

Dokument 1 von 13

**wohnrechtliche** blätter

 VERLAG  
ÖSTERREICH

---

**wobl 2017, 9**

Heft 1 v. 01.01.2017

Aufsätze

## **IWD - Honorarvereinbarungen des Immobilienmaklers im Spannungsfeld von Judikatur und Verbraucherrechte-RL - ein Erfahrungsbericht aus der Praxis eines Formularerstellers**

*Univ.-Ass. Mag. Matthias Knoll*

*Marco Scharmer*  
*B.A., Innsbruck*

Am 28.11.2016 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, an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck ein Vortrag von MMag. *Anton Holzapfel* zum Thema "*Honorarvereinbarungen des Immobilienmaklers im Spannungsfeld von Judikatur und Verbraucherrechte-RL - ein Erfahrungsbericht aus der Praxis eines Formularerstellers*" statt.<sup>1</sup>

### **Der Vortragende**

MMag. *Anton Holzapfel* ist seit 1997 als Geschäftsführer des Österreichischen Verbandes der Immobilienwirtschaft tätig; seit 2003 auch Geschäftsführer der ÖVI Immobilienakademie-Betriebs-GmbH und seit 2009 Geschäftsführer der ImmoZert GmbH. Als Experte ist er Mitglied in verschiedenen nationalen und europäischen Fachgremien. Weiters ist der Vortragende als Lektor unter anderem an der TU Wien und der Donauuniversität Krems tätig sowie Mitherausgeber des Buches *Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich, Edition ÖVI Immobilienakademie*<sup>2</sup> (2014).

### **Das Thema**

Die Verbraucherrechte-RL bewirkte eine wesentliche Änderung der Geschäftsabläufe im Maklerbereich. Das Inkrafttreten des Fern- und Auswärtsgeschäftsgesetzes (FAGG) 2014 etablierte eine Reihe von formalistischen Verbraucherschutzbestimmungen. Diese sind nur schwer in Einklang mit der jahrzehntelangen Praxis der Honorarvereinbarung des Immobilienmaklers zu bringen. Gerade bei der Provisionsvereinbarung war das konkludente Zustandekommen des Vertrages die Regel. Welche Erfahrungen gibt es nun aus der Praxis eines Formularerstellers? Welche neuen Lösungen wurden angedacht? Nicht nur die Maklerformulare des ÖVI wurden der neuen Rechtslage angepasst, sondern auch die internen Geschäftsabläufe in den Immobilienunternehmen. Ein Blick auf Judikatur und Lehrmeinungen rundeten den Erfahrungsbericht ab.

## Der Vortrag

Der Vortragende, MMag. Anton Holzapfel, trug - im Wesentlichen - vor:

### Voraussetzungen für den Provisionsanspruch

Am Beginn ging der Vortragende auf die Voraussetzungen für den Provisionsanspruch ein. Dabei ist im ersten Schritt zu fragen, ob es einen Maklervertrag gibt. Danach ist das Vorliegen der vertragsgemäßen verdienstlichen Tätigkeit zu prüfen. Dies erfolgt idR - wenn auch nicht immer - mit der Namhaftmachung. Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der Vermittlungserfolg eingetreten ist; gab es also die Willensübereinstimmung zwischen den vermittelten Vertragsparteien oder erfolgte der Abschluss eines zweckgleichwertigen Geschäft gem § 6 MaklerG<sup>2</sup>. Weiters muss die Vermittlungstätigkeit "kausal" und "adäquat" sein; damit entsteht grundsätzlich der Provisionsanspruch.

Der Provisionsanspruch entfällt jedoch gem § 7 Abs 2 MaklerG, wenn der Vertrag aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird.

### Der Maklervertrag mit dem Abgeber

Dabei kann zwischen dem allgemeinen/schlichten Vermittlungsauftrag und dem Alleinvermittlungsauftrag unterschieden werden.

Der allgemeine/schlichte Vermittlungsauftrag wird idR auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es handelt sich um keinen Exklusivvertrag; eine Kündigung ist jederzeit ohne Angabe von Gründen möglich und der Makler muss sich nicht um die Vermittlung bemühen. Auch beim allgemeinen/schlichten Vermittlungsauftrag kann man zulässig Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs vereinbaren; nämlich bei:

- Widerruf gegen Treu und Glauben,
- Abschluss eines anderen als zweckgleichwertigen Geschäfts,
- Weitergabe der Geschäftsgelegenheit sowie
- Ausübung eines Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrechts.

Der Alleinvermittlungsauftrag stellt einen Exklusivvertrag dar, der auf bestimmte Zeit geschlossen

*Knoll/Scharmer, IWD - Honorarvereinbarungen des Immobilienmaklers im Spannungsfeld von Judikatur und Verbraucherrechte-RL - ein Erfahrungsbericht aus der Praxis eines Formularerstellers, wobl 2017, Seite 9*

wird. § 14 Abs 2 MaklerG führt dazu aus, dass der Alleinvermittlungsauftrag nur auf "angemessene Dauer" abgeschlossen werden darf. Gesetzlich geregelte Höchstfristen gibt es beim Konsumentengeschäft<sup>3</sup>. Eine vorzeitige Auflösung kann nur aus wichtigem Grund erfolgen und der Makler muss sich um die Vermittlung bemühen; ihn trifft also eine Tätigkeitspflicht. Zulässige Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs können zusätzlich - neben den bereits beim allgemeinen/schlichten Vermittlungsauftrag erwähnten Fällen - vereinbart werden bei:

- Widerruf des Alleinvermittlungsauftrags,
- Vermittlung durch einen anderen beauftragten Makler sowie
- Verkauf auf andere Art (zB Selbstverkauf durch den Auftraggeber).

### Der Maklervertrag mit dem Interessenten

Im nächsten Schritt ging der Vortragende auf den Maklervertrag mit dem Interessenten ein, wobei dabei noch die verbraucherrechtlichen Aspekte des FAGG außer Acht gelassen wurden.

In diesem Zusammenhang wurde auch die "klassische" Timeline der Tätigkeit des Maklers hinsichtlich des

Interessenten aufgezeigt, die sich in folgende Schritte gliedert:

- Übermittlung des Exposé,
- Besichtigung,
- Vermittlung zwischen Abgeber und Interessent,
- Abschluss des Vertrages,
- Verwirklichung des Honoraranspruchs.

Der Referent führte weiter aus, dass der Maklervertrag über Jahrzehnte überwiegend schlüssig zustande gekommen ist. Ein schlüssiges Zustandekommen des Maklervertrages mit dem Interessenten ist - im Lichte der Judikatur des OGH<sup>4</sup> - grundsätzlich zulässig. Das konkludente Zustandekommen eines Maklervertrages ist jedoch jedenfalls dann genau zu prüfen, wenn der Makler bereits für einen Auftraggeber tätig ist. Es bedarf eines rechtzeitigen Hinweises auf die Provisionserwartung, damit ein Maklervertrag zustande kommt. Der Interessent muss also wissen, dass es sich um einen Makler handelt und dieser hat auf die Provisionserwartung hinzuweisen. Nimmt der Interessent in Kenntnis dieser Umstände die Dienste des Maklers (weiter) in Anspruch, ist der Maklervertrag schlüssig zustande gekommen.

### **Die Sonderregelungen für Verbrauchergeschäfte: FAGG**

Im Anschluss daran ging der Referent auf den Einfluss der Sonderregelungen für Verbrauchergeschäfte durch die Einführung des FAGG im Jahr 2014 ein. Zwar treffen die Regelungen des FAGG nicht nur die Makler, doch stellen diese Regelungen insb die Makler vor erhebliche praktische Schwierigkeiten.

Der Vortragende ging in diesem Zusammenhang auch auf die Ergebnisse einer kürzlich durchgeführten Umfrage ein. Dabei wurde insb festgestellt, dass die Kunden vielfach durch die umfangreichen Informationspflichten, die das FAGG vorsieht, verunsichert sind.

Vor besondere Probleme stellen die Makler die Regelungen über das Rücktrittsrecht nach dem FAGG. Anzuwenden sind diese Rücktrittsregeln auf Maklerverträge mit Verbrauchern,

- wenn der Vertragsabschluss außerhalb der Geschäftsräume erfolgt (AGV-Situation), oder
- wenn der Vertragsabschluss ausschließlich über Fernkommunikationsmittel (Internet, Telefon etc) erfolgt.

Dabei treffen den Makler umfassende Informationspflichten. Vor Beginn seiner Dienstleistung muss der Makler die wesentlichen Informationen über den Maklervertrag, eine Nebenkostenübersicht sowie ein Muster-Widerrufsformular<sup>5</sup> dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger (zB auf Papier, E-Mail, USB-Stick etc) übergeben.

Dem Verbraucher steht - bei entsprechender Belehrung - ein Rücktrittsrecht von 14 Tagen zu. Für den Fall der fehlenden bzw fehlerhaften Belehrung verlängert sich diese Frist auf ein Jahr und 14 Tage. Die Frist beginnt mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Für die Ausübung des Rücktritts ist keine Form vorgesehen.

Kein Rücktrittsrecht steht dem Verbraucher bei ausdrücklichem Verlangen auf vorzeitiges Tätigwerden zu, sofern die Leistung - innerhalb der 14-tägigen Frist - vollständig erbracht wird. Dabei ist eine Bestätigung des Kunden notwendig, dass ihm bewusst ist, dass er damit bei vollständiger Erfüllung des Maklervertrages vor Ablauf der Rücktrittsfrist dieses Rücktrittsrecht verliert. Strittig ist in diesem Zusammenhang, wann eine vollständige Erfüllung iSd FAGG vorliegt. Nach Ansicht des Vortragenden reicht die Namhaftmachung des potenziellen Geschäftspartners aus.

Gem § 16 Abs 1 FAGG führt das ausdrückliche Verlangen auf vorzeitiges Tätigwerden nur dann zum Verlust des Rücktrittsrechts, wenn die Dienstleistung vollständig innerhalb der Rücktrittsfrist erbracht wurde. Da es dem Makler idR nicht möglich sein wird, innerhalb von 14 Tagen die Leistung vollständig zu erbringen, stellt sich in der Praxis des Maklers insb die Frage, ob er mit den Vermarktungsaktivitäten zuwarten sollte, bis die Rücktrittsfrist von 14 Tagen abgelaufen ist. Dies führt häufig zu einer Verknappung von Informationen im Exposé und in Inseraten.

*Knoll/Scharmer, IWD - Honorarvereinbarungen des Immobilienmaklers im Spannungsfeld von Judikatur und Verbraucherrechte-RL - ein Erfahrungsbericht aus der Praxis eines Formularerstellers, wobl 2017, Seite 10*

Aufgrund dieses Rücktrittsrechtes kann es zur Situation kommen, in der der Makler seinen grundsätzlich bestehenden Provisionsanspruch verliert; bspw aufgrund einer fehlerhaften Belehrung. Dabei ging der Referent näher auf das Bereicherungsrecht als möglichen "Ausweg" für den Makler ein und verwies auf einen Aufsatz von *Helmut Koziol* <sup>6</sup>.

### **Aktuelle Judikatur**

In der Folge ging der Vortragende kurz auf die E des OGH 8 Ob 131/15w vom 29.03.2016 ein. Dort sprach der 8. Senat aus, dass das Schriftformgebot für den Abschluss und die Verlängerung von Alleinvermittlungsaufträgen nach § 31 Abs 1 Z 2 KSchG auch den Verzicht des Verbrauchers auf eine im Auftrag vorgesehene aufschiebende Bedingung erfasst. Im zugrundeliegenden Fall sollte der Alleinvermittlungsauftrag des Verbrauchers erst nach dem Verkauf einer anderen Immobilie beginnen. Der mündliche Verzicht auf diese Bedingung war daher unwirksam.

Weiters wurde noch auf die Judikatur hinsichtlich der Auslegung des Wortes "ausdrücklich" in § 31 Abs 1 Z 3 KSchG eingegangen. Der OGH versteht darunter eine hervorgehobene, dem Verbraucher deutlich erkennbare und eindeutige Regelung.<sup>7</sup>

### **Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs**

Der Referent befasste sich im Anschluss noch mit den Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs gem § 15 MaklerG. Dabei wurde vor allem auf die Formulierungen in den Maklerverträgen eingegangen, die sicherstellen sollen, dass den vorab geschilderten Anforderungen des OGH entsprochen wird.

### **Aktuelle Judikatur zur Schriftlichkeit vs Unterschriftlichkeit**

Am Ende des Vortrages wurde noch auf eine rezente E des OGH<sup>8</sup> eingegangen, in der sich dieser mit dem Schriftlichkeitsgebot auseinandergesetzt hat. Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB verlangt die Unterschrift der Parteien; dies gilt grundsätzlich auch für einseitige Erklärungen. Der erkennende Senat sprach jedoch aus, dass bei bloßen Informationspflichten vieles gegen die Notwendigkeit einer Unterschrift spricht, da es nur darum ginge, dem Empfänger bestimmte Angaben in dauerhafter Weise zur Verfügung zu stellen. Mit anderen Worten: In Fällen, in denen die Schriftform für die Erfüllung einer bloßen Informationspflicht vorgesehen ist, kann der Formzweck idR auch durch ein Dokument ohne Unterschrift erfüllt werden.

### **Die anschließende Diskussion**

Im Anschluss an den Vortrag erfolgte noch eine Diskussion unter den Anwesenden. Insb wurde über Themen betreffend die Vertragssprache bei fremdsprachigen Kunden, das Verhältnis eines etwaigen bereicherungsrechtlichen Anspruchs zu § 16 FAGG, zum Rücktrittsrecht nach FAGG, zur Schriftlichkeit sowie zur Nicht-Einhaltung der Bestimmungen des FAGG als Verstoß gegen das UWG gesprochen.

### **Vorschau**

In der nächsten Veranstaltung des IWD am 23.01.2017 wird RA Dr. *Ulrich Leo* zum Thema "*Grenzen der Überwälzung der Instandsetzung und von Nebenkosten auf den Geschäftsraummieter - die Judikatur des BGH und ihre Relevanz für Österreich*" vortragen.

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

*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).

---

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

2 Dies gilt ex lege und muss daher nicht vereinbart werden.

3 In concreto drei Monate bei der Vermietung; sechs Monate beim Verkauf.

4 Der Referent verwies insb auf die Entscheidungen OGH 02.07.2002, 8 Ob 33/02i sowie OGH 06.06.2005, 9 Ob 129/04t.

5 Dieses Muster-Widerrufsformular sollte dem Verbraucher im genauen Wortlaut der Richtlinie übermittelt werden.

6 Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, JBI 1978, 239.

7 RIS-Justiz RS0129488.

8 OGH 29.09.2016, 5 Ob 71/16a.

---

*Ein Inhalt der Verlag Österreich GmbH*