

Univ.-Ass. Mag. *Marco Scharmer* B.A., Innsbruck

## IWD – Aktuelle Fragen zum Maklerrecht

Am 18.1.2021 fand im Rahmen der Vortragsreihe „*Innsbrucker Wohnrechtlicher Dialog*“ (IWD), welche von Univ.-Prof. Dr. *Martin Häublein* und Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch* als Plattform für einen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über aktuelle wohnrechtliche Rechtsfragen und Entwicklungen ins Leben gerufen wurde, in Form eines Webinars ein Vortrag von Mag.<sup>a</sup> *Karin Sammer* zum Thema „Aktuelle Fragen zum Maklerrecht“ statt.<sup>1</sup>

### Die Vortragende

Mag.<sup>a</sup> *Karin Sammer* ist Wohnrechtsexpertin des Österreichischen Verbands für Immobilienwirtschaft (ÖVI) in Wien.

### Das Thema

In der täglichen Praxis des Makelns lauern viele Fallen, die den Provisionsanspruch des Maklers gefährden können und wiederkehrend zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen.

Erörtert wurden ausgewählte Fragen des Maklerrechts in der jüngeren Rechtsprechung, insb zu den sondergesetzlichen Bestimmungen des Verbraucherschutzes und des Fernabsatzes.

### Der Vortrag

Die Vortragende, Mag.<sup>a</sup> *Karin Sammer*, trug – im Wesentlichen – vor:

#### *Der Maklervertrag und das FAGG*

Besondere Gefahren für den Provisionsanspruch des Maklers birgt das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG). Während nämlich Verträge über die Vermietung von Wohnraum<sup>2</sup> sowie Verträge über den Erwerb von Eigentum oder anderen Rechten an unbeweglichen Sachen<sup>3</sup> ausdrücklich vom Anwendungsbereich des FAGG ausgenommen sind, fehlt eine derartige Ausnahmebestimmung für Maklerverträge.

Schließt daher ein Makler – als Unternehmer – im Fernabsatz bzw außerhalb von Geschäftsräumen<sup>4</sup> mit einem Verbraucher einen Maklervertrag, ist das FAGG auf diesen Vertrag anwendbar.

<sup>1</sup> Zur Website des IWD <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/forschung/wohnrecht/iwd/>.

<sup>2</sup> § 1 Abs 2 Z 7 FAGG.

<sup>3</sup> § 1 Abs 2 Z 6 FAGG.

<sup>4</sup> Siehe dazu § 3 Z 1 FAGG.

Als „Fernabsatzvertrag“ gilt gem § 3 Z 2 FAGG jeder Vertrag, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems geschlossen wird, wobei bis einschließlich des Zustandekommens des Vertrags ausschließlich Fernkommunikationsmittel (Internet, Telefon, etc) verwendet werden.

Liegen diese Voraussetzungen – wie in praxi sehr häufig – vor, treffen den Makler umfassende Informationspflichten. Darüber hinaus hat der Verbraucher das Recht, vom geschlossenen Maklervertrag binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zurückzutreten. Kommt der Makler seiner Informationspflicht nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG<sup>5</sup> nicht (vollständig) nach, so verlängert sich diese Frist um höchstens<sup>6</sup> zwölf Monate.

Gem § 18 Abs 1 Z 1 FAGG steht dem Verbraucher jedoch kein Rücktrittsrecht zu, sofern der Unternehmer – auf Grundlage eines ausdrücklichen Verlangens des Verbrauchers nach § 10 FAGG sowie einer Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung – noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hatte und diese sodann vollständig erbracht wurde.

#### *Rechtsprechung zum Rücktritt vom Maklervertrag gem FAGG*

Nach diesen grundlegenden Ausführungen zum FAGG erläuterte die Referentin zahlreiche Judikate zu diesem Themenkreis:

#### **OGH 10 Ob 34/19a<sup>7</sup> – „Nicht ohne Widerrufsformular“**

In der E 10 Ob 34/19a sprach der OGH aus, dass der Unternehmer – um den Informationspflichten vollständig zu entsprechen und auf diese Weise eine

<sup>5</sup> § 4 Abs 1 Z 8 FAGG: (...) „bei Bestehen eines Rücktrittsrechts die Bedingungen, die Fristen und die Vorgehensweise für die Ausübung dieses Rechts, die unser Zurverfügungstellung des Muster-Widerrufsformulars gemäß Anhang I Teil B“.

<sup>6</sup> Holt der Makler die Informationserteilung innerhalb von zwölf Monaten nach, so endet die Rücktrittsfrist 14 Tage nach dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher diese Information erhält (§ 12 Abs 2 FAGG).

<sup>7</sup> OGH 10 Ob 34/19a wobl 2020, 272 (*Kepplinger*).

Verlängerung der Widerrufsfrist zu verhindern – dem Verbraucher zusätzlich zu der entsprechenden schriftlichen Belehrung auch das Muster-Widerrufsformular auf Papier (oder einem anderen dauerhaften Datenträger) zur Verfügung stellen muss. Stellt der Unternehmer dem Verbraucher das Muster-Widerrufsformular nicht zur Verfügung, verlängert sich daher die Rücktrittsfrist um zwölf Monate.

### OGH 1 Ob 170/20m<sup>8</sup> – „Keine mündliche Aufklärungspflicht erforderlich“

In einem anderen Fall übergab der Makler dem Verbraucher eine (Kartonflügel-) „Mappe“, auf deren Innenseite eine Belehrung zum Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG und im Anschluss daran ein abtrennbares Musterformular gemäß Anhang I Teil B zum FAGG abgedruckt waren. Der Verbraucher vertrat dabei ua die Auffassung, er hätte über sein Rücktrittsrecht (auch) mündlich belehrt werden müssen; nur dann wäre der Verpflichtung nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG, den Verbraucher darüber „in klarer verständlicher Weise ... zu informieren“, entsprochen worden.

Der 1. Senat sprach dazu aus, dass die eingeforderte mündliche Erklärung nicht notwendig ist. Dies geht schon daraus hervor, dass das FAGG in § 4 Abs 3 selbst darauf abstellt, dass die Informationserteilung nach § 4 Abs 1 Z 8 leg cit formularmäßig (also schriftlich) erfolgt. Der Informationspflicht nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG wurde daher in casu entsprochen.

### OGH 8 Ob 122/17z<sup>9</sup> – „Verlust des Rücktrittsrechts bei vorzeitiger Beauftragung“

In 8 Ob 122/17z sprach das Höchstgericht aus, dass es für den Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 18 FAGG keine Rolle spielt, ob der Unternehmer seinen Informationspflichten nach § 4 FAGG vollumfänglich nachgekommen ist.

Die Methode, dieses Verlangen mittels Ankreuzens eines Kästchens in einem Vertragsformular zu erklären, ist zulässig. Voraussetzung ist, dass dieses Kästchen nicht schon standardmäßig angekreuzt ist. Es muss für den Verbraucher eine echte Wahlmöglichkeit bestehen, ob er das Verlangen äußert oder nicht. Weiters ist es nicht maßgeblich, ob dieses Kästchen nach entsprechendem Verlangen vom Verbraucher selbst oder – dem Willen des Verbrauchers entsprechend – vom Unternehmer angekreuzt wird.

### OGH 1 Ob 127/19m<sup>10</sup> – „Keine Leistungspflicht bei Rücktritt vom Maklervertrag“

In einer weiteren E sprach der OGH aus, dass der Verbraucher dem Makler im Falle eines Rücktritts nach FAGG für die bereits erbrachten Dienstleistungen nicht bezahlen muss. Ein fristgerechter Rücktritt könnte nur dann Leistungspflichten aus-

lösen, wenn der Verbraucher ein vorzeitiges Tätigwerden gewünscht hat, der Unternehmer daraufhin mit der Vertragserfüllung begonnen hat und der Unternehmer seiner Informationspflicht nachgekommen ist.

Offen bleibt nach Ansicht der Vortragenden, ob ein Makler eine entgangene Provision unter Umständen bereicherungsrechtlich geltend machen könnte.

### OGH 3 Ob 224/18i<sup>11</sup> – „Wann beginnt die Rücktrittsfrist bei einem schlüssigen Maklervertrag?“

In der E 3 Ob 224/18i bejahte der OGH das Zustandekommen eines schlüssigen Maklervertrages durch wechselseitige Erklärungen (Telefonate und E-Mail-Erklärungen vor dem Besichtigungstermin). In casu übermittelte der Makler dem Verbraucher ua zwei E-Mails mit Hinweisen auf die Grundlagen der Maklerprovision, Belehrungen über Rücktrittsrechte nach FAGG und KSchG sowie einem Muster-Rücktrittsformular, die jedoch beide im „Spam-Ordner“ des E-Mail-Accounts des Verbrauchers landeten.

Der erk Senat sprach hierzu aus, dass elektronische Erklärungen als wirksam zugegangen gelten, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt sind. Dies ist dann anzunehmen, wenn er zu erkennen gegeben hat, dass er über diese E-Mail-Adresse erreichbar ist, auch wenn die E-Mail sodann im „Spam-Ordner“ landet. Allgemein reicht es aus, wenn eine Willenserklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, selbst wenn sie dieser persönlich nicht erhalten hat; es genügt, dass der Adressat die Möglichkeit hatte, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen.

### *Sonstige, für die Immobilienbranche relevante Entscheidungen*

Im Anschluss daran erörterte die Referentin weitere, für die Immobilienwirtschaft relevante Entscheidungen.

### OGH 1 Ob 193/19t<sup>12</sup> – „Klauselentscheidung Kauf-/Mietanbotsformulare“

Der E 1 Ob 193/19t lag ein Verbandsverfahren gegen einen Immobilienmakler zugrunde. Der beklagte Makler bot den Miet- und Kaufinteressenten die von ihm erstellten Angebotsformblätter bloß zum „fakultativen“ Gebrauch an. Die Verbraucher konnten frei bestimmen, ob sie diese verwenden oder ihr Miet- bzw Kaufanbot selbst formulieren wollten.

Der OGH kam dabei zu dem Ergebnis, dass der Makler nicht „Verwender“ iSd § 28 Abs 1 Fall 1 KSchG ist. Als „Verwender“ passivlegitimiert ist (nur) derjenige, der Partei des Vertrags ist/werden soll, das bloße „Verfassen“ oder „Auflegen“ von AGB reicht nicht aus. Liegt ein besonderes Zurechnungs-

<sup>8</sup> OGH 20.10.2020, 1 Ob 170/20m.

<sup>9</sup> OGH 8 Ob 122/17z wobl 2019, 220 (Tamerl).

<sup>10</sup> OGH 1 Ob 127/19m wobl 2020, 275 (Kothbauer).

<sup>11</sup> OGH 3 Ob 224/18i wobl 2019, 226 (Kepplinger).

<sup>12</sup> OGH 1 Ob 193/19t VbR 2020, 63.

moment im Sinne eines erheblichen Eigeninteresses an der Verwendung der AGB vor, ist eine Gleichstellung mit der Vertragspartei gerechtfertigt und das Tatbestandselement des „Verwendens“ zu bejahen.

Ein bloßes Provisionsinteresse am Vertragsabschluss eines Dritten (dessen Vertrag die AGB zugrunde gelegt wurden/werden sollen) reicht nicht aus, um die Passivlegitimation als „Verwender“ auf den am Vertragsabschluss bloß wirtschaftlich interessierten Vermittler auszudehnen.

### **OLG Wien 11 R 157/19t<sup>13</sup> – „Alleinvermittlungsauftrag: Überschreitung der zulässigen Höchstdauer“**

Gem § 30c Abs 1 Z 2 KSchG beträgt die Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen für den Verkauf von Wohnungen, Einfamilienhäusern und Baugrundstücken sechs Monate. Besondere Umstände ermöglichen gem § 30c Abs 2 KSchG eine längere Befristung. Wenn für ein Einfamilienhaus in Toplage aufgrund des hohen Kaufpreises nur ein kleiner, besonders finanzkräftiger Interessentenkreis in Frage kommt, erscheint eine Laufzeit des Alleinvermittlungsauftrags von acht Monaten gerechtfertigt.

Im Fall eines weiteren Alleinvermittlungsauftrags, den der Verbraucher dem Makler nach fast dreijähriger Vermittlungstätigkeit (zunächst Alleinvermittlungsauftrag, dann schlichter Maklervertrag) erteilt, kommt eine Überschreitung der sechsmonatigen Höchstdauer aber nicht mehr in Betracht.

Die Überschreitung der Höchstdauer nach § 30c KSchG hat die Gesamtnichtigkeit des Alleinvermittlungsauftrags zur Folge.

### **OGH 3 Ob 212/19a<sup>14</sup> – „(K)ein Eigengeschäft?“**

Im verfahrensgegenständlichen Fall war der Verkäufer Geschäftsführer der MaklerGmbH und über eine weitere Gesellschaft zu 65 % an der MaklerGmbH beteiligt.

Ein wirtschaftliches Eigengeschäft, für das dem Makler nach § 6 Abs 4 MaklerG keine Provision zustehen kann, liegt vor, wenn bei gesellschaftsrechtlicher Verflechtung ein beherrschender Einfluss des Maklers auf die Verkäufergesellschaft besteht.

Hat aber – wie in casu – die MaklerGmbH auf den Verkäufer als natürliche Person keinen gesellschaftsrechtlichen Einfluss, liegt kein Eigengeschäft vor. Entscheidend ist, dass in einer solchen Konstellation der Maklerin der Verkaufserlös nicht zukommt und sie kein über den Provisionsanspruch hinausgehendes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Kaufgeschäfts hat.

### **OGH 8 Ob 23/20w<sup>15</sup> – „Wirtschaftliches Naheverhältnis bei Bankkunden?“**

Bei einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten (Verkäufer), das die Wahrung der Interessen des

Auftraggebers (Käufer) beeinträchtigen könnte, hat der Makler nach § 6 Abs 4 Satz 3 MaklerG nur dann Anspruch auf Provision, wenn er den Auftraggeber unverzüglich auf dieses Naheverhältnis hinweist.

In casu war der Verkäufer langjähriger Kunde einer Bank, die mit der Maklergesellschaft durch eine gemeinsame Konzernmutter verbunden ist. Nach Ansicht des 8. Senats hat das Berufungsgericht hier eine Aufklärungspflicht vertretbar verneint. Die geschäftlichen Verbindungen zwischen dem Verkäufer und der Bank waren nicht dergestalt, dass sie einen den Anschein einer Unbefangenheit zumindest in Frage stellende Nahebeziehung zwischen der Maklerin und dem Verkäufer begründen würden. Weder ist ein besonderes Interesse der Bank an dem allein vom Verkäufer initiierten Verkauf zu erkennen noch konnte die Bank davon profitieren, wie es möglicherweise der Fall gewesen wäre, wenn der Kredit notleidend gewesen wäre. Dass die Beklagte annimmt, es sei ein Anliegen der Maklerin, die Zufriedenheit der Kunden ihrer Schwestergesellschaft und damit die Bindung an den gesamten Konzern zu fördern, reicht, ohne dass die Maklerin selbst oder auch nur ihre Schwestergesellschaft einen (über die Provision hinausgehenden) wirtschaftlichen Vorteil aus dem konkret zu vermittelnden Geschäft zu erwarten hätten, nicht aus, um Bedenken an ihrer Unbefangenheit zu wecken.

### **OGH 8 Ob 23/20w<sup>16</sup>, 10 Ob 39/20p<sup>17</sup> – „Zur Kausalität und Adäquanz“**

Voraussetzung für einen Provisionsanspruch des Maklers ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und dem Zustandekommen des Geschäfts. Umstände, die zur Verneinung der Adäquanz führen können, sind insb ein endgültiges Scheitern der ursprünglichen Vertragsverhandlungen sowie ein langer Zeitabstand zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Vertragsabschluss.

Die Vortragende erläuterte in diesem Zusammenhang die beiden höchstgerichtlichen E 8 Ob 23/20w und 10 Ob 39/20p im Detail.

### **OGH 6 Ob 157/20m<sup>18</sup> – „§ 15 MaklerG: vorzeitige Auflösung ohne wichtigen Grund“**

In dem der E 6 Ob 157/20m zugrundeliegenden Sachverhalt erteilen zwei Hälfteigentümer gemeinsam einen Alleinvermittlungsauftrag zum Verkauf eines Einfamilienhauses. Einer der beiden Miteigentümer änderte seine Verkaufsabsichten, beabsichtigte die Liegenschaft selbst zu nutzen und verlangte vom Makler das Verkaufsschild abzumontieren und den Schlüssel zurückzustellen. Der zweite Miteigentümer war weiterhin an einem Verkauf interessiert.

<sup>13</sup> OLG Wien 11 R 157/19t Zak 2020, 157.

<sup>14</sup> OGH 3 Ob 212/19a Zak 2020, 256.

<sup>15</sup> OGH 8 Ob 23/20w RdW 2020, 839.

<sup>16</sup> OGH 8 Ob 23/20w RdW 2020, 839.

<sup>17</sup> OGH 24.11.2020, 10 Ob 39/20p.

<sup>18</sup> OGH 6 Ob 157/20m immolex 2021, 28.

Das gewünschte Geschäft – nämlich der Verkauf der Gesamtliegenschaft – lässt sich nicht mehr bewerkstelligen, wenn auch nur einer der Miteigentümer von seinem Verkaufswunsch absieht. Die vorzeitige Auflösung ohne wichtigen Grund stellt eine Vertragsverletzung dar, ist damit rechtswidrig und führt zur solidarischen Haftung der Miteigentümer.

Die vorzeitige Auflösung des Alleinvermittlungsauftrags ist nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig. So etwa wenn besondere Umstände einem Teil die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheinen lassen. Neben Gründen in der Person des Maklers kommen auch Umstände in Betracht, die in der Person des Auftraggebers liegen oder durch anderweitige Dritte herbeigeführt werden.

#### **OGH 6 Ob 109/20b<sup>19</sup> – „§ 15 MaklerG: Wider Treu und Glauben“**

Damit der vereinbarte Vergütungsanspruch nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG zusteht, muss der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf wider Treu und Glauben einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterlassen haben. Je länger Vertragsverhandlungen dauern und je konkreter die Annäherung der potenziellen Vertragsparteien ist, umso mehr wird die grundsätzlich bestehende Abschlussfreiheit des Auftraggebers nach § 4 MaklerG im Interesse des Maklers eingeschränkt. Ein beachtenswerter Grund, das vermittelte Geschäft nicht abzuschließen, muss nicht „wichtig“, aber bei objektiver Betrachtung nachvollziehbar sein.

Im Anlassfall konnte die Maklerin nach Ansicht des OGH nicht annehmen, dass die Beklagte sich mit Unterfertigung der Ablösevereinbarung noch vor erstmaliger Bekanntgabe des Mietzinses schon so weit binden wollte, dass eine spätere Verweigerung des Abschlusses des Mietvertrags gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

#### **OGH 6 Ob 164/20s<sup>20</sup> – „Interessenwahrungspflicht: Zur Haftung des Maklers bei unberechtigtem Unterdrucksetzen des Käufers“**

Der Doppelmakler muss auch bei einem Naheverhältnis zu einer Auftraggeberseite die Interessen beider Auftraggeber redlich und sorgfältig wahren. Gefordert ist eine strenge Unparteilichkeit („Äquidistanz“). Der Makler muss sich in eine neutrale Vermittlerstellung begeben, in der er die Interessen

beider Vertragspartner bestmöglich und unparteiisch wahrzunehmen hat.

Verletzt der Makler das ihn treffende Neutralitätsgebot, indem er den Käufer unter Druck setzt und ihm mitteilt, dass er das Haus kaufen müsse, obwohl diese Auskunft inhaltlich falsch ist, weil das Kaufanbot bereits abgelaufen ist, so verstößt er gegen das Interessenwahrungsgebot des § 3 Abs 1 MaklerG.

Im Anlassfall haftete der Makler gemeinsam mit dem Verkäufer für die Rechtsvertretungskosten der Käuferin.

#### **Exkurs Datenschutz: Verwendung (öffentlicher) Grundbuchsdaten zur Akquise für Immobilientransaktionen**

Am Ende des Vortrags ging *Sammer* noch auf einen datenschutzrechtlichen Aspekt ein. In praxi kommt es häufig vor, dass Immobilienunternehmen zu Akquisezwecken die Daten des Grundbuches abfragen, um mit den Eigentümern in Kontakt zu treten.

Die Datenschutzbehörde sah in diesem Zusammenhang eine – unter Verwendung dieser Daten – dreimalige Kontaktaufnahme innerhalb eines Jahres als unverhältnismäßig an. Anders sah dies das Bundesverwaltungsgericht<sup>21</sup>: In der Zusendung von insgesamt drei Schreiben an die öffentlich durch das Grundbuch zugängliche Adresse der betroffenen Person innerhalb von etwas mehr als einem Jahr kann keine unverhältnismäßige Verwendung jener – öffentlich zugänglichen – Daten gesehen werden. Von einem Überwiegen der Interessen der betroffenen Person kann daher nicht gesprochen werden.

#### *Die (anschließende) Diskussion*

Bereits während des Vortrags wurden die vortragenen Entscheidungen eingehend diskutiert. Darüber hinaus wurde insb die Frage erörtert, ob einem Makler – im Falle eines berechtigten Rücktritts nach FAGG – bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen den Verbraucher zustehen könnten. Derartigen Ansprüchen könnten jedoch vor allem Schutzzwecküberlegungen entgegenstehen.

**Korrespondenz:** Univ.-Ass. Mag. *Marco Scharmer*, B.A., Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck; E-Mail: [Marco.Scharmer@uibk.ac.at](mailto:Marco.Scharmer@uibk.ac.at).

<sup>19</sup> OGH 15.9.2020, 6 Ob 109/20b.

<sup>20</sup> OGH 6 Ob 164/20s Zak 2020, 361.

<sup>21</sup> BVwG 29.7.2020, W211 2221963-1.