründen kann. Ebenso wenig liege ein solches in der Argumentation des Beklagten, dass der Bekanntheitsgrad des in der Werbung der Maklerin verwendeten Begriffs „Südsteiermark“ eine gewisse Anziehungskraft auf internationale Käufer hat.

Der OGH lieferte in dieser E unter Berufung auf die Jud des EuGH⁶⁵⁷ konkrete **Anhaltspunkte** dafür, wann von einer **Ausrichtung einer im Internet präsenten Maklertätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers** ausgegangen werden kann: die Betonung des internationalen Charakters der Maklertätigkeit, die Angabe von Anfahrsbeschreibungen aus anderen Mitgliedstaaten, die Verwendung einer anderen Sprache und/oder Währung als der in dem Mitgliedstaat des Maklers üblicherweise verwendeten, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl, die Tätigkeit von Ausgaben für einen Internetreferenzierungsdienst, um in anderen Mitgliedstaaten wohnhaften Verbrauchern den Zugang zur Makler-Website zu erleichtern

654 Siehe dazu ausführlich II.2.3.3.

655 Vgl. Prader/Walzel von Wiesentreu, RdW 2012, 6 mwN.

656 OGH 11.4.2013, 1 Ob 37/13t = EvBl-LS 2013/103 (zust. Brenn) = Zak 2013/339.

657 C-585/08 und C-114/09, Pammer/Schlüter und Alpenhof/Heller.

sowie die Verwendung eines anderen Domainnamens oberster Stufe als desjenigen des Mitgliedstaats der Maklerniederlassung.

Vor diesem Hintergrund wird man gegebenenfalls jeden Internetauftritt eines Makler-Unternehmens darauf untersuchen müssen, ob die von Art 6 Abs 1 lit b ROM I-VO geforderte Ausrichtung auf den Aufenthaltsstaats des Kunden gegeben ist, wobei man mE vielfach zu dem Ergebnis gelangen wird, dass eine solche gerade nicht vorliegt.

Der OGH hat in der E **6 Ob 14/13x**⁶⁵⁸ zur analogen Rechtslage bei der Beurteilung des Verbraucher-Gerichtsstandes gem Art 15 Z 1 lit c EuGVVO⁶⁵⁹ ausgesprochen, dass der Begriff des „Ausrichtens“ über die – an die Allgemeinheit gerichteten – Werbeaktivitäten hinausgeht: Nicht nur die gezielt auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers gerichtete Werbung fällt darunter, erfasst sind **alle auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichteten absatzfördernden Handlungen**. Insofern trifft das Kriterium der Ausrichtung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers **schon beim ersten grenzüberschreitenden Verbrauchergeschäft** zu.

Der E liegt folgender SV zugrunde: Der Beklagte mit Wohnsitz in den Niederlanden erbte von seiner Mutter in Oberösterreich eine Liegenschaft, die er dort regelmäßig mehrmals im Jahr besuchte. Die klagende Immobilienmaklerin mit Sitz in Salzburg ist ein Franchiseunternehmen und Lizenzpartnerin eines deutschen Maklerunternehmens. Dieses wirbt auf ihrer Homepage damit, dass es mit einem dichten Netzwerk an Büros in fast allen Ländern Europas sowie in den USA, Südafrika und in den Vereinigten Arabischen Emiraten vertreten ist. Ein Mitarbeiter der Klägerin trat an den Beklagten hinsichtlich eines etwaigen Verkaufs der Liegenschaft heran. Er versuchte zunächst, den Beklagten unter seiner Festnetznummer in Oberösterreich zu erreichen, was ihm jedoch nicht gelang. In der Folge konnte er eine **niederländische Telefonnummer** in Erfahrung bringen, unter der er den Beklagten dann auch **erreichen** konnte. Die weiteren Telefonate wurden dann unter dieser Telefonnummer geführt und mündeten schließlich in den Abschluss eines AVs, in dem der Auftraggeber (der Beklagte) als Konsument angekreuzt wurde. Der OGH qualifizierte schon die erstmalige telefonische Kontaktaufnahme durch den Mitarbeiter der Klägerin mit dem Beklagten in den Niederlanden als „Ausrichten“ der gewerblichen Tätigkeit der Klägerin auf die Niederlande iSd Art 6 Abs 1 lit b ROM I-VO. Insofern komme es auch nicht mehr darauf an, ob der

658 OGH 8.5.2013, 6 Ob 14/13x, MietSlg 65.572 = immoex-LS 2013/60 = ecolex 2013/329 = Zak 2013/445 = JBl 2013, 675 = die Presse 2013/40/06: „Recht aufseiten der Verbraucher“ (Kary).

659 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, VO 1215/2012/EG, ABl L 2012/351, 1.

festgestellte Internetauftritt der Klägerin ein solches Ausrichten erfüllt und ob gegebenenfalls dieser Auftritt für den Vertragsabschluss kausal gewesen ist. Der OGH hielt auch fest, dass ein bloßes „doing business“ für das von Art 6 geforderte „Ausrichten“ der gewerblichen Tätigkeit nicht ausreicht: Das einmalige Versenden von Katalogen für Einzelpersonen genügt ebenso wenig wie eine Empfehlung durch Bekannte.⁶⁶⁰

In der Immobilienbranche vielfach unbeachtet ist bislang die Tatsache, dass die Anwendung des Art 6 ROM I-VO dazu führen kann, dass für den Vermittlungsvertrag zwischen einem österreichischen Makler und seinem deutschen Kunden als Teil des dann zur Anwendung gelangenden deutschen Vertragsstatutes auch das **Bestellerprinzip**⁶⁶¹ des § 2 Abs 1a WoVermRG grundsätzlich von Relevanz ist.⁶⁶² Fraglich könnte nur sein, ob es auch dann greift, wenn **Vermittlungsgegenstand keine in Deutschland gelegene Immobilie** ist. Der Gesetzeswortlaut lässt eine derartige Einschränkung zwar nicht erkennen, wohl aber der in den Gesetzesmaterialien⁶⁶³ mehrfach vorgenommene Bezug auf die Funktionsfähigkeit des sozialen Marktes bzw. auf „eingetretene Marktentwicklungen bei der Vermittlung von Mietwohnungen“.⁶⁶⁴ Dass damit nur der **deutsche nationale Markt** und nicht der gesamteuropäische oder gar internationale Wohnungsmarkt gemeint sein kann, liegt auf der Hand, zumal diesbezügliche gesetzliche Reglementierungen zweifelsfrei auch nicht in die Gesetzgebungskompetenz einzelner Nationalstaaten fallen können. Insofern kann mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass das Bestellerprinzip – auch bei grundsätzlicher Anwendung des deutschen Vertragsrechtes aufgrund Art 6 ROM I-VO – dann nicht greift, wenn die zu vermittelnde Immobilie nicht in Deutschland gelegen ist.

660 Vgl OGH 8.9.2009, 1 Ob 158/09f = ÖBA 2011, 30 (krit *Steiner/Wasserer*) = EvBl-LS 2009/173 = RdW 2010/231 = Zak 2009/710.

661 Dazu ausführlich siehe II.2.2.

662 Vgl *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 158 f.

663 BT-Drs 18/3121, 19; siehe ausführlich II.2.2.

664 Vgl *Hochleitner*, Jahrbuch Wohnrecht 2016, 159;

Exkurs: Der Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers in Deutschland

1. Grundlagen für die Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabes nach deutschem Recht

Das Gewerbe des Immobilienmaklers ist dem Grunde nach in § 34c der deutschen Gewerbeordnung⁶⁶⁵ geregelt. Demnach bedarf derjenige, der gewerbsmäßig den Abschluss von Verträgen über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, gewerbliche Räume oder Wohnräume **vermittelt** oder die Gelegenheit zum Abschluss solcher Verträge **nachweisen** will, der **Erlaubnis** der zuständigen Behörde.

Während der Vorbehaltsbereich bzw. Tätigkeitsumfang des Maklergewerbes, vor allem auch die Unterscheidung in „Nachweis-“ und „Vermittlungsmakler“ im wesentlichen der Rechtslage in Österreich entspricht⁶⁶⁶, besteht ein ganz wesentlicher Unterschied darin, dass die Ausübung des Maklergewerbes in Deutschland **nicht an den Nachweis (irgend)einer fachlichen Befähigung gebunden** ist.

Die gem § 43c Abs 1 erforderliche **Bewilligung** der Gewerbebehörde ist (nur) dann zu **versagen**, wenn der Antragsteller oder eine mit der Leitung des Betriebes oder Zweigniederlassung beauftragte Person die für der Gewerbebetrieb „**erforderliche Zuverlässigkeit**“ nicht erfüllt, der Antragsteller in „**ungeordneten Vermögensverhältnissen**“ lebt oder dieser den Nachweis der erforderlichen **Berufshaftpflichtversicherung** nicht erbringen kann. Gem § 34c Abs 2 Z 1 liegt die erforderliche Zuverlässigkeit insbesondere („in der Regel“) dann nicht vor, wenn der Antragsteller oder die beauftragte Person in den letzten fünf Jahren vor Stellung des Antrages wegen bestimmter, im Gesetz konkret genannter, Straftaten verurteilt worden ist.

Damit entsprechen diese „Versagungsgründe“ dem Grunde nach den „Gewerbe-Ausschließungsgründen“ des § 13 der österreichischen Gewerbeordnung.⁶⁶⁷ Wesentlich ist aber, dass sie allesamt auf keine fachlichen Voraussetzungen bzw. Fähigkeiten Bezug nehmen, die in Österreich für die Anmeldung des Maklergewerbes – entsprechend dem Wesen als **reglementiertes Gewerbe**⁶⁶⁸ – Voraussetzung sind. Dementsprechend kann zur Definition des Leistungsstandards bzw. Sorgfaltsmaßstabes des Immobilienmaklers in Deutschland auch nicht auf – dort ja gar nicht

665 BGBl. S. 245 idF BGBl. I S 846, 853.

666 Zum „abweichenden Gebrauch“ gem § 6 Abs 2 MaklerG, wonach auch in Österreich die „bloße Namhaftmachung provisionsbegründend sein kann, siehe zB 4.3.3.3.

667 Vgl dazu etwa Gruber/Pallege-Barfuß GewO⁷ § 13; Gewerbeordnung 1994 Ennöckl/Raschauer/Wessely: § 13 GewO (Werinos).

668 Dazu ausführlich siehe III.2.

existente – Prüfungsordnungen, Immobilienmakler(befähigungs)verordnungen undgl. zurückgegriffen werden.

Interessant ist aber – insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion in Österreich⁶⁶⁹ - dass eine Immobilienmakler-spezifische **Weiterbildungspflicht** in § 34 Abs 2a GewO aufgenommen wurde, wonach Gewerbetreibende verpflichtet sind, sich in einem Umfang von 20 Stunden innerhalb eines Zeitraums von drei Kalenderjahren weiterzubilden. Beachtenswert ist dabei die Tatsache, dass eine solche direkt in die deutsche GewO, und nicht etwa in irgendwelche „Standesregeln“ oder dgl, Einzug gefunden hat, sowie, dass die Weiterbildungspflicht nicht immer unmittelbar durch den Gewerbetreibenden, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch von bei diesem beschäftigten natürlichen Personen erbracht werden kann.

Abgesehen vom **Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermietung** (WoVermRG)⁶⁷⁰ gibt es in Deutschland keinerlei Immobilienmakler-spezifische Gesetzesbestimmungen. Die **§§ 652 ff BGB** haben allgemeine Bestimmungen hinsichtlich des Lohnes (Vergütungsanspruches) von Maklerverträgen zum Inhalt.⁶⁷¹ Wesentlich für die vertraglichen Leistungspflichten des Immobilienmaklers ist die Bestimmung des **§ 654 BGB**, wonach der Anspruch auf den **Mäklerlohn** und den Ersatz von Aufwendungen **ausgeschlossen** ist, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig ist. Wie *Thomas*⁶⁷² nachvollziehbar ausführt, betrifft dabei § 654 BGB nicht nur den Fall der Doppeltätigkeit, sondern die Verwirkung des Lohnanspruches bei der schuldhaften **Verletzung einer jeden wesentlichen Vertragspflicht**.

Die dt. Rsp anerkennt eine **Treuepflicht** zwischen dem Makler und dem Auftraggeber, für das folgende Grundsätze maßgebend sind: Der Makler ist verpflichtet, im Rahmen des Zumutbaren **das Interesse des Auftraggebers zu wahren**. Die Treuepflicht hängt auch von der wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäftes und der (Un-)Erfahrenheit des Auftraggebers ab. Der Makler hat bei der Ausführung des Auftrages alles zu unterlassen, was die Auftraggeber-Interessen gefährden könnte. Er schuldet seinem Auftraggeber **Aufklärung** und **Beratung**, Er hat dem Auftraggeber alle ihm bekannten und tatsächlichen wie rechtlichen Umstände, die sich auf den Geschäftsabschluss beziehen und für die Willensentscheidung wesentlich sein können, mitzuteilen. Seine Erklärungen dürfen dem Auftraggeber **keine falschen Vorstellungen** vermitteln. Inwieweit der Makler im

⁶⁶⁹ Dazu siehe III.2.5.

⁶⁷⁰ Dazu grundsätzlich siehe II.2.2.

⁶⁷¹ Vgl *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2019) §§ 652 ff.

⁶⁷² *Thomas in Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2019) § 654 Rz 1.

jeweiligen Vermittlungsfall aufklärungspflichtig ist, bestimmt sich nach § 242 BGB aus dem **konkreten Einzelfall** heraus.⁶⁷³

Diese Grundsätze zeigen, dass die Aufklärungs- und Beratungspflichten des Immobilienmaklers und damit der **Haftungsmaßstab** in Deutschland **im wesentlichen den Gegebenheiten in Österreich entsprechen**. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, stellt die Rsp auch in Deutschland an die Leistung des Immobilienmaklers immer höhere Anforderungen. So hat das OLG Hamm⁶⁷⁴ festgestellt, dass sich der Maklerkunde regelmäßig auf die Beratung des „Maklers als Fachmann“⁶⁷⁵ verlassen darf. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass auch in Deutschland der Ruf nach einem „**Sachkundenachweis**“, der dem „Befähigungsnachweis“ in Österreich entspricht, immer lauter wird. So kritisiert der stellvertretende Bundesgeschäftsführer des IVD (Immobilienverband Deutschland), dass der Gesetzgeber die Chance, einen solchen einzuführen, in der letzten Legislaturperiode verpasst habe, und stattdessen „nur“ die – bereits erwähnte – Weiterbildungsverpflichtung in § 34 Abs 2a GewO geschaffen hat.⁶⁷⁶

In der Folge werden einige relevante, richtungsweisende Judikate der dt. Rsp dargestellt, wobei jeweils auch auf die Parallelen bzw. Unterschiede zur Rsp in Österreich eingegangen werden soll:

2. **Relevante Judikatur zur Entwicklung eines Sorgfaltsmaßstabs für den deutschen Immobilienmakler**

Als richtungsweisend⁶⁷⁷ wird die E **IVa ZR 244/80**⁶⁷⁸ des BGH vom 8. Juli 1981 betrachtet. Das dt. Höchstgericht hat hier grundlegende Ausführungen zum zwischen Immobilienmakler und Auftraggeber bestehenden **Treueverhältnis** sowie zu Fragen der (erforderlichen) **Rechtsberatung** durch einen Immobilienmakler gemacht, die mit den Grundsätzen, die die österreichischen Rsp zu diesen Themen entwickelt hat, durchaus konform gehen.

Der E liegt folgender SV zugrunde: Die Beklagte, eine natürliche Person, kaufte über Vermittlung des klagenden Immobilienmakler-Unternehmens eine **Eigentumswohnung**. Diese Wohnung, die

673 Thomas in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2019) § 654 Rz 3 mwN.

674 OLG Hamm, Beschluss vom 27.6.2011, Az. 18 W 11/11.

675 Zur in Österreich analogen Sachverständigenhaftung gem § 1299 ABGB siehe ausführlich III.2.

676 <https://ivd.net/2018/04/die-haftung-des-immobilienmaklers/> (6.11.2019).

677 Vgl Osthus, die Haftung des Immobilienmaklers, <https://ivd.net/2018/04/die-haftung-des-immobilienmaklers/> (6.11.2019).

678 NJW 1981, 2658 = MDR 1982, 212 = VM 1981, 1175 = JR 1982, 58 = JR 82, 59.

die Beklagte beziehen wollte, war vermietet, wobei der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Mietvertrag vorsah, dass sie mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresschluss gekündigt werden konnte. Das Wohnungseigentum an der Wohnung war vom Verkäufer jedoch erst nach Abschluss des Mietvertrages gebildet worden. Hinsichtlich einer etwaigen Kündigung des Mietvertrages durch die Käuferin ist hier die Vorschrift des § 564b Abs 2 des dt. BGB zu berücksichtigen, wonach sich der Erwerber eines Eigentumsobjektes auf das – für eine Kündigung durch den Vermieter gesonderte – „berechtigende Interesse“ erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung an ihn berufen kann (sog. „Sperrfrist“). Über diese Sperrfrist wurde die Käuferin vom Makler-Unternehmen jedoch nicht in Kenntnis gesetzt. In der Folge hatte die beklagte Käuferin den Mietern eine Ablösesumme zu bezahlen, um diese zum vorzeitigen Auszug zu bewegen.

Der BGH machte zunächst Ausführungen zum zwischen Auftraggeber und Immobilienmakler bestehenden **Treueverhältnis**, die über den entscheidungsgegenständlichen Fall hinausgehende Bedeutung haben: Aus diesem Treueverhältnis ergeben sich für den Makler auch bestimmte **Nebenpflichten** bei der Erfüllung seiner Aufgabe. Diese folgen insbesondere daraus, dass er **Interessenvertreter** seines Auftraggebers ist. Eine sachgemäße Interessenvertretung gebiete es regelmäßig, den Auftraggeber nicht nur über das **aufzuklären**, was unerlässlich ist, damit dieser vor Schaden bewahrt wird, sondern auch über **alle dem Makler bekannten Umstände**, die für die Entschließung des Auftraggebers **von Bedeutung** sein können. Dabei sei entscheidend auf den jeweiligen konkreten Fall abzustellen.

Mit diesen Ausführungen wird auch klar, dass die dt. Rsp jene Grundsätze für die Informations- und Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers herausgearbeitet hat, die sich für das österreichische Recht im wesentlichen aus § 3 Abs 3 MaklerG und § 30b KSchG ergeben.⁶⁷⁹

Der BGH beschäftigt sich in der E des weiteren mit der Frage, inwieweit vom Makler auch über **rechtliche Aspekte**, wie im konkreten Zusammenhang eben über die Bestimmung des § 564b Abs 2 BGB, zu informieren ist. Dazu führt er aus, dass es unterschieden werden müsse zwischen Umständen tatsächlicher Art, auf die jedenfalls hinzuweisen sei, und der **rechtlichen Situation, für die eine Beratungspflicht gesondert** bestehe. Allerdings könne sich für den Makler mit „Rücksicht auf Treu und Glauben“ aus dem konkreten Einzelfall eine **Hinweispflicht wegen einer – sei es auch im Ansatzpunkt – rechtlichen Frage** ergeben. Einer entsprechenden Informationspflicht könne der Makler auch schon dadurch genügen, dass er auf die **Möglichkeit**

⁶⁷⁹ Dazu ausführlich siehe II.2.3.2. und IV.1.

verweist, zu der betreffenden Frage Rechtsrat einzuholen. Zur gegenständlichen Vorschrift führt er weiters nachvollziehbar aus, dass diese für die Frage, wann und in welcher Weise entsprechende Eigentumswohnungen von Käufern nach dem Erwerb genutzt werden können, von erheblicher Bedeutung ist. Insofern müsse diese der klagenden Maklerfirma bzw. den Personen, die für sie Maklerdienste leisten, jedenfalls bekannt sein.

Auch diese Ausführungen des BGH entsprechen im wesentlichen der Judikaturlinie in Österreich zur Frage, inwieweit ein Immobilienmakler zu juristischer Beratung und Aufklärung über rechtlich relevante Aspekte berechtigt bzw. verpflichtet ist.⁶⁸⁰

Dennoch kommt der BGH hier zum Ergebnis, dass das **Immobilienmakler-Unternehmen** seine **Hinweispflicht nicht verletzt** hat: Plakativ hält er fest, dass keine „uferlose Information ins Blaue hinein“ geschuldet wird. Eine Hinweispflicht bestehe vielmehr nur dann, wenn die Bedeutung, die der fragliche Umstand für den Entschluss des Auftraggebers hat, dem Makler erkennbar ist, und wenn der Auftraggeber gerade hinsichtlich dieses Umstandes offenbar belehrungsbedürftig ist. In erster Linie sei es Sache des Auftraggebers, gegenüber dem Makler deutlich werden zu lassen, welche Interessen bei dem beabsichtigten Geschäft für ihn im Vordergrund stehen. In konkreter Konstellation war für den BGH wesentlich, dass die Klägerin zwar Kenntnis von der (generellen) Absicht der Beklagten, die zu kaufende Wohnung zu beziehen, hatte. Allerdings konnte nicht festgestellt werden, dass die Klägerin auch wusste, dass die Beklagte diese Absicht „so schnell wie möglich“, also unmittelbar nach Kauf der Wohnung, durchführen wollte. Möglich wäre es auch gewesen, dass die Beklagte erst in einigen Jahren einziehen wollte. Dann brauchte die Klägerin nicht damit zu rechnen, dass die dreijährige Sperrfrist des §564b BGB für die Beklagte von gewichtiger Bedeutung ist. Der BGH vertrat dazu die Meinung, dass die Beklagte gegenüber dem Makler-Unternehmen hätte deutliche machen müssen, dass es ihr gerade darauf ankam, den Kündigungstermin ab Anfang 1977 – also unmittelbar nach Erwerb – selbst bestimmen zu können. Ohne entsprechende Anhaltspunkte wäre für die Klägerin das Gewicht eines solchen Interesses nicht erkennbar gewesen.

Diese Wertung des BGV kann sicherlich kritisch hinterfragt werden, ist es doch unbestritten, dass dem klagenden Maklerunternehmen die grundlegende Absicht der Klägerin, die Eigentumswohnung selbst zu beziehen, sehr wohl bekannt war, nur eben nicht der von ihr intendierte Zeitpunkt des Bezugs. Es erscheint zumutbar, auf eine „prominente“ Bestimmung wie den § 564b Abs 2 BGB, der

⁶⁸⁰ Dazu ausführlich siehe III.2.2. und III.3.

dem Grunde nach beim Erwerb eines jeden Wohnungseigentumsobjektes schlagend werden kann, „sicherheitshalber“ in jedem Fall hinzuweisen.

Auch für die österreichische Rechtslage ist festzuhalten, dass es die dem Makler gebotene Interessenvertretung seines Auftraggebers auch erfordert, seine Interessenlage in zumutbarem Ausmaß zu erforschen und zu erfragen.⁶⁸¹ Allerdings ist zu konstatieren, dass das österreichische Recht, eine der „Sperrfrist“ des § 564b Abs 2 BGB entsprechende Regelung nicht kennt und gegenständlicher Sachverhalt möglicherweise – wäre er heute in Deutschland gerichtsanhängig – einer anderen (strenger) Beurteilung unterzogen würde, stammt das gegenständliche Urteil des BGH doch aus dem Jahre 1981.

Mit der Thematik der Realisierbarkeit einer „Einliegerwohnung“ (der Vermietbarkeit einer Wohnung) in einem vom Makler vermittelten Einfamilienhaus, insbesondere mit Fragen des Vorhandenseins der dafür notwendigen Nutzungsbewilligungen, hatte sich der BGH in der E **III ZR 43/99**⁶⁸² vom 28.9.2000 zu beschäftigen: Die beklagte Maklerin nahm in die **Kurzbeschreibung** eines zu vermittelnden Einfamilienhauses u.a. folgende Wortfolge auf: „die im Untergeschoss liegende **Einliegerwohnung** ist ebenso **realisierbar** wie Wohnen und Arbeiten“. Grundlage für diese Beschreibung war die Angabe der Abgeber bei der Hereinnahme des Objektes, ein Raum sei von ihrem Vater als Gymnastikraum benutzt worden, einen anderen hätten sie als Arbeitsraum benutzt, in einem dritten habe einer von ihnen gewohnt. Eine Küche wiesen die gegenständlichen Räumlichkeiten nicht auf. Aufgrund dieser Angaben führten die Kläger unmittelbare Verhandlungen mit den Verkäufern und erwarben schließlich nach Besichtigung das Objekt. In der Folge erfuhren diese, dass die Räume im Untergeschoss **nicht als Wohnräume genehmigt** waren. In den Originalbauplänen sind diese mit dem Stempelaufdruck „kein Aufenthaltsraum“ versehen. Die Kläger verlangten als **Schadenersatz** den Betrag, um den das Haus wegen der mangelnden Realisierbarkeit (Vermietbarkeit der Einliegerwohnung) weniger wert sei.

Der BGH bekräftigte zunächst seine schon im zuletzt beschriebenen Judikat gemachten allgemeinen Ausführungen zum zwischen Makler und Auftraggeber bestehenden **Treueverhältnis** und betonte weiter, dass es die von ihm wahrzunehmende Sorgfalt gebiete, keine **Informationen zu erteilen, für die es an einer hinreichenden Grundlage** fehlt. Steht ihm eine solche nicht zur Verfügung oder kann er sie sich nicht **beschaffen**, muss er zumindest diesen Umstand offenlegen. Die

⁶⁸¹ Dazu grundsätzlich siehe II.1.

⁶⁸² NJW 2000, 3642 = MDR 2001, 263 = NZW 2001, 474 = ZMR 2001, 201 = VersR 2000, 1539 = VM 2001, 92

Erklärungen des Maklers müssen jedenfalls insgesamt so beschaffen sein, dass sie bei seinem Kunden **keine unzutreffenden Vorstellungen vermitteln**. Der BGH betont weiters, dass **fehlerhafte Angaben** gegebenenfalls **richtig zu stellen** sind.⁶⁸³

Der BGH konstatierte zu gegenständlichem SV, dass die Aussage in der Beschreibung im Exposé, wonach das Haus über eine Einliegerwohnung verfügt, zwar objektiv unrichtig war, dies jedoch keinerlei haftungsrechtliche Bedeutung habe, weil für die Kläger bei der Besichtigung das Nichtvorhandensein einer solchen – v.a. mangels einer Küche – klar zu erkennen gewesen wäre. Er stellte aber klar, dass demgegenüber die **Kläger** bei der Besichtigung **nicht erkennen konnten**, dass die in Frage stehenden **Räume im Untergeschoss nicht als Aufenthaltsräume genehmigt** waren. Insofern sei die Angabe der beklagten Maklerin, im Untergeschoss des Hauses ließe sich eine Einliegerwohnung realisieren, jedenfalls unrichtig gewesen.

Der BGH arbeitete klar heraus, dass die beklagte Maklerin für diese Angabe **keine ausreichende Grundlage** hatte: Aus den oben wiedergegebenen Angaben der Abgeber über die Vornutzung der gegenständlichen Räume lassen sich dafür keinerlei Anhaltspunkte entnehmen. Die Maklerin hätte lediglich die **Informationen der Verkäufer weitergeben** dürfen, die fraglichen Räume seien faktisch **als Wohnräume genutzt** worden. Die haltlose Aussage über das Vorhandensein einer Einliegerwohnung habe sich jedenfalls bei der Besichtigung herausgestellt, spätestens da bestand für sie **Anlass**, auch ihre weitere Aussage über die Realisierbarkeit (Vermietbarkeit), somit das Vorhandensein entsprechender Genehmigungen, zu **überprüfen**. Hier wären **Erkundigungen beim Kreisbauamt** angesagt gewesen.⁶⁸⁴

Hochinteressant vor dem Hintergrund der diesbezüglich bemerkenswerten Rsp in Österreich⁶⁸⁵ sind die Ausführungen des BGH zur Frage, **welcher Schaden** bei gs feststehender Schadenersatzpflicht der beklagten Maklerin zu ersetzen ist: Unter Bezugnahme auf einschlägige Vorjudikate führt er aus: „Die Kläger, die am Kaufvertrag mit den Verkäufern festgehalten haben, können als Ersatz ihres **Vertrauensschadens** den Betrag verlangen, **um den sie das Haus objektiv zu teuer erworben** haben. **Dabei kommt es nicht darauf an, ob es ihnen bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen wäre, den Vertrag zu einem günstigen Preis abzuschließen**“. Gerade letzter

683 Zur „Richtigstellungspflicht“ nach österreichischem Recht siehe IV.1.2. und IV.2.2.5.

684 Dieses Judikat entspricht in seiner Begründung der österreichischen Jud, wonach bei Vermittlung bebauter GS jedenfalls über die entsprechenden Bewilligungen aufzuklären ist. So kam der OGH etwa auch im „Hühnerstallfall“ zum Schluss, dass sich dem Makler entsprechende Erkundigungen hätten „aufdrängen“ müssen – siehe IV.2.2.1.

685 Siehe ausführlich V.3.5. und V.4.

Satz widerspricht klar den in letzter Zeit in Österreich ergangen E zur Berücksichtigung eines „alternativen Geschehensablaufes“ bzw. einer „hypothetischen Alternativanlage“, die mE im Zusammenhang mit gegen Immobilienmakler gerichteten Schadenersatzansprüchen klar abzulehnen ist. Der BGH vertritt weiters nachvollziehbar die Meinung, dass eine **Naturalrestitution** in Form der Rückgängigmachung des Kaufvertrages aufgrund der konkreten Umstände den Klägern „**nicht zuzusinnen**“ sei.⁶⁸⁶

Mit der Thematik der Informationspflicht hinsichtlich erforderlicher bzw. fehlender Genehmigungen, hier der entsprechenden **Baugenehmigung**, hatte sich der BGH auch in der **E III ZR 146/06**⁶⁸⁷ vom 16.1. 2007 zu beschäftigen. Grundlage des von der beklagten Maklerin vermittelten Kaufvertrages war eine von ihr gefertigte „Baubeschreibung“, in der die Wohnfläche der gegenständlichen **Eigentumswohnung** mit 92,2 m² angegeben war. Diese Angabe basiert zum einen auf einer der Beklagten von den Verkäufern zur Verfügung gestellten **Wohnflächenberechnung**, die jedoch nur 65,02 m² aufwies. Handschriftlich war der Vermerk hinzugesetzt: „plus 27,06 m² Atelier...“. Des weiteren wurde der Beklagten von den Verkäufern auch ein **Wirtschaftsplan** der Hausverwaltung der Wohnungseigentümergeinschaft als Grundlage für die Umlagen von Nebenkosten für die Eigentumswohnung ausgehändigt, der (ebenfalls) eine Wohnungsgröße von gut 92 m² aufwies. Tatsächlich hatten die Verkäufer ihrerseits vom Bauträger jedoch das gegenständliche Wohnungseigentumsobjekt im Ausmaß von nur 65,02 m² erworben. Zu diesem kam vereinbarungsgemäß ein ausgebauter **Raum im Spitzboden** hinzu, an dem „aus Einfachheitsgründen“ kein Wohnungseigentum, sondern lediglich ein **Sondernutzungsrecht** begründet und im Grundbuch eingetragen wurde. Erst nachdem der Kläger das Wohnungseigentum erworben hatte, stellte sich heraus, dass der **Raum im Spitzboden ohne die erforderliche Baugenehmigung ausgebaut** worden war.

Der BGH betonte zunächst wieder – wie in den beiden zuvor beschriebenen Judikaten – die zwischen Makler und Auftraggeber bestehende besondere **Treuepflicht**, wobei er hervorhob, dass diese den Makler **nicht nur im Falle einseitiger Interessenvertretung** trifft, sondern – wie im gegenständlichen Fall – auch dann, wenn er sowohl zum Verkäufer als auch zum Kaufinteressenten in einer Vertragsbeziehung steht.⁶⁸⁸

686 Zur „Tunlichkeit“ der Naturalrestitution nach österreichischem Recht siehe ausführlich V.3.4.

687 NJW-RR 2007, 711 = MDR 2007, 710 = MZM 2007, 335 = VersR 2007, 793 = VM 2007, 794.

688 Dies entspricht auch dem im Österreichischen Recht gs geltenden Prinzip der „Doppelmaklertätigkeit“ - siehe dazu ausführlich 2.1.

Die weiteren Ausführungen des BGH betreffen die Frage, inwieweit und unter welchen Umständen der Makler Informationen, die er vom Auftraggeber – hier vom Veräußerer – erhalten hat, an seinen (anderen) Auftraggeber weitergeben darf. Demnach besteht für den Makler **keine „Erkundigungs- und Nachprüfungspflicht für weitergegebene Informationen**, es sei denn, der Makler hat den Eindruck erweckt, die **Angaben** beruhten auf seinen **eigenen Ermittlungen**, oder er Angaben übernimmt, die „**nach den in seinem Berufsstand vorauszusetzenden Kenntnissen ersichtlich als unrichtig, nicht plausibel oder sonst als bedenklich einzustufen**“ sind. Auch dieser Grundsatz entspricht inhaltlich der Rechtslage in Österreich. Nach gefestigter Rsp haftet der Makler hier dem Auftraggeber für den daraus resultierenden Schaden, wenn ihm die Unzulänglichkeit der weitergegebenen (unzutreffenden) Information hätte auffallen müssen, wenn für ihn also eine „Veranlassung“, an der Richtigkeit der ihm erteilten Informationen zu zweifeln, besteht.⁶⁸⁹

In gegenständlicher Konstellation **verneinte der BGH** jedoch eine solche **Nachprüfungspflicht**: Schon den Feststellungen des Berufungsgerichtes sei nicht zu entnehmen, dass der beklagten Maklerin das „Genehmigungsproblem“ bewusst war oder dass ihr dieses aufgrund der Vorgeschichte des Bauvorhabens und der ihr von den Verkäufern übergebenen Unterlagen hätte auffallen müssen. Maßgebend für diese Einschätzung war auch die Tatsache, dass der, der Beklagten von den Verkäufern ausgehändigte, (unbedenkliche) Wirtschaftsplan ebenfalls eine Wohnungsgröße der gegenständlichen Eigentumswohnung von gut 92 m² aufwies. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die beklagte Maklerin ihren **Firmenstempel** auf die Wohnflächenberechnung mit dem handschriftlichen Zusatz gesetzt hat. Der klagende Käufer hätte daraus keinesfalls den Schluss ziehen dürfen, die Beklagte habe sich damit den Inhalt dieser Wohnflächenberechnung zu Eigen gemacht, was nach den soeben dargelegten Grundsätzen eine entsprechende Nachforschungspflicht ausgelöst hätte.

Interessant sind die vom BGH ausdrücklich verworfenen **Ausführungen des Berufungsgerichts** hinsichtlich einer etwaig verbliebenen „**Restungewissheit**“ der beklagten Maklerin: Im Gegensatz zum BGH hielt dieses zunächst fest, dass sich der Beklagten aufgrund der ihr bekannten Vorgeschichte um die Entstehung des Sondernutzungsrechtes an dem Raum im Spitzboden, insbesondere des Umstands des erst nachträglichen Ausbaus, „allenfalls **Zweifel** an der hinreichenden Grundlage für die Informationen über die Wohnfläche hätten aufdrängen können“. Nach Meinung des Berufungsgerichts hätte die beklagten Maklerin auf diese „Restungewissheit“ aber nicht besonders hinweisen müssen: Dem **Kläger seien diese Umstände ebenfalls bekannt**

⁶⁸⁹ Dazu ausführlich siehe III.3.

gewesen. Dieser habe die gleichen Informationen von den Verkäufern erhalten wie die Beklagte, die Maklerin habe sohin gegenüber dem Kläger **keinen Wissensvorsprung** besessen, den es zu offenbaren gegolten habe. Insofern hätte es dem Käufer obgelegen, sich Gewissheit über die bauordnungsrechtliche Genehmigung der Nutzung des Spitzbodens als Wohnraum zu verschaffen. Der BGH hält zu diesen Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamm völlig nachvollziehbar fest, dass dann, wenn sich aus den der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen **Anhaltspunkte für einen bewilligungslosen Ausbau** ergeben hätten, die beklagte Maklerin dies selbstverständlich **abzuklären** gehabt hätte und verbleibende Bedenken im Exposé hätte ausweisen müssen. Eine solche Pflicht kann nicht mit dem Argument verneint werden, dem Maklerkunden hätten aufgrund der vorhandenen Informationen selbst Zweifel kommen müssen und es wäre seine Sache gewesen, sich Gewissheit zu verschaffen.

Für das österreichische Recht kann ganz klar festgehalten werden, dass die Tatsache, dass der Makler gegenüber seinem Auftraggeber hinsichtlich zur Verfügung gestellter Informationen keinen „Wissensvorsprung“ besitzt, den Makler von etwaigen Informations- und Sorgfaltspflichten keinesfalls entbinden kann. Der Immobilienmakler gilt als Sachverständiger gem § 1299 ABGB⁶⁹⁰, seine Fachkenntnis ermöglicht es ihm, aus konkreten Sachverhalts-Konstellationen ganz andere, eben fachlich fundierte Schlüsse zu ziehen, als dies einem Laien möglich ist. Die Feststellungen des Berufungsgerichts sind möglicherweise vor dem Hintergrund zu sehen, dass für die Ausübung der Maklertätigkeit in Deutschland eben kein Befähigungsnachweis (bzw. Sachkundenachweis⁶⁹¹) erforderlich ist, und der Makler in Deutschland daher bestenfalls als „Fachmann“, aber eben nicht als Sachverständiger – entsprechend der Rechtslage in Österreich - angesehen werden kann.

Die rechtliche Genehmigungssituation war auch Gegenstand der E des **OLG Stuttgart, 3 U 154/10**, vom 2.2.2011: Gegenstand der Vermittlung des auf die Provisionszahlung klagenden Maklers war hier ein „**Bahnwärterhaus**“, das der Käufer als Wohnhaus benutzen wollte. Im Exposé war unter der Rubrik Objektbeschreibung wahrheitsgemäß „Bahnwärterhaus“ angegeben. Der gezeichnete Plan der Zimmer stellte diese als Wohnzimmer und auch Wohnküche dar. Unstreitig wurde das Objekt nach der Aufgabe der Nutzung als Bahnwärterhaus **über Jahrzehnte hinweg faktisch zu Wohnzwecken genutzt**. Allerdings steht fest, dass das Objekt **für eine Wohnnutzung** formell im Sinne des öffentlichen Baurechts **nicht genehmigt** gewesen ist.

690 Dazu ausführlich III.1.

691 Dazu siehe 1.

Damit ist dieser SV mit jenem, der dem österreichischen „Hühnerstallfall“⁶⁹² zugrunde liegt, in den wesentlichen Punkten vergleichbar. Ein – offenbar entscheidungsrelevanter – Unterschied besteht jedoch darin, dass im Hühnerstallfall das Bauamt den Käufer aufforderte, um nachträgliche Baubewilligung anzusuchen, während im hier gegenständlichen SV die Behörden nicht einschritten und einer (weiteren) Wohnnutzung des Objektes durch den Käufer nichts entgegenstand.

Das OLG Stuttgart setzte sich mit den – bereits im vorhergehend wiedergegebenen Judikat beschriebenen – Voraussetzungen einer **Nachforschungspflicht** durch den Makler auseinander und betonte, dass im vorliegenden Fall die Vereinbarung zwischen den Parteien, dem Kläger ein Objekt zu Wohnzwecken zu vermitteln, nicht zu einer gesteigerten Aufklärungspflicht des Maklers führt. Der Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, sich bei den **Verwaltungsbehörden** über die vorliegende baurechtliche Genehmigungssituation zu informieren und diese an den Käufer weiterzugeben. Er billigte die Rechtsansicht der Unterinstanz, wonach er **Zweifel** an der Eignung des Objektes zum beabsichtigten Gebrauch selbst nicht verfolgen muss, er müsse diese aber dem Auftraggeber mitteilen. Dem SV kann jedoch nicht entnommen werden, dass der Makler **den Veräußerer** nach den erforderlichen Genehmigungen gefragt hätte. Dies wurde ja im Hühnerstallfall als das dem Makler zumutbare „nächstliegende“ Vorgehen angesehen, dessen Unterlassung letztlich haftungsbegründend war. Auch nach deutschem Recht wäre ein solches Vorgehen vom Makler im Rahmen seiner Treuepflichten dem Auftraggeber gegenüber und einer konsequenten Interpretation der Nachforschungspflicht mE zu verlangen gewesen. Die relativ wohlwollende, maklerfreundliche Ansicht des Gerichts dürfte auch dem Umstand geschuldet sein, dass einer (weiteren) Nutzung des Bahnwärterhauses zu Wohnzwecken durch den Käufer faktisch nichts entgegen stand, was die Frage, ob und inwieweit hinsichtlich der Genehmigungssituation zu informieren gewesen wäre, letztlich als den „Streit um des Kaisers Bart“ erscheinen ließ.

Mit der Haftung des Maklers als „Immobilienfachmann“ für eine **Fehlberatung hinsichtlich der Veräußerbarkeit einer Immobilie** hatte sich das OLG Hamm im Beschluss **1-18 W 11/11** vom 27.6.2011 zu beschäftigen: Der Auftraggeber des Maklers beabsichtigte zu einem, eine Immobilie zu verkaufen und interessierte sich zum anderen zeitgleich für den Erwerb einer anderen Immobilie, die der von ihm mit dem Verkauf der Immobilie beauftragte Immobilienmakler vertrieb. Dem Makler wie dem Auftraggeber war dabei bewusst, dass dieser die Immobilie nur nach einem (zumindest den Erwerbspreis abdeckenden) Verkauf der anderen – noch im Eigentum des Auftraggebers stehenden - Immobilie finanzieren konnte. Der Makler bestärkte den Käufer in

⁶⁹² Siehe IV.2.2.1.

seinem Entschluss zum Erwerb der Immobilie, wobei er **den objektiv ungesicherten Verkauf seiner vorhandenen Immobilie als problemlos realisierbar** in Aussicht stellte. Als Verkaufspreis wurde ein Betrag von € 625.000 bis € 675.000 als realistisch dargestellt. In der Folge erwarb der Auftraggeber die ins Auge gefasste Immobilie um € 450.000,-. Beim Abschluss des Kaufvertrages war jedoch seine Immobilie noch nicht veräußert, sie konnte auch in der Folgezeit nicht so verkauft werden, dass der Auftraggeber den Kaufpreis der erworbenen Immobilie hätte bedienen können. Zur **Finanzierung** der ersten Kaufpreisrate musste der Auftraggeber daher ein **Darlehen** aufnehmen, zu dessen späteren Tilgung er dann auch noch einen **Bausparvertrag** abschloss. Nachdem der Auftraggeber jedoch auch die zweite Kaufpreisrate nicht bezahlen konnte, führte er **gegen die Verkäufer einen Rechtsstreit**, um die zwangsweise Betreibung der Rate durch diesen, u.a. durch Zwangsversteigerung des Grundstücks, zu verhindern. Wenig überraschend unterlag der Auftraggeber in diesem, wobei das Gericht aussprach, dass dieser im **Verhältnis zu den Verkäufern** (alleine) das Risiko zu tragen hat, den Kaufpreis aus dem von ihm abgeschlossenen Kaufvertrag (nicht) finanzieren zu können. In der Folge versuchte der Auftraggeber, sich beim Makler schad- und klaglos zu halten und verlangte, von diesem im Wege des Schadenersatzes so gestellt zu werden, als hätte er den gegenständlichen Kaufvertrag nicht abgeschlossen.

Das OLG führte zunächst die bereits in den beschriebenen Judikaten dargestellte, zwischen Makler und Auftraggeber bestehende **Treuepflicht** ins Treffen und betonte nachvollziehbar, dass die Einschätzung, dass der Käufer das Risiko der Finanzierung des Kaufpreises einer Immobilie selbst zu tragen habe, nur für das Verhältnis Verkäufer zum Käufer, nicht aber für dasjenige zwischen Käufer und **Makler** gilt. **Berät** der Makler wie hier **über die Verkaufsmöglichkeiten** einer Immobilie und ist dieser Verkauf Voraussetzung für den Abschluss eines für den Käufer im Nichtverkaufsfall nachteiligen weiteren Kaufvertrages, kann diesen eine Schadenersatzpflicht treffen. Das OLG bezieht sich auch auf die Eigenschaft des Maklers als **Immobilienfachmann**⁶⁹³, wenn es darauf hinweist, dass dem Auftraggeber (Käufer) nicht vorgehalten werden kann, dass er einer (unzutreffenden) Beratung des Immobilienmaklers folgt, ohne diese zu überprüfen, weil er sich insoweit eben auf seine Beratung verlassen können muss und ein Mitverschulden erst dann in Betracht kommt, wenn sich ihm ein Beratungsfehler geradezu aufdrängt. Dass der Verkauf der Immobilie zu dem, dem Käufer als realistisch genannten, Preis nicht gesichert war, belegt schon die weitere Entwicklung, wonach es bis zur Fälligkeit der zweiten Kaufpreisrate offenbar nicht gelungen ist, einen geeigneten Kaufinteressenten für die zu veräußernde Immobilie zu finden. Das

693 Zur Eigenschaft des Immobilienmaklers als Immobilien-Sachverständiger nach österreichischem Recht siehe ausführlich III.1.

OLG kam daher zum Schluss, dass die dargestellte Pflichtverletzung jedenfalls eine **Haftung** des Immobilienmaklers aufgrund einer fehlerhaften **Beratung** begründet.⁶⁹⁴

Zur Frage, **welche Schäden** konkret zu ersetzen sind, führt das OLG aus, dass bei schuldhafter Verletzung einer Beratungspflicht, die zum Abschluss eines Vertrages mit einem Dritten geführt hat, der **Geschädigte wählen** kann, ob er an dem Geschäft festhalten und die erlittenen **Vermögenseinbußen** ersetzt verlangen will, oder ob er den „**großen Schadenersatz**“ unter Übertragung der Vorteile aus dem Geschäft geltend machen will. Verlangt er zweiteres, ist er so zu stellen, als hätte er den in Frage stehenden Vertrag nicht abgeschlossen. Er kann dann Zug um Zug gegen die Übertragung des ihm erwachsenden Vorteiles des Geschäfts den Ersatz der Beträge, die er aus Anlass des Geschäfts aufgewandt hat, und Freistellung von den durch das Geschäft begründeten Verbindlichkeiten verlangen

Mit zweiterer Option spricht das OLG die **Naturalrestitution**⁶⁹⁵ an, die jedoch – entsprechend der Rechtslage in Österreich⁶⁹⁶ – unter dem Primat der „**Möglichkeit und Zulänglichkeit**“ steht.⁶⁹⁷ Das OLG setzt sich jedoch in seinem Beschluss in keiner Weise mit der Frage der Zulänglichkeit einer solchen Naturalrestitution auseinander, die jedenfalls darin begründet sein kann, dass dem **Immobilienmakler** als Dritten eine vom Geschädigten als Gegenleistung erhaltene Immobilie quasi „aufgedrängt“ wird.⁶⁹⁸ Wie *M. Bydlinski*⁶⁹⁹ ausführt, wird in der deutschen Lit eine derartige Verpflichtung zum Naturalersatz durch einen Immobilienmakler durchaus in Frage gestellt.

Mit der Haftung des Maklers infolge Fehlinformation über die **Beschaffenheit eines bebauten Grundstücks** hatte sich das OLG München in der E 20 U 2215/14⁷⁰⁰ vom 19.11.2014 zu beschäftigen. Das OLG beschäftigt sich hier auch ausführlich mit der Frage, **welche** Schäden konkret ersatzfähig sind und kommt zu Ergebnissen, die der Rechtslage in Österreich im Wesentlichen entsprechen.

694 Diese Jud entspricht auch der Rsp in Österreich, wonach der Immobilienmakler den Auftraggeber etwa vor unrealistisch hohen Kaufpreiserwartungen warnen muss – siehe II.1.

695 *Heinrichs in Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2019) § 249 Rz 1 f.

696 Zur danach geforderten „Tunlichkeit“ der Naturalrestitution siehe ausführlich V.3.4.

697 Dazu siehe zB *Heinrichs in Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2019) § 251 Rz 1 ff.

698 Zur diesbezüglichen Überlegungen zur österreichischen Rechtslage siehe ausführlich V.3.4.3.

699 *M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBl 2011, 681 (684); Schädigung durch Vertragsabschluss, FS Deutsch (1999) 369 f.

700 BeckRS 2015, 00268 = NZM 2015, 388 = NJW-RR 2015, 692 = LSK 2015, 150208

Der E liegt folgender SV zugrunde: Der klagende Käufer kaufte über Vermittlung des beklagten Immobilienmaklers ein bebautes GS. Der Makler hat das Objekt im Internet angeboten und ein Exposé erarbeitet, dem die Formulierung „Das **Haus ist komplett unterkellert**“ zu entnehmen war. Tatsächlich war jedoch das Wohnzimmer mit einem Ausmaß von 25 m² nicht unterkellert. Darauf wurde der Kläger auch bei der Besichtigung nicht hingewiesen. Die fehlende Unterkellerung offenbarte sich ihm erst nach Abschluss des Kaufvertrages. Der Kläger argumentierte, er hätte diesen Mangel nicht erkennen können und machte die **Kosten für eine nachträgliche Unterkellerung**, € 21.300, geltend. Er argumentierte weiters, dass er – bei Kenntnis der wahren Sachlage – den Vertrag nicht zu den gegebenen Bedingungen, sondern zu einem um € 21.300 reduzierten Kaufpreis abgeschlossen hätte und machte daher diesen Betrag auch als Schadenersatzanspruch („**Wertminderung**“) geltend.

Das OLG bejahte zunächst nachvollziehbar das grundsätzliche **Vorliegen einer Fehlberatung** durch den Immobilienmakler. Dieser hat wider besseren Wissens das Objekt im Exposé als vollunterkellert beschrieben und seinen Kunden auch nicht bei der Besichtigung über die tatsächlichen Gegebenheiten aufgeklärt. Die Argumentation des Beklagten, dass der klagende Kunde aufgrund seiner Eigenschaft als Diplom-Ingenieur die fehlende Unterkellerung hätte erkennen können, teilte das OLG nicht. Auch dieser dürfe sich uneingeschränkt auf die im Exposé gemachten Angaben verlassen.⁷⁰¹

Die Haftung der Maklers basiert dem Grunde nach auf § 280 Abs 1 BGB. Demnach hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn die **Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich** wird.⁷⁰² Unter Bezugnahme auf die – ausreichend vorhandene – ständige Rsp des BGH führt das OLG aus, dass der Kläger aber den **Ersatz der für die nachträgliche Unterkellerung voraussichtlich entstehenden Kosten als Erfüllungsschaden nicht verlangen** kann. Der Schadenersatz wegen Verletzung von Aufklärungspflichten eines Immobilienmaklers ist nicht auf den Ersatz des Erfüllungsschadens, sondern auf das „**negative Interesse**“ gerichtet. Nachvollziehbar betont das OLG, dass der **beklagte Makler nicht Vertragspartner des Kaufvertrages** über das

701 Diese Konstellation ist mit jener nicht vergleichbar, für die der OGH eine Einschränkung der Informationspflicht aufgrund der SV-Eigenschaft des Kunden anerkannt hat (siehe III.4.): Die Vorgaben für die Bebaubarkeit eines unbebauten GS, hinsichtlich derer der Bauträger-GmbH als Kundin unzweifelhaft SV-Eigenschaft zukommt, sind anders zu werten als das – theoretisch für jedermann erkennbare – Fehlen einer Vollunterkellerung.

702 Dazu gs siehe *Heinrichs in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*⁷⁰ (2019) § 280 Rz 1 ff.

streitgegenständliche Objekt ist, der Kläger als Käufer aber **nur vom Verkäufer Erfüllung** oder eben Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.⁷⁰³

Das OLG beschäftigt sich sodann eingehend mit den Voraussetzungen, unter denen ein – gs ersatzfähiger – **Vertrauensschaden** geltend gemacht werden kann und stellt zunächst klar, dass der Betrag zur Herstellung einer Vollunterkellerung auch nicht als ein solcher geltend gemacht werden kann. Der Vertrauensschaden bemisst sich danach, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Maßgebend ist hier die sog. „**Differenzhypothese**“, wonach der **Vertrauensschaden** durch einen **Vergleich** der infolge des haftungsrechtlichen Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne diese Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen ist.⁷⁰⁴ Der Vertrauensschaden bemisst sich demnach danach, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde.

Das OLG stellt dazu nächst klar, dass der Geschädigte seinen Anspruch auf Ersatz des **Vertrauensschadens** auch in der Weise geltend machen kann, dass er am Vertrag festhält und als Ersatz des negativen Interesses jenen Betrag verlangen kann, um den er den **Kaufgegenstand zu teuer** erworben hat. Wie auch schon der BGH in der oben beschriebenen E III ZR 43/99 betont auch das OLG München unter Bezugnahme auf entsprechende Vorjudikatur, dass vom Käufer dazu nicht nachgewiesen werden muss, dass sich der Verkäufer auf einen Vertragsabschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte.⁷⁰⁵

Beruft sich der Kläger darauf, den vom Makler vermittelten **Vertrag** bei fehlerfreier Beratung **nicht abgeschlossen** zu haben, besteht der Schaden in jenen Auslagen, die der Käufer dann nicht getätigt hätte. Das OLG analysiert in der Folge, welche Ausgabenpositionen in diesem Sinne kausal auf der Aufklärungspflichtverletzung des beklagten Maklers beruhen und kommt damit zu Ergebnissen, die der Jud in Österreich entsprechen.⁷⁰⁶ So waren die durch die Vermittlung des Maklers angefallene **Maklergebühr**, die **Grunderwerbssteuer**, die **Grundbuchkosten** für die „Auflassungsvormerkung“, **Fahrtkosten** u.a. zum Notar, sowie auch ein „**Zinsschaden**“ zu ersetzen.⁷⁰⁷

703 Zu in diesem Punkt analogen Rechtslage in Österreich siehe ausführlich V.2.2.

704 Zur, der dt. „Differenzhypothese“ entsprechenden, „Differenzmethode“ der Schadensberechnung in Österreich siehe ausführlich V.2.2. und V.4.

705 Einmal mehr sei auf die diesbezüglich bemerkenswerte Jud in Ö verwiesen – siehe V.3.5. und V.4.

706 Siehe V.2.2.

707 Das OLG geht in dieser E (aus 2014) davon aus, dass der Kläger ohne Kaufvertragsabschluss die für den Kaufpreis, die Maklergebühr, die Grunderwerbssteuer sowie die Grundbucheintragungen aufgewendeten Summen verzinslich hätte anlegen können.

Mit der Frage, ob und inwieweit der Immobilienmakler seinem Auftraggeber eine **Beratung in steuerlichen Angelegenheiten** schuldet, beschäftigt sich das Urteil des BGH I ZR 152/17⁷⁰⁸ vom 12.7.2018: Die Klägerin beauftragte die beklagte Maklerin mit der Vermittlung eines Wohnhauses, in dem sich acht vermietete Wohnungen befanden. Die Beklagte teile der Klägerin im Zuge der Vermittlung mit, es gebe zahlreiche Interessenten für das Anwesen und es **empfehle sich, dieses bald zu veräußern**, da andernfalls die Gefahr bestehe, dass Interessenten abspringen könnten. Die Klägerin verkaufte mit notariellem Kaufvertrag 2013 ihr Objekt um € 295.000,-, wobei im von der Beklagten vorbereiteten Kaufvertrag ausdrücklich festgehalten wurde, dass der Notar keine steuerrechtliche Beratung durchgeführt hat. Da die Klägerin das nun verkaufte Objekt jedoch erst Anfang 2004 erworben hatte, war die **einkommensteuerrechtlich relevante 10jährige Spekulationsfrist** des § 23 Abs 1 Satz 1 EStG noch nicht abgelaufen, sodass diese gemäß Bescheid des Finanzamtes für das Jahr 2013 Einkommensteuer in erheblichem Ausmaß (€ 47.856,62) nachzuzahlen hatte. Die Klägerin argumentierte, die Beklagte hätte sie vor Abschluss des vermittelten Kaufvertrages auf die Einkommensteuerpflicht eines Verkaufes innerhalb der 10jährigen Spekulationsfrist hinweisen müssen.

Der BGH kommt hier zu dem - mE beachtlichen – Ergebnis, dass die Maklerin **keine Pflichtverletzung** zu verantworten hat: Diese war demnach aufgrund des zwischen den Parteien zustande gekommenen Maklervertrages – auch unter Berücksichtigung der im Streitfall gegebenen Umstände – nicht verpflichtet, die Klägerin auf die Spekulationsfrist und deren steuerliche Relevanz hinzuweisen. Der BGH führt zunächst wieder die zwischen Makler und Auftraggeber bestehende besondere „Treuepflicht“ ins Treffen, betont aber, dass einem Makler bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung **grundsätzlich keine vertragliche Nebenpflicht trifft, steuerliche Fragen zu prüfen**, die sich im Zusammenhang mit dem Vertrag stellen, den er vermittelt oder für dessen Abschluss er eine Gelegenheit nachweist, und seinen Auftraggeber über die in diesem Zusammenhang relevanten Umstände aufzuklären. **Abweichendes** gilt nach Ansicht des BGH ausnahmsweise dann, wenn sich der Makler hinsichtlich bestimmter Steuerfragen **als Fachmann** geriert. Des weiteren können sich **„gewisse Beratungspflichten zu rechtlichen und steuerlichen Standardfragen“** im Einzelfall daraus ergeben, dass er sich – beispielsweise in seiner Werbung – einer langjährigen Tätigkeit und Erfahrung auf diesem Gebiet berühmt. Der Makler müsse dem Auftraggeber auch dann, wenn dieser hinsichtlich vertragsrelevanter Umstände erkennbar rechtlicher Beratung bedarf, **anraten, insoweit fachmännischen Rat einzuholen**. Schließlich

708 NJW 2019, 1223 = ZIP 2019, 277 = MDR 2019, 87 = NZM 2019, 2017 = WM 2019, 784.

bestehen nach Ansicht des BGH „**gesteigerte Beratungs- und Aufklärungspflichten**“ auch dann, wenn er den Auftraggeber zu einem **riskanten Vorgehen veranlasst** oder ihn sonst zu einem **unvorteilhaften und überstürzten Vertragsschluss verleitet**.

Gerade (auch) vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist die vom BGH vertretene Ansicht, ein Beratungsfehler der Maklerin liege hier nicht vor, doch kritisch zu hinterfragen: Zunächst ist festzuhalten, dass die **grundsätzliche steuerrechtliche Relevanz der Spekulationsfrist kein detailliertes steuerrechtliches Wissen erfordert**, sondern sich – wie auch im österreichischen Recht – schon alleine aus dem Wortlaut der jeweiligen steuerrechtlichen Bestimmung (hier des § 23 EStG) ergibt. Die „**Spekulationssteuer**“ als solche stellt dabei eine – in aller Regel – massive finanzielle Belastung dar, die **alleine an das Zustandekommen des Kaufvertrages** als die Steuerpflicht auslösenden SV anknüpft, zu dem wiederum die vermittelnde Tätigkeit des Immobilienmaklers jedenfalls wesentlich beiträgt. Der BGH erkennt selbst in seiner Begründung die Existenz von „steuerlichen **Standardfragen**“ an, hinsichtlich derer „gewisse Beratungspflichten“ bestehen können. Dass gerade die grundsätzliche Existenz der Spekulationsfrist nicht eine solche Standardfrage sein soll, ist wenig nachvollziehbar, kann diese doch theoretisch bei jedem Verkauf einer Immobilie schlagend werden. Insofern erscheint die in der Revision vorgebrachte Argumentation, ein **leicht zu erteilender allgemeiner Hinweis auf deren Existenz** sei wegen der hohen Schadensträchtigkeit eines Verkaufs innerhalb der Spekulationsfrist erforderlich, nachvollziehbar. Für einen Makler liege es auf der Hand, dass der Immobilieneigentümerin die Besonderheit einer Zehnjahresfrist für die steuerliche Belastung des Verkaufserlöses für nicht eigengenutzte Immobilien nicht geläufig sein muss.

Die vom BGH vertretene Ablehnung einer Informationspflicht ist auch vor dem Hintergrund verwunderlich, dass nach den Feststellungen die Beklagte die **Empfehlung** ausgesprochen hat, die Klägerin solle (angesichts der zahlreichen Interessenten!) **das Objekt bald veräußern**, da andernfalls die Gefahr bestehe, dass Interessenten abspringen könnten. Abgesehen davon, dass nicht ganz nachvollziehbar ist, warum gerade aufgrund zahlreicher Interessenten ein baldiger Verkauf angesagt sein und ein Abspringen (einzelner?) Interessenten schädlich sein soll, war dieser Ratschlag angesichts des dann erfolgten Verkaufes knapp vor Auslaufen der Spekulationsfrist im Ergebnis geradezu verheerend. Dadurch wurde der geschädigte Kunde zu einem „**riskanten Vorgehen**“ bzw. einem „überstürzten Vertragsabschluss“ veranlasst, was nach den Ausführungen des BGH geradezu Anlass für eine „gesteigerte Beratungs- und Aufklärungspflicht“ hätte sein müssen.

Die in dieser E und auch in der bereits beschriebenen E IVa ZR 244/80 zu Tage tretende Zurückhaltung des BGH hinsichtlich der Beurteilung der Beratungspflicht des Immobilienmaklers in steuer- wie zivilrechtlichen Belangen ist möglicherweise dem Umstand geschuldet, dass es in Deutschland – im Gegensatz zu Österreich – **keine den Befähigungsprüfungsordnungen vergleichbaren Rechtsgrundlagen** gibt, die für das Anforderungsprofil hinsichtlich der Berufsausübung von Relevanz sein können.⁷⁰⁹

⁷⁰⁹ Demgegenüber bilden allgemeine Kenntnisse des Steuerrechts für Immobilientreuhänder sowie des Zivilrechts nach dem eindeutigen Wortlaut der Immobilienmakler-Befähigungsprüfungsordnung in Österreich wesentliche relevante Gegenstände für die Befähigungsprüfung – siehe III.2.2. und III.2.4.

Zusammenfassung

Eine Auseinandersetzung mit den Informations- und Sorgfaltspflichten des Immobilienmaklers erforderte zunächst eine eingehende Analyse der juristischen Dimensionen des aktuell viel diskutierten „**Bestellerprinzips**“. Die Einführung eines solchen hätte gravierende Auswirkungen darauf, wer dem Grunde nach überhaupt Empfänger einer maklerspezifischen Dienstleistung sein kann. Maßgebend für die Erörterung kann dabei nicht nur die schlagwortartig gebräuchliche Phrase „Senkung der Wohnkosten sein“, sondern sind hier vielfältige zivil-, konsumentenschutz- sowie auch verfassungsrechtliche Aspekte in Betracht zu ziehen. Insbesondere war der Frage nachzugehen, ob bzw. inwieweit ein Bestellerprinzip mit dem konsumentenschutzrechtlich verankerten „Informationsmodell“, wonach dem Konsumenten durch Informationen zu allen relevanten Aspekten des abzuschließenden Geschäfts eine solide Grundlage für eine eigenverantwortliche Entscheidung geboten werden soll, in Einklang zu bringen ist.

Der **Sorgfaltsmaßstab** sowie die **Sachverständigenhaftung** orientieren sich am **Leistungsstandard** der jeweiligen Berufsgruppe. Wie gezeigt werden konnte, besteht für den Bereich der Immobilientreuhänder hier eine relativ komplexe, aber systematische Struktur an Rechtsvorschriften, die den Berufszugang sowie die Berufsausübung regelt. Intendierte Maßnahmen zur Erhöhung der Zugangserfordernisse bzw. Steigerung der Dienstleistungsqualität, wie eine Aus- und Fortbildungsverpflichtung, müssen stets vor dem Hintergrund diskutiert werden, dass dies auf der dafür geeigneten Ebene erfolgen muss. Dabei war auch die Qualität des Ständesrechts der WKO als Verordnung gem Art 120b Abs 1 B-VG herauszuarbeiten. Der von der hL und Jud anerkannte Grundsatz, wonach die Nachforschungspflicht des Maklers bei weitergegebenen Informationen unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt ist, war unter Bezugnahme auf relevante Jud einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Dabei konnte gezeigt werden, dass die Jud den von der Gesetzgebung vorgegebenen Leistungsstandard nicht immer gleichermaßen beherzigt, wenngleich im zeitlichen Verlauf insgesamt eine Verschärfung der Anforderungen an die Sachverständigen-Haftung festgestellt werden konnte.

Im Rahmen der Erörterung **schadenersatzrechtlicher Grundsätze** war zunächst herauszuarbeiten, dass Klauseln, wonach Kunden gegenüber dem Makler die Kenntnisnahme bestimmter Umstände **bestätigen**, nicht immer und unbedingt als **verpönte Beweislastumkehr** iSv § 6 Abs 1 Z 11 KSchG zu werten sind. Sodann waren die in der jüngeren Rsp hervortretenden Ansätze, die zu den „Anlegerschadensfällen“ entwickelten Grundsätze auch auf gegen Immobilienmakler gerichtete

Schadenersatzforderungen auszuweiten, einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Dabei konnte gezeigt werden, dass das zu den Anlegerschäden vertretene **Primat der Naturalrestitution** in Form der Zurücknahme des vermittelten Vermögensgutes durch den schädigenden Vermittler gegen Erstattung des Kaufpreises sowie der Grundsatz der **Berücksichtigung einer hypothetischen Alternativanlage bzw. eines alternativen Geschehensablaufs** aus guten Gründen nicht auf gegen Immobilienmakler gerichtete Schadenersatzansprüche übertragen werden können.

Schließlich wurde noch der **Sorgfaltsmaßstab des Immobilienmaklers nach deutschem Recht** beleuchtet, der aufgrund europa- wie kollisionsrechtlicher Vorgaben auch für Vermittlungen in Österreich Relevanz haben kann. Vor dem Hintergrund, dass Antritt und Ausübung des Immobilienmakler-Gewerbes in Deutschland keines Befähigungsnachweises bedürfen, wurde der Sorgfaltsmaßstab anhand einschlägiger Judikate beschrieben und Parallelen sowie Unterschiede zur Rechtslage in Österreich aufgezeigt.

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AV	Alleinvertmittlungsauftrag
BG	Bezirksgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BVG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
E	Entscheidung
EG	Eigentümergeinschaft
EU	Europäische Union
FG	Fachgruppe
Geko	Gesamtkommentar
GS	Grundstück
HG	Hausgemeinschaft
gs	grundsätzlich
hA	herrschende(r) Ansicht
hL	herrschende(r) Lehre
hM	herrschende(r) Meinung
hRsp	herrschende Rechtsprechung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
iSv	im Sinne von
IMV	Immobilienmaklerverordnung
ImmZ	Immobilienzeitung
iVm	in Verbindung mit
Jud	Judikatur
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
Lit	Literatur
ME	Meines Erachtens
MRG	Mietrechtsgesetz
Müko	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
NO	Notariatsordnung
ÖVI	Österreichischer Verband der Immobilienwirtschaft

RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
S	Satz
SV	Sachverhalt
ua	unter anderem
udgl	und dergleichen
u.v.a.	und viele andere
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
WKG	Wirtschaftskammergesetz
WKW	Wirtschaftskammer Wien
zB	zum Beispiel

Literaturverzeichnis

- Aigner*, Gedanken zur Sachverständigenhaftung, ÖJZ 2017/73;
- Assem/Knittl*, Das neue Maklergesetz für den Immobilienmakler (1996);
- Barbist/Leitner*, Neues zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen in Europa, ecolex 2008, 478;
- Berger*, Arbeitsverhältnisse in der Immobilienwirtschaft, OIZ 2/2008, 23;
- Berger*, Grenzüberschreitende Immobilienmakler, OIZ 5/2008, 23;
- Berger/Holzapfel*, Kauf- und Mietanbotsformulare im Spannungsfeld von ABGB, KSchG, FAGG und MaklerG, immolex 2018, 142;
- Bienert/Funk*, Immobilienbewertung Österreich³ (2014);
- Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), GeKo Wohnrecht (2018);
- Budischowsky*, Die Liberalisierung des Berufszugangs für Dienstleister, ecolex 2015, 1024;
- Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg), Handbuch Verbraucherrecht (2015);
- Eberhart/Spitzer*, Verbraucherschutz und Verfassungsrecht, ÖJZ 2017, 308;
- Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO 1994;
- Duchstein*, Das „Bestellerprinzip“ im Wohnraummaklerrecht, NZM 2015, 417;
- Filzmoser*, Gewerbe- und haftungsrechtliche Aspekte neuer Arbeitsformen, RdW 1999, 213
- Fischer*, Das Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht, NJW 2015, 1560;
- Fromherz*, Kommentar zum Maklergesetz (1997);
- Gartner/Karandi*, Maklergesetz³ (2016);
- Gottardis*, Zu der Mitwirkung des Maklers bei der Gestaltung von Kaufanboten und den sich daraus ergebenden Aufklärungspflichten, immolex 2018, 138;
- Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³ (2011);

Graf, Was ist der Schaden des geschädigten Anlegers?, *ecolex* 2011, 392;

Gramlich (Hrsg) *Mietrecht*¹³ (1015);

Gruber/Paliego-Barfuß, *GewO*⁷ (1017);

H. Stoll, Schädigung durch Vertragsschluss, *FS Deutsch* (1999) 369;

Hausmann/Vonkilch, *Österreichisches Wohnrecht*³ (2013);

Hochleitner, Hat das deutsche „Bestellerprinzip“ auch Auswirkungen auf Österreich?,
Jahrbuch Wohnrecht 2016, 141;

Holzapfel, die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag,
immolex 2014, 181;

Hufen, Das geplante „Bestellerprinzip“ im Recht der Wohnungsvermittlung auf dem
 Prüfstand des Verfassungsrechts, *NZM* 2014, 663;

Johns, 1001 rechtliche Antworten zum Bestellerprinzip für Immobilienmakler, *FLOFACT*
 2015;

Kepplinger, der Maklervertrag mit dem Interessenten und das FAGG, *immolex* 2018, 134;

Kinscher/Paliego-Barfuß, *Die Gewerbeordnung samt Nebengesetzen*⁷ (2004);

Kneihs/Lienbacher/Rill-Schäffer (Hrsg), *B-VG Kommentar* (2010);

Knittl/Holzapfel (Hrsg), *Maklerrecht Österreich*² (2015);

Knoll/Scharmer, IWD – Das Bestellerprinzip: Deutsche Wohnraummakler vor dem Aus?,
wobl 2016, 16.

Kosesnik-Wehrle, *Konsumentenschutzgesetz*⁴ (2015);

Kothbauer, Maklerpflichten bei Vermittlung eines Wohnungseigentumsobjekts, *immolex*
 2016, 272;

Kothbauer, zu den Aufklärungspflichten des Maklers nach KSchG und FAGG, *immolex*
 2014, 140;

Kothbauer, Zu den Aufklärungspflichten nach § 30b KSchG, *immolex* 2012, 128;

Kothbauer, Zur Erfüllung schriftlicher Informationspflichten, immoLex 2017, 296;

Kothbauer, Zur Haftung des Immobilienmaklers, immoLex 2006, 11;

Kothbauer, Zur Haftung des Immobilienmaklers, immoLex 2007, 352;

Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010);

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) – zitiert als „KBB“;

Kriegner, Der Immobilienmakler – Pflichten und vertragliche Haftung (2007);

Kranewitter, Liegenschaftsbewertung⁷ (2017);

Krontaler, zur Abgrenzung von Naturalrestitution und Geldersatz beim Anlegerschaden, JBI 2016, 429;

Lassingleithner, Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers über das Vorliegen baubehördlicher Bewilligungen, immoLex 2019, 361;

Leupold/Ramharter, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718;

Limberg, Immobilienmakler im Interessenkonflikt, ecoLex 2011, 287;

Limberg, Schadenersatz und Irrtum wegen falscher Information des Immobilienmaklers; Minderung der Maklerprovision, wobl 2012/76;

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015);

M. Bydlinski, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBI 2011, 681;

Noss, Maklerrecht⁴ (2014);

Noss, Maklerprovision: wirtschaftliches Eigengeschäft oder Naheverhältnis durch gesellschaftsrechtliche Verflechtung?, GesRZ 2011, 316;

Ondreasova, Schadensberechnung bei Liegenschaften im Lichte der aktuellen OGH-Rsp: Parallele zu Anlegerschäden und zu Kfz-Schäden?, Zak 2012, 103;

Ostermayer/Schuster, Maklerrecht (1996);

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2019);

Prader, Entscheidungen zum Immobilienmaklerrecht (2011);

Prader, Immobilienmaklerrecht² (2018);

Prader, Immobilienmakler: Alleinvermittlungsauftrag und Aufklärungspflichten über das wirtschaftliche Naheverhältnis, RdW 2019/14;

Prader, Wie weit die Aufklärungspflicht des Immobilienmaklers reicht, immolex 2011/52;

Prader/Markl, Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers, immolex 2011, 202;

Prader/Wiesentreu, Zu den rechtlichen Auswirkungen bei grenzüberschreitender Tätigkeit von Maklern im EU/EWR Bereich, Rechtsgutachten im Auftrag der WKO (2011);

Prader/Walzel von Wiesentreu, Grenzüberschreitende Tätigkeit von Immobilienmaklern im EU/EWR-Bereich, RdW 2012, 6;

Rainer, Die differenzierte Haftung des Maklers nach § 30b KSchG, immolex 2013, 225;

Rainer, Immobilienmaklerrecht (2015);

Rainer, Zur Informations- und Aufklärungspflicht des Immobilienmaklers, immolex 2018,129;

Reischauer, Beweislastvereinbarung zulasten des Verbrauchers und Quittung, Zak 2010, 43;

Rosifka, Zum wirtschaftlichen Naheverhältnis iSd § 6 Abs 4 MaklerG, immolex 2018/8;

Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2014);

Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016);

Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2018);

Seiser/Kainz (Hrsg), Der Wert von Immobilien² (2014);

S. Bydlinski, Maklergesetz (1996)

Schwimann/Kodek ABGB⁴ (2016);

Stadlmann, Gescheiterte Kaufpreisfinanzierung – Keine Rückforderung der Maklerprovision, immolex 2016, 48;

Stadlmann, Nachforschungspflicht eines Immobilienmaklers, immolex 2014, 27;

Stoll, Schädigung durch Vertragsschluss, FS Deutsch (1999) 369;

Völkl, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, ÖJZ 2018/82;

Welser, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, ecolex 1995, 79;

Wiesinger, Befugnis europäischer Bieter – was hast sich seit 1.5.2011 geändert?, ZVB 2011/81;

Wilhelm, Der „unbekannte objektive Schaden“, ecolex 2011, 891;

Wilhelm, Zu Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung beim Anlegerschaden, ecolex 2010, 232;

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ (2015);