

## Immobilien-Makelei

oder

## verdienstlich im Dienste zweier Herren

Vertragsanpassung nach  
Zuschlagsverzögerung

Verfall statt Bereicherungs-Abschöpfung im  
Wirtschaftsstrafrecht

Kostenrecht  
Neues, nicht nur Erfreuliches

Spezialisierte Kammern für  
Internationale Handelssachen

Einlagenrückgewähr durch  
Besicherung

Abfall  
Besitzer, Erzeuger, Sammler, Behandler



## 2. Provisionsteilung bei Maklermehrheit

Bei zwei oder mehreren Maklern des Auftraggebers schuldet der Auftraggeber die Provision nur einmal.<sup>51)</sup> Provisionsberechtigt ist der Makler, dessen Verdienstlichkeit an der Vermittlung eindeutig überwogen hat.<sup>52)</sup> Die Provision ist nach Maßgabe der Verdienstlichkeit, im Zweifel zu gleichen Teilen, aufzuteilen.<sup>53)</sup> Hat der Auftraggeber einem von mehreren beteiligten Maklern ohne grobe Fahrlässigkeit zu viel an Provision bezahlt, so ist er von seiner Schuld im Betrag der Überzahlung gegenüber sämtlichen verdienstlichen Maklern befreit. Dadurch verkürzte Makler können von den anderen Maklern den Ausgleich verlangen.<sup>54)</sup>

## 3. Provisionsentfall

Neben den gesetzlich besonders geregelten Fällen des Provisionsentfalls (zB beim Eigengeschäft oder Unterlassen des Hinweises auf ein sonstiges familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis<sup>55)</sup>) kann die Nichtausführung bzw der nachträgliche Wegfall des Hauptvertrags zum Provisionsentfall aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen führen.<sup>56)</sup> Die Gründe der Nichtausführbarkeit müssen wichtig, dh, die Ausführung des Geschäfts muss objektiv unzumutbar sein.<sup>57)</sup> Dies wurde von der nicht immer einheitlichen Rsp zB bei mangelnder Zahlungsfähigkeit des Käufers,<sup>58)</sup> Ausfall bisher leistungsfähiger Sublieferanten<sup>59)</sup> oder Vertragsauflösung wegen Verkäuferirrtums über den Liegenschaftswert aufgrund von Falschinformation des Maklers<sup>60)</sup> bejaht, bei nicht rechtzeitiger Darlehens- bzw Krediterlangung des Auftraggebers,<sup>61)</sup> Veräußerung der Liegenschaft, auf die sich die gemakelten Mietverträge bezogen,<sup>62)</sup> oder einvernehmlicher Vertragsauflösung (um einen noch gewinnträchtigeren Vertrag abzuschließen)<sup>63)</sup> aber verneint.<sup>64)</sup>

### Praxistipp

Das Ausmaß der Provisionsmäßigung hängt vom Maß der Minderung der Verdienstlichkeit durch

die Verletzung der wesentlichen Pflicht ab. Dies ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers zu beurteilen.

- nik-Wehrle*, Kurzkomm KSchG § 30 b Rz 27 a. Zu Besonderheiten beim Versicherungsmakler vgl *Noss*, MaklerR<sup>3</sup> Rz 88; OGH 16. 5. 2002, 6 Ob 86/02 v.
- 51) § 6 Abs 5 Satz 1 MaklerG (Ausnahme: Alleinvermittlungsauftrag, vgl Umkehrschluss aus § 15 Abs 2 Z 2 MaklerG); OGH 21. 5. 2003, 9 Ob 47/03 g; vgl *Noss*, MaklerR<sup>3</sup> Rz 69.
- 52) § 6 Abs 5 Satz 2 MaklerG; vgl *Fromherz*, MaklerG-Komm § 7 Rz 129 ff.
- 53) § 6 Abs 5 Satz 2 und 3 MaklerG; vgl etwa OGH 18. 11. 1999, 2 Ob 308/98 b; 21. 5. 2003, 9 Ob 47/03 g.
- 54) § 6 Abs 5 Satz 4 und 5 MaklerG.
- 55) Vgl § 6 Abs 4 MaklerG; § 30 b iVm § 31 Abs 2 KSchG.
- 56) § 7 Abs 2 MaklerG. Die Gründe dürfen also weder durch den Auftraggeber verschuldet sein, noch in seine Sphäre fallen (vgl *Fromherz*, MaklerG-Komm § 7 Rz 112).
- 57) *Fromherz*, MaklerG-Komm § 7 Rz 116; vgl auch SZ 43/111; OGH 19. 6. 1991, 9 Ob 706/91; SZ 6/276; OGH 14. 10. 1993, 8 Ob 620/93.
- 58) SZ 66/85.
- 59) SZ 5/140.
- 60) OGH 2. 9. 2009, 7 Ob 157/09 b immolex 2010, 79.
- 61) MietSlg 26.421; OGH 2. 9. 2003, 1 Ob 304/02 s.
- 62) MietSlg 32.595.
- 63) MietSlg 37.703.
- 64) Weitere Beispiele bei *Fromherz*, MaklerG-Komm § 7 Rz 122 f.

### SCHLUSSTRICH

*Verdienstlichkeit bedeutet die Summe aller zwischen Makler und Auftraggeber vereinbarten Pflichten. Bei schwerwiegenden (Haupt-)Pflichtverletzungen oder sog Wurzelmängeln entsteht kein Provisionsanspruch. Die Verletzung wesentlicher Pflichten führt zur Provisionsmäßigung im Ausmaß der durch den Umfang der Pflichtverletzungen geschälerten Verdienstlichkeit, in Extremfällen zum Provisionsentfall. Letzteres kann auch bei Nichtausführung bzw nachträglichem Wegfall des Hauptvertrags gelten.*

# Immobilienmakler im Interessenkonflikt

*Immobilienmakler werden in der Praxis zumeist als Doppelmakler tätig und stehen zudem oft einer Seite näher als der anderen. Der Beitrag stellt dieses Spannungsfeld systematisch dar und beleuchtet die geltende Gesetzeslage und Lehre und Rechtsprechung kritisch.*

CLEMENS LIMBERG

## A. Immobilienmakler in der Praxis

In den allermeisten Fällen wird ein Immobilienmakler von dem Vermieter oder Verkäufer beauftragt, einen Mieter oder Käufer zu suchen, tritt in Folge mit potenziellen Mietern oder Käufern auch direkt in Kontakt und wird so als Doppelmakler tätig.<sup>1)</sup> Nur

ausnahmsweise beauftragen Abgeber und Abnehmer jeweils einen eigenen Makler; solche „Ameta-Ge-

MMag. Dr. *Clemens Limberg*, LL. M., ist Rechtsanwaltsanwärtin.

- 1) Zur Tätigkeit als Doppelmakler s ausführlich *Kriegner*, Der Immobilienmakler (2007) 123 ff und 155 ff; *Ostermayer/Schuster*, Maklerrecht (1996) 44 ff; *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> (2008) 4 ff jeweils mwN.



schäfte“ oder „Meta-Geschäfte“<sup>2)</sup> sind nach der jüngsten Novelle zur Immobilienmakler-Verordnung<sup>3)</sup> (wirtschaftlich gesehen) überhaupt nur noch bei hochpreisigen Mietobjekten oder bei Kaufobjekten möglich.

Als Doppelmakler hat der Immobilienmakler grundsätzlich die Interessen beider Seiten zu wahren, einen „neutralen Standpunkt“ einzunehmen und beide Seiten gleich zu behandeln.<sup>4)</sup> Dies ist in der Praxis natürlich nicht immer leicht und wird auch dadurch erschwert, dass der Immobilienmakler (va bei Mietobjekten im privaten Bereich) oft nur durch den Mieter bezahlt wird, obwohl er zunächst vom Vermieter beauftragt wurde und von diesem insofern auch abhängig ist.

Der Gesetzgeber war bei der Einführung des Maklergesetzes ua auch bestrebt, eine solche Ungleichbehandlung hintanzuhalten,<sup>5)</sup> hat dabei aber – wie noch zu zeigen sein wird – zum Teil über das Ziel hinausgeschossen.

Im Folgenden werden die jeweiligen Kategorien an Interessenkonflikten, beginnend bei der Situation mit dem geringsten (möglichen) Interessenkonflikt, systematisch abgehandelt.

## B. Doppelmakler

Der soeben geschilderte Geschäftsgebrauch, nämlich dass Immobilienmakler zumeist als Doppelmakler tätig sind, hat insofern in das Gesetz Einzug gefunden, als § 17 MaklerG bestimmt: „Wird der Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen.“<sup>6)</sup> Die allgemeine Regelung des § 5 MaklerG<sup>7)</sup> wird damit genau in das Gegenteil verkehrt. E contrario könnte man aus § 17 MaklerG ableiten, dass den Immobilienmakler, der dem Geschäftsgebrauch folgend als Doppelmakler tätig ist, keine besondere Informationspflicht trifft.

Dies steht aber § 30 b KSchG entgegen, der für den Fall, dass der Auftraggeber ein Verbraucher ist, eine entsprechende Hinweispflicht normiert.<sup>8)</sup> Zusammengefasst besteht daher für Immobilienmakler grundsätzlich die Pflicht, darüber aufzuklären, wenn keine Doppeltätigkeit vorliegt, gegenüber Verbrauchern aber auch eine zusätzliche Hinweispflicht, wenn eine solche besteht; der Verbraucher muss also jedenfalls informiert werden.

Nun ist diese Informationspflicht zwar nur eine „kleine“ Nebenpflicht, ein Verstoß dagegen kann aber empfindliche Folgen für den Makler haben (Provisionsmäßigung nach § 3 Abs 4 MaklerG).<sup>9)</sup> Dies gilt, obwohl der Informationsgehalt der Hinweispflicht vernachlässigbar ist; denn den Kunden der Immobilienmakler ist es – wie man vernimmt – mittlerweile geradezu selbstverständlich bewusst, dass Immobilienmakler als Doppelmakler tätig werden<sup>10)</sup> und der entsprechende Hinweis in der überreichten Übersicht verwirrt daher mehr, als er erklärt.

Ein Entfall der Hinweispflicht auf die Doppeltätigkeit (§ 30 b KSchG) würde also den Verbrauchern nicht schaden, aber den mit Informationspflichten mittlerweile ohnehin stark belasteten Immobilienmaklern<sup>11)</sup> das Leben etwas erleichtern, weshalb ein

solcher Entfall mE de lege ferenda zu begrüßen wäre.<sup>12)</sup>

In diesem Zusammenhang ist nochmals zu betonen, dass den Immobilienmakler als Doppelmakler eine Pflicht zur Objektivität und Gleichbehandlung beider Seiten trifft. Daher ist allein der Umstand, als Doppelmakler tätig zu sein, noch für keinen der Auftraggeber benachteiligend und hinsichtlich einer möglichen Interessenkollision auch nicht besonders gefährlich. (Anderes gilt natürlich dann, wenn einer der Auftraggeber den Immobilienmakler regelmäßig beauftragt und der Makler diesem daher „näher steht“, dazu aber unten D.)

Eine Doppeltätigkeit iSd MaklerG ist übrigens nicht davon abhängig, dass auch beide Auftraggeber eine Provision zahlen, und liegt auch nicht nur dann vor, wenn der Immobilienmakler von beiden Seiten (ausdrücklich) beauftragt wurde, sondern wird gem § 5 MaklerG auch dann angenommen, wenn der Immobilienmakler bloß eine Belohnung annimmt.<sup>13)</sup> ME müsste Doppeltätigkeit überhaupt immer dann angenommen werden, wenn der Immobilienmakler – aus welchen Gründen auch immer – bewusst im Interesse beider Seiten tätig wird (unabhängig von der Entlohnung im konkreten Geschäft), also zB auch dann, wenn sich der Makler von der nicht-bezahlenden Seite nur in Zukunft Aufträge erwartet und deren Interessen daher auch vertritt. Denn das entscheidende Kriterium bei der Beurteilung einer Doppeltätigkeit ist wohl der (mögliche) Interessenkonflikt und nicht die rechtliche oder wirtschaftliche Ebene darunter.

## C. Hausverwalter

Ist der Immobilienmakler einer Mietwohnung gleichzeitig auch der Hausverwalter der entsprechenden Liegenschaft, so darf er vom Vermieter grundsätzlich nur zwei Bruttomonatsmieten Provision verlangen

2) Zu diesem Begriff s etwa *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> (2008) Rz 68, 70.

3) V des BMWA über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler, BGBl 1996/297 i d F BGBl 2010/268 (im Folgenden IMV).

4) Vgl 6 Ob 227/199 x und *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 6f; ausführlich *Kriegner*, Immobilienmakler 128 ff.

5) Vgl ErläutRV 2 BgNR 20. GP 16 ff; *Fromberz*, Kommentar zum Maklergesetz § 3 Rz 30 ff.

6) Zum Geschäftsgebrauch und dessen Entwicklung s *Fromberz*, MaklerG § 5 Rz 8 f und § 17 Rz 1 ff.

7) § 5 Abs 1 MaklerG lautet: „Der Makler darf ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers nicht zugleich für den Dritten tätig werden (...) wenn nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht“ und Abs 3 konkretisiert: „Sobald der Makler als Doppelmakler tätig wird, hat er dies beiden Auftraggebern mitzuteilen.“

8) Weiterführend *Fromberz*, MaklerG § 30 b KSchG Rz 1 ff.

9) Dazu weiterführend jüngst *Kriegner*, Immobilienmakler 223 ff mwN.

10) In diese Richtung auch schon ErläutRV 2 BgNR 20. GP 17, 26, 39 und 18, die zu § 5 sinngemäß ausführen, dass bei Immobilienmaklern „der Auftraggeber aber ohnehin“ mit einer Doppelmaklertätigkeit „rechnen“ werde.

11) Vgl auch *Ch. Kothbauer*, Zur Haftung des Immobilienmaklers, immolex 2007, 352.

12) Anders *Fromberz*, MaklerG § 5 Rz 28 und § 17 Rz 7, der den Widerspruch durch Entfall des § 17 MaklerG lösen möchte; auch dieser sieht aber anscheinend Handlungsbedarf. Kritisch zur geltenden Rechtslage auch *Wilhelm*, Ein neues Maklerrecht, eolex 1995, 389.

13) Dazu weiterführend *Fromberz*, MaklerG § 5 Rz 2 ff (Rz 3) mwN.



und vom Mieter nur die Hälfte der sonst höchstzulässigen Provision, also im Normalfall eine Monatsmiete (§ 21 IMV).

Der Hintergrund dieser Regelung ist unklar:<sup>14)</sup> Einerseits könnte man argumentieren, dass der Hausverwalter bei der Vermittlung einer von ihm verwalteten Wohnung ja auch seine Pflicht als Hausverwalter erfüllt und daher weniger verdienstlich ist, andererseits wird der Hausverwalter für die Vermittlungstätigkeit ja nicht (zusätzlich) bezahlt und ist mE daher fraglich, ob das Verwaltungsentgelt tatsächlich auch eine Vermittlungstätigkeit abdecken soll. Hinzu kommen zwei weitere Argumente, die gegen einen solchen Telos des § 21 IMV sprechen: Erstens sind durch diese Bestimmung sowohl die Vermieter- als auch die Mieterprovision herabgesetzt, obwohl der Hausverwalter ja nur von einer Seite (zumeist der Mieterseite)<sup>15)</sup> bezahlt wird; zweitens gilt die Herabsetzung gem § 21 Abs 3 IMV ausnahmsweise dann nicht, wenn an dem Haus Wohnungseigentum begründet wurde und der Vermieter nicht auch Mehrheitseigentümer der Liegenschaft ist. Diese Ausnahme zeigt deutlich, dass die Motivation des Gesetzgebers bei der Herabsetzung der Provision eines Mietwohnungen vermittelnden Hausverwalters nicht von der angeblich geringeren Verdienstlichkeit (Arbeitersparnis, Doppelfunktion) desselben herrührt, sondern eher von der (abstrakten) Gefahr der einseitigen Interessenvertretung, die eben bei einem Liegenschafts-Mehrheitseigentümer als Auftraggeber höher ist als bei einem bloß einfachen Wohnungseigentümer.<sup>16)</sup>

Die als Rechtsfolge verordnete Provisionskürzung in einem solchen Fall ist aber, gemessen an den übrigen Sanktionen im Maklerrecht, systemwidrig. So ist ein Provisionsentfall ja nur bei dem (mit der Vermittlung durch einen Hausverwalter aber nicht vergleichbaren) Eigengeschäft vorgesehen (dazu unten E.), während ein Naheverhältnis, selbst wenn es noch so eng ist, bei entsprechender Aufklärung keine Provisionskürzung bewirkt. Umso weniger dürfte die Provisionskürzung daher bei der Vermittlung durch den Hausverwalter angeordnet sein. Es ist kein Grund ersichtlich, den Hausverwalter anders zu behandeln als andere mit dem Liegenschaftseigentümer im Naheverhältnis stehende Personen.

Angesichts dieses systemwidrigen Hintergrunds des § 21 IMV ist mE eine enge und streng wörtliche Anwendung dieser Bestimmung geboten, sodass die Provisionskürzung nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Hausverwalter (selbst) vermittelt, nicht aber wenn etwa eine Tochter-, Mutter-, Schwester- oder sonstige Gesellschaft im Konzern als Vermittlerin tätig wird.<sup>17)</sup>

De lege ferenda sollte überhaupt überlegt werden, die Sonderregelung für die Vermittlung durch Hausverwalter aufzugeben und diese Konstellation als Unterfall der Vermittlung im (wirtschaftlichen) Naheverhältnis zu betrachten. Der Hausverwalter könnte dann ebenso wie übrige Makler die Provision in normaler Höhe kassieren und müsste nur auf sein Naheverhältnis hinweisen. (Große Hausverwaltungen haben das bisher ohnehin schon über ein Tochterunternehmen so gespielt; die gesetzliche Regelung ist daher praktisch weitgehend ausgehöhlt.)

## D. Naheverhältnis

Ein praktisch besonders bedeutsames Kapitel ist jenes der Immobilienvermittlung mit wirtschaftlichem oder familiärem Naheverhältnis zu einer Seite. Der Immobilienmakler kann in diesen Fällen zwar grundsätzlich die gleiche Provision wie sonst verlangen, er muss den Dritten aber über dieses Naheverhältnis unverzüglich aufklären, widrigenfalls er gem § 6 Abs 4 MaklerG seinen Provisionsanspruch verliert. Gegenüber Verbrauchern muss dieser Hinweis zudem schriftlich in der zu überreichenden Übersicht erfolgen (§ 30 b KSchG).

Als wirtschaftliches Naheverhältnis wird va jede Art der wechselseitigen Beteiligung oder ständigen Betrauung oder Zusammenarbeit angesehen;<sup>18)</sup> familiär liegt ein solches Naheverhältnis unstrittig bei (geschiedenen) Ehegatten und Verwandten in gerader Linie vor.<sup>19)</sup>

Im Vergleich zu den übrigen Abstufungen der (möglichen) Interessenkollision (hier B. bis E.) fällt bei der Vermittlung „mit Naheverhältnis“ auf, dass Gesetzgeber und Praxis verhältnismäßig nachsichtig sind. Vielleicht wird diese Konstellation als „Zwischenstufe“ unterschätzt, praktisch gesehen ist sie aber die gefährlichste für den Dritten. Denn während das (bloße) Doppelgeschäft kein besonderes Interessenkonflikt-Potenzial birgt (ein Makler ist bis zu einem gewissen Grad immer im Interesse beider Seiten aktiv, will er doch ein Geschäft zwischen diesen vermitteln) und dieses beim Eigengeschäft ohnehin evident ist, ist der (mögliche) Interessenkonflikt beim Vermittlungsgeschäft mit Naheverhältnis mitunter versteckt, für den Dritten nicht erkennbar und daher besonders heimtückisch.

Um derartige Interessenkollisionen zu entschärfen, wäre es in Ergänzung zu der strengen Sanktion (Verlust des Provisionsanspruchs bei Nicht-Aufklärung) mE geboten, das wirtschaftliche oder familiäre Naheverhältnis weit zu verstehen. So könnte man das familiäre Naheverhältnis etwa an § 4 AnFö („nahe Angehörige“) anlehnen und Verwandte oder Verschwägerter in direkter Linie oder bis zum vierten Grad der Seitenlinie einbeziehen.<sup>20)</sup> Die vom OGH bereits angewandte Einzelfall-Betrachtung<sup>21)</sup> kann freilich dennoch nicht ersetzt werden, weil die Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis so vielfältig sind,

14) Und wird auch in der einschlägigen Literatur nicht dargestellt (vgl. *Fromberz*, MaklerG § 21 IMV Rz 1 bis 6; *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 73); *Degeberger*, Das neue Maklergesetz, wobl 1996, 195, erwähnt diesbezüglich, aber ohne weitere Begründung eine „mangelnde“ Verdienstlichkeit des makelnden Hausverwalters (FN 37).

15) Vgl § 22 iVm § 15a Abs 3 Z 1 MRG.

16) Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Bestellung bzw Abberufung eines Hausverwalters grundsätzlich mit einfacher Mehrheit erfolgt, vgl § 836 ABGB, *Kozial/Welser* 113 299.

17) Diese Auffassung deckt sich auch mit der gängigen Praxis, ohne dass es allerdings bisher in der Judikatur oder Literatur eine Stellungnahme dazu gibt.

18) RIS-Justiz RS0114079; s auch weiterführend mit Auflistung der Judikatur *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 47 ff; *Kriegner*, Immobilienmakler 117 f.

19) OGH 1 Ob 201/07 a; *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 47 ff (48).

20) Ebenso erfasst wären dann Wahl- oder Pflegekinder sowie Lebensgefährten (§ 4 AnFö).

21) StRSp RIS-Justiz RS0114078.



dass sie gesetzlich nicht klar abgegrenzt werden können.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass den Makler auch im Falle einer Nahebeziehung zu einer Seite selbstverständlich eine Gleichbehandlungs- und Objektivitätspflicht trifft.<sup>22)</sup> Eine strenge Pflicht zur Aufklärung über ein solches Naheverhältnis ist aber in der Praxis dennoch bedeutsam, weil der Dritte dann zumindest weiß, dass ein Gefahrenpotenzial besteht, er dieses kalkulieren kann und bereits das Wissen darüber den Immobilienmakler unter genauere Beobachtung stellt und damit wohl (erst recht) zur Objektivität drängt.

### E. Eigengeschäft

Die größtmögliche Verbindung zwischen einer Seite und dem Makler (und damit das größte Interessenkonflikt-Potenzial) ist beim Eigengeschäft gegeben, also dann wenn der Immobilienmakler selbst Vertragspartei des vermittelten Geschäfts wird. In einem solchen Fall gebührt dem Immobilienmakler nach geltendem Recht gar kein Provisionsanspruch, weil er nach Ansicht des Gesetzgebers keine Vermittlungstätigkeit erbracht hat.<sup>23)</sup>

Der Gesetzgeber will Umgehungen verhindern und hat den Provisionsentfall auch für das „Eigengeschäft im weiteren Sinn“ vorgesehen und in § 6 Abs 4 MaklerG normiert: „Dies gilt auch, wenn das mit dem Dritten geschlossene Geschäft wirtschaftlich einem Abschluss durch den Makler selbst gleichkommt.“

Die Judikatur zum Vorliegen eines Eigengeschäfts ist mitunter sehr kasuistisch und widersprüchlich. So wurde etwa sogar dann ein (die Provision ausschließendes) Eigengeschäft festgestellt, wenn der Vermietende 60% der GmbH-Anteile der vermittelnden Gesellschaft hielt<sup>24)</sup> oder bloß die Familie des Vermieters Eigentümer der Makler-Gesellschaft war.<sup>25)</sup>

ME ist schon die grundsätzliche Regelung des Provisionsentfalls beim Eigengeschäft überdenkenswert; auch in anderen Rechtsgebieten werden Professionisten entlohnt, wenn sie „in eigener Sache“ tätig werden. So kann bspw ein Rechtsanwalt auch in eigener Sache Kosten nach Tarif verzeichnen oder kann der Mechaniker, der seinen Blechschaden selbst repariert hat, die Kosten der Reparatur einfordern.<sup>26)</sup> Auch dem (ver)mietenden oder (ver)kaufenden Immobilienmakler stünde es frei, einen anderen Immobilienmakler zu beauftragen und würde in diesem Fall unstrittig Provision für den Dritten anfallen. Ist nun (wie auch in den erwähnten Beispielen) die Leistung bei der Eigenerbringung qualitativ (zumindest) ebenso hochstehend und professionell wie eine Fremdleistung, so ist es mE nicht gerechtfertigt, den Provisionsanspruch gänzlich auszuschließen.

Ohne auf die oben skizzierte Rsp<sup>27)</sup> näher einzugehen, geht diese mE am Ziel vorbei. Zu bedenken ist, dass von der Qualifikation als Eigengeschäft das Entstehen des Provisionsanspruchs abhängt. Der Makler kann – anders als etwa beim Naheverhältnis – den Provisionsanspruch auch nicht durch Aufklärung oder dergleichen retten. Die Beurteilung als Eigengeschäft ist daher mE eher als ultimo ratio zu sehen und grundsätzlich zurückhaltend anzuwenden.

Unabhängig von dieser grundsätzlichen Einstellung kann aber auch das in der Rsp anzutreffende Entscheidungskriterium der „Beherrschbarkeit“ bzw „konzernmäßigen Verflechtung“<sup>28)</sup> nicht ausschlaggebend sein. Denn geht es tatsächlich darum, jene Umgehungsversuche hintanzuhalten, die „wirtschaftlich einem Abschluss durch den Makler selbst“<sup>29)</sup> gleichkommen, so dürfte ein Eigengeschäft iwS nur dann vorliegen, wenn der Makler (direkt oder indirekt) an einer Vertragspartei zu – nahezu – 100% beteiligt ist bzw zu – nahezu – 100% von dem Geschäftsabschluss profitiert.

Die derzeit vorherrschende Praxis, Eigengeschäfte (iwS) schon dann anzunehmen wenn der Makler (oder gar dessen Familie) zu 50% oder mehr an einer Vertragspartei beteiligt ist (oder umgekehrt), übersieht, dass der Makler in solchen Fällen zwar *auch* in seinem eigenen Interesse tätig wird, aber nur in untergeordnetem Ausmaß (so fallen zB bei 50%-Beteiligung des Maklers an einer von zwei Vertragsparteien bloß 25% der Gesamtinteressen auf diesen).

Zu kritisieren an dieser hA sind also insb zwei Punkte: Erstens ist mE ganz deutlich zwischen Geschäften mit dem Makler nahestehenden Personen (Familie) und Eigengeschäften des Maklers zu unterscheiden. Warum auch nicht? Makler und Familienangehörige sind unterschiedliche Rechtspersonen und es muss bezweifelt werden, dass diese generell als wirtschaftliche Einheit gesehen werden können. Auch in anderen Rechtsbereichen gibt es kein „kollektives Familienvermögen“.<sup>30)</sup> Selbstverständlich wird aber in diesen Konstellationen ein Naheverhältnis vorliegen, auf das der Makler hinweisen muss, widrigenfalls er seinen Provisionsanspruch verliert.

Zweitens kann mE ein „kontrollierender“ Einfluss („konzernmäßige Verflechtung“)<sup>31)</sup> für die Qualifikation als Eigengeschäft nicht entscheidend sein; es kommt ja nicht auf die Mehrheitsverhältnisse bzw auf die Entscheidungsgewalt beim Auftraggeber an, sondern einzig auf die wirtschaftliche Komponente.

Deutlich wird das an folgendem Extrembeispiel: Der Makler ist an der vermietenden Gesellschaft zwar nur zu 1% beteiligt, hat aber die Mehrheit der Stimmrechte an dieser. Nach § 244 Abs 2 Z 1 UGB wäre eine konzernmäßige Verflechtung gegeben, ein Eigengeschäft scheidet aber mE dennoch

22) Für viele *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 47 f.

23) ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 20; *Noss* (Maklerrecht<sup>3</sup> 47 ff) spricht in diesem Zusammenhang von keiner „verdienstvollen, den Vertragsabschluss fördernden Vermittlungstätigkeit“.

24) LGZ Graz 4. 12. 1996, 7 R 89/96 a, dazu weiterführend *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 46 ff; *Kriegner*, Immobilienmakler 116 f.

25) OGH 5 Ob 2175/96 f; 5 Ob 2177/96 z; 5 Ob 2024/96 z.

26) Für viele *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1323 Rz 11 mwN.

27) LGZ Graz 4. 12. 1996, 7 R 89/96 a; OGH 5 Ob 2175/96 f; 5 Ob 2177/96 z; 5 Ob 2024/96 z; zu weiterer Judikatur s etwa *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 46 ff; *Kriegner*, Immobilienmakler 116 f.

28) RIS-Justiz RS0114078; ähnlich auch schon die Materialien (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 20).

29) § 6 Abs 4 MaklerG, vgl dazu *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 45 ff.

30) Abzulehnen daher OGH 5 Ob 2175/96 f; 5 Ob 2177/96 z; 5 Ob 2024/96 z sofern darin zwischen Vermögensverhältnissen des Maklers und dessen Familie nicht unterschieden wird.

31) So aber RIS-Justiz RS0114078; ähnlich auch schon die Materialien (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 20).



aus, weil der Makler nur zu 1% (und damit ganz untergeordnet) von der Vermietung profitiert. Es liegt in diesem Beispiel bloß ein Naheverhältnis vor.

Zu bedenken ist auch, dass es in den jeweiligen Konstellationen keinen Fall geben soll, in dem ein an der Maklergesellschaft Beteiligter auf keiner Seite (weder als Makler noch als Vertragspartner des vermittelten Geschäfts) profitiert. Genau das kann aber passieren, wenn man für ein Eigengeschäft schon eine 50%-Beteiligung genügen lässt; so würde der zu 50% an der Maklergesellschaft, nicht aber an der Vertragspartei Beteiligte seinen Provisionsanspruch (aufgrund der Qualifikation als Eigengeschäft) verlieren, zugleich aber (mangels Beteiligung) auch nicht am vermittelten Geschäft partizipieren. Ein solcher Zweck kann dem Gesetz nicht unterstellt werden.

Bei der Beurteilung, ob ein Eigengeschäft vorliegt, kann es also nicht entscheidend sein, ob eine „konzernmäßige Verflechtung“ gegeben ist, sondern muss mE einzig darauf abgestellt werden, ob der Makler wirtschaftlich gesehen derart in eigenem Interesse handelt, dass eine zusätzliche Vergütung in Form einer Provision nicht angemessen erscheint. Diese Annahme ist mE aber nur dann gerechtfertigt, wenn die (wirtschaftliche) Grenze zwischen Vertragspartei und Immobilienmakler verwischt, wovon bei einer bloß 50%-Beteiligung keinesfalls ausgegangen werden kann. Die Vertragspartei und der Immobilienmakler müssen daher mE wirtschaftlich gesehen (nahezu) ident sein, damit ein Eigengeschäft angenommen werden kann.

De lege ferenda ist der Provisionsentfall beim Eigengeschäft überhaupt zu überdenken; möglich wäre

ja etwa auch eine Provisionshalbierung, wie sie derzeit für Hausverwalter vorgesehen ist (§ 21 IMV). Damit würden vom Eigengeschäft immer noch beide Seiten profitieren (gegenüber anderen Geschäften verringerte Provision für den Nicht-Makler; immerhin noch eine Provision für den Makler).

32) Zu dieser weiterführend mit Auflistung *Noss*, Maklerrecht<sup>3</sup> 46 ff; *Kriegler*, Immobilienmakler 116 f.

33) So aber RIS-Justiz RS0114078; ähnlich auch schon die Materialien (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 20).

#### SCHLUSSTRICH

*Die Thematik „Immobilienmakler im Interessenkonflikt“ ist ein spannender Rechtsbereich und wirft bei näherer Betrachtung einige Fragen und Kritik an der geltenden Rechtslage auf. Insbesondere ist der Entfall des § 21 IMV (Herabsetzung der Provision bei vermittelndem Hausverwalter) überlegens- und dessen enge Auslegung empfehlenswert. Strenger angewandt werden sollten hingegen die Regelungen über Vermittlung mit Naheverhältnis. Auch bei der Regelung des Eigengeschäfts im weiteren Sinn (§ 6 Abs 4 MaklerG) ist die hA und Rsp<sup>32)</sup> zu weit und unpräzise. Richtigerweise kann ein Eigengeschäft nur dann angenommen werden, wenn der Makler mit einer Vertragsseite (wirtschaftlich gesehen) nahezu ident ist; die bloße „konzernmäßige Verflechtung“<sup>33)</sup> ist nicht ausreichend.*

## Immobilienmaklerverordnung – erste Erfahrungen mit der Novelle 2010

PETER MADL

In einem Überraschungscoup hat der Wirtschaftsminister per 1. 9. 2010 die seit vielen Jahren unveränderten Höchstgrenzen der Provisionen, die Immobilienmakler für die Vermittlung von Wohnungsmietverträgen verlangen dürfen, um ca ein Drittel gesenkt.<sup>1)</sup> Ziel war damals, die Wohnungsmieter zu entlasten und ihnen damit etwas Gutes zu tun. Die Erwartung des Ministers war, dass die Vermieter bereit sein werden, für die Leistung des Maklers zu zahlen.

Nach einem halben Jahr hat sich gezeigt, dass die Makler sehr unterschiedlich auf diese Änderung reagiert haben:

Wie in jeder Branche gibt es auch bei den Maklern schwarze Schafe, die bei der Vermittlung von Wohnungen weiterhin drei Bruttomonatsmieten verlangen, aber nur über zwei eine Rechnung ausstellen – also keine Änderung für die Kunden und eine Schlechterstellung des Staates, der Steuereinnahmen verliert.

Der Großteil der gesetzestreuen Makler (meist kleinere Büros) hat den Ausfall eines Drittels der Einnahmen durch eine Reduktion der Leistung kompensiert,

weil die Vermieter nicht bereit sind, Provisionen an die Makler zu zahlen. Der Wettbewerb unter den Maklern ist derart groß, dass Vermieter immer noch ausreichend Makler finden, die von ihnen keine Provision verlangen – und dieses Angebot nehmen sie auch an. Die in anderen Ländern überwiegende Praxis, dass sich der Vermieter die Makler nach deren Leistung aussucht und dafür selbstverständlich bezahlt, hat sich in Österreich bisher nicht etabliert. Es ist jedoch zu hoffen, dass sich auch auf diesem Markt ein Qualitätswettbewerb durchsetzt und die Vermieter erkennen, dass ein sorgfältig ausgewählter Mieter wichtiger ist als die Einsparung von Maklerkosten zu Beginn. Also auch hier ein schlechtes Bild: Es wird zwar billiger, aber die Qualität sinkt.

Insbesondere unter den größeren Maklern gibt es einige, die sich aus dem Bereich der Vermittlung

Mag. Dr. Peter Madl ist Partner der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

1) Zu den Höchstgrenzen im Detail s *Rainer*, immolex 2010, 229 (Editorial).