

Wohnungseigentumsrecht |

Heilung der WE-Begründung an einer
Hausbesorgerwohnung durch Umwidmung

Zur Frage der Abgeschlossenheit
eines WE-Objekts

Steuerrecht |

Fiktive Anschaffungskosten ade!

Stichtag 1. 8. 2008

Mietrecht |

Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht

Forum Immobilientreuhänder

Wie werden Ansprüche nach
§ 18 Abs 2 WEG abgetreten?

Anmerkung:

Wenn die E unter Hinweis auf Fromherz (Kommentar zum MaklerG, § 7 Rz 54) die Verpflichtung des Maklers, auf ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis „unverzüglich“ (§ 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG) hinzuweisen, derart auslegt, dass den Makler diese Pflicht bereits „vor Aufnahme seiner Tätigkeit gegenüber dem Auftraggeber“ trifft, so ist dem **in dieser Allgemeinheit keineswegs zuzustimmen**, und hat auch schon die Rsp (7 Ob 300/00 v) zumindest für Fälle außerhalb des Verbrauchergeschäfts, dieser starren Ansicht die Gefolgschaft verweigert.

Einerseits gibt es Fälle, in denen der vermittelte Dritte ja erst aufgrund der Tätigkeit des Maklers in Erscheinung tritt, sodass diesfalls die Aufklärung über das Naheverhältnis naturgemäß überhaupt erst dann erfolgen kann, wenn die Identität des vermittelten Dritten (und damit das familiäre oder wirtschaftliche Naheverhältnis zwischen ihm und dem Makler) feststeht.

Andererseits gilt es zu bedenken, dass der aus § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG entspringenden Verpflichtung

tung gegenüber Verbrauchern gem § 30 b Abs 1 KSchG schriftlich nachgekommen werden muss. Nach der (mE unzutreffenden, siehe unten) Rsp (1 Ob 79/01 a) zieht ein Verstoß gegen das Schriftformgebot nicht nur die Rechtsfolgen des § 30 b Abs 1 KSchG iVm § 3 Abs 4 MaklerG (Schadenersatz, Provisionsmäßigung), sondern auch (und hinsichtlich des Provisionsanspruchs des Maklers primär) die Rechtsfolge des § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG (gänzlicher Provisionsentfall) nach sich. Bei mündlichen Geschäftsanbahnungen durch Interessenten (die etwa aufgrund eines Inserats den Makler telefonisch kontaktieren) ist es aber schlicht unmöglich, vor (bzw unmittelbar bei) Aufnahme der (zunächst am Telefon erbrachten) Tätigkeit dieser Formvorschrift nachzukommen! Genau betrachtet, ergibt sich für den Makler im Verbrauchergeschäft noch eine zusätzliche Erschwerung: § 30 b Abs 1 KSchG ist nämlich nicht nur hinsichtlich der Form der Aufklärung (Schriftlichkeit) strenger als § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG, sondern auch hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem die Aufklärung zu erfolgen hat: Den Aufklärungspflichten des § 30 b Abs 1 KSchG muss nämlich schon „vor Abschluss des Maklervertrags“ schriftlich nachgekommen werden, was – zumal Maklerverträge grundsätzlich bereits mit der bewussten Inanspruchnahme der Dienstleistungen des Maklers konkludent zustande kommen – eine de facto nicht erfüllbare Anforderung darstellt. Diese allzu rigide Verpflichtung zur schriftlichen Aufklärung „vor Abschluss des Maklervertrags“ wird aber umgehend durch § 30 b Abs 1 letzter Satz KSchG weitgehend entschärft, zumal eine Pflichtverletzung des Maklers erst dann Schadenersatz- und Provisionsmäßigungsansprüche des Auftraggebers nach § 3 Abs 4 MaklerG zur Folge hat, wenn der Makler seine an die Schriftform gebundene Hinweispflicht „nicht spätestens vor einer Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft“ erfüllt. Zu welchem Zeitpunkt hingegen der Hinweis im Verbrauchergeschäft zu erfolgen hat, um der Rechtsfolge des § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG (gänzlicher Provisionsentfall) zu entgehen, bleibt damit zwar noch offen, doch darf mE diese Rechtsfolge nur am Maßstab des

§ 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG selbst („unverzüglich“) gemessen und nicht mit der – auf durchaus anderen gesetzgeberischen Motiven ruhenden – Anforderung des § 30 b Abs 1 KSchG („vor Abschluss des Maklervertrags“) verknüpft werden. Der Fall eines nach § 30 b Abs 1 KSchG zu spät geäußerten Hinweises ist jenem einer allfälligen Verletzung des Schriftformgebots des § 30 b Abs 1 KSchG gleichzuhaltend, der mE ebenso wenig die Rechtsfolge des gänzlichen Provisionsentfalls nach § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG (sondern eben nur die Rechtsfolgen des § 30 b Abs 1 letzter Satz KSchG iVm § 3 Abs 4 MaklerG) auszulösen vermag; die von der Rsp (1 Ob 79/01 a) geäußerte gegenteilige Ansicht ist völlig zu Recht auf Ablehnung gestoßen (Assem/Knittel, ImmZ 2002, 22 ff, Noss, Maklerrecht², Rz 79; Kriegner, Der Immobilienmakler – Pflichten und vertragliche Haftung, 153 f). Somit ist im Ergebnis für das Verbrauchergeschäft aus praktischer Perspektive festzuhalten, dass hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem der Hinweis auf ein allfälliges Naheverhältnis vorzunehmen ist, kein Unterschied zum Unternehmergegeschäft besteht, sondern ganz allgemein auf die „Unverzüglichkeit“ des § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG abzustellen ist.

Nun aber den Begriff „unverzüglich“ (sinnvollerweise zu verstehen als: „zum ehestmöglichen Zeitpunkt“) auf ein schematisches „vor Aufnahme der Tätigkeit gegenüber dem Auftraggeber“ umzudeuten, ist sachlich keineswegs gerechtfertigt, zumal man sich damit der Chance beraubt, auf die Gegebenheiten des Einzelfalls (und damit die Frage, wann es dem Makler frühestens zumutbar ist, seiner Hinweispflicht nachzukommen) Rücksicht zu nehmen. Bei der Hinweispflicht des § 6 Abs 4 dritter Satz MaklerG geht es für den Makler um „alles oder nichts“ (ein unterlassener oder verspäteter Hinweis zieht schließlich nicht „nur“ Provisionsmäßigung nach sich, sondern lässt den Provisionsanspruch gar nicht erst entstehen), weshalb in der Auslegung und praktischen Handhabung dieser Bestimmung durchaus Behutsamkeit angebracht ist.

Christoph Kothbauer

Mag. Christoph Kothbauer ist Jurist in Wien.