

Schwerpunkt

Miete – Leihe – Prekarium

Die Abgrenzung zwischen
Leihe und Miete

Zur Vertragsgestaltung beim Prekarium

Abgabenrecht

USt-Regelbesteuerungsoption bei
schenkungsbedingtem Bestandgeberwechsel

Forum Immobilientreuhänder

Zur Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit
im Maklergeschäft

Zur Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit im Maklergeschäft

CHRISTOPH KOTHBAUER

§ 31 KSchG

Makler;
Verbraucher;
Schriftlichkeit;
Ausdrücklichkeit;
Ersatz von
Aufwendungen;
Allein-
vermittlungs-
auftrag;
besondere
Vereinbarungen
für Fälle
fehlenden
Vermittlungs-
erfolgs

Gemäß § 31 Abs 1 KSchG¹⁾ sind bestimmte Vereinbarungen des Maklers mit Verbrauchern nur rechtswirksam, wenn sie ausdrücklich und schriftlich getroffen werden. Es handelt sich hierbei um Vereinbarungen des Ersatzes von Aufwendungen aufgrund von zusätzlichen Aufträgen gem § 9 MaklerG (Z 1 leg cit), Abschlüsse und Verlängerungen von Alleinvermittlungsaufträgen gem § 14 MaklerG (Z 2 leg cit) und besondere Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs gem § 15 MaklerG (Z 3 leg cit).²⁾

Die in § 31 Abs 1 KSchG aufgezählten Vereinbarungen betreffen nach den Materialien³⁾ besonders einschneidende Gestaltungen des Vertragsverhältnisses zwischen einem Verbraucher und einem Makler. Bei bloß mündlichen Vereinbarungen könnten Irrtümer, Überraschungen oder falsche Vorstellungen über die besonderen Vertragsinhalte bei idR nicht rechtskundigen Verbrauchern verursacht werden. Um dies und auch allfällige Beweisprobleme zu vermeiden, würden im Verbrauchergeschäft diese besonderen Formvorschriften statuiert werden. **Der Begriff „ausdrücklich“ sei hier iSv deutlich erkennbar** (wie in §§ 901 und 1353 ABGB) **zu verstehen und nicht als Gegenteil des Begriffs „stillschweigend“.**

Auch nach der Rsp ist der Begriff „ausdrücklich“ in § 31 Abs 1 KSchG iS der herrschenden Auffassung⁴⁾ verstärkend zu verstehen, nämlich dahin, dass **die schriftliche Vereinbarung eine hervorgehobene, dem Verbraucher deutlich erkennbare und eindeutige Regelung dieser Punkte enthalten muss.**⁵⁾

In dem der E 2 Ob 131/13y⁶⁾ zugrunde liegenden Sachverhalt enthielt das vom beklagten Auftraggeber unterfertigte **Kaufanbot** in einem Punkt einen dem Inhalt des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG entsprechenden vorgedruckten Text. Der OGH erklärte, der auf eine Vereinbarung zwischen Makler und Auftraggeber abzielende Vertragstext finde sich an einer Stelle des Vertragsformulars, deren Überschrift („Anbotsannahme, Fristen“) sich ausschließlich auf die vorvertraglichen Beziehungen zwischen den potenziellen Parteien des Hauptvertrags bezieht. Eine solcherart **versteckte „Vereinbarung“⁷⁾** sei für den Verbraucher nicht deutlich erkennbar, entspreche daher nicht den Erfordernissen des § 31 Abs 1 KSchG und sei deshalb rechtsunwirksam.

In der E 8 Ob 66/15 m hatte sich der OGH mit einem Fall zu befassen, in welchem die beklagte Auftraggeberin der klagenden Maklerin einen Alleinvermittlungsauftrag zum Verkauf einer Eigentumswohnung erteilte. Sie trat dabei auch in Vertretung des Miteigentümers, ihres Ehegatten, auf. Das von der Auftraggeberin unterfertigte Auftragsformular wies unter anderem den – den Text des § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG verkürzt wiedergebenden – Passus auf: „Die Zahlung

des oben vereinbarten Provisionsatzes (. . .) wird auch für den Fall vereinbart, dass das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nicht zustande kommt . . .“. Die Auftraggeberin fügte dem Auftragsformular vor der Unterzeichnung diverse handschriftliche Ergänzungen hinzu, darunter: „Keine Provision an M*** ist zu zahlen, wenn (ein anderer – offenbar näher bestimmter – Makler) einen Käufer vermittelt oder privat ein Käufer gefunden wird. Provision an M*** ist ausschließlich für den Fall zu zahlen, dass M*** vermittelt hat“. Auf Insistieren der Maklerin erklärte sich die Auftraggeberin nachträglich per E-Mail damit einverstanden, dass man „den Privatverkauf aus dem AV nehmen“ könne. Der OGH erkannte, dass **die Einfügung „Provision an M*** ist ausschließlich für den Fall zu zahlen, dass M*** vermittelt hat“, in einem offenkundigen Widerspruch zu der im Formular enthaltenen Klausel „Die Zahlung des oben vereinbarten Provisionsatzes (. . .) wird auch für den Fall vereinbart, dass das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nicht zustande kommt“ stehe.** Die Rechtsansicht des BerG, dass **hier nicht von einer eindeutigen Vereinbarung die Rede sein könne**, sei jedenfalls vertretbar und begründe keine im Einzelfall aufzugreifende grobe Fehlbeurteilung. Auf die in der Rev aufgeworfene Frage, ob auch schon die gegenüber dem Gesetzestext (§ 15 Abs 1 Z 1 MaklerG) stark verkürzte Formulierung der Klausel einer wirksamen Vereinbarung mit einem Verbraucher entgegenstehen könnte,⁸⁾ komme es daher im vorliegenden Fall nicht an.

FH-Doz. Mag. *Christoph Kothbauer* ist leitender Jurist der online hausverwaltung & immobilientreuhand gmbh in Wien.

- 1) Diese Bestimmung ist zugunsten von Verbrauchern relativ zwingendes Recht, s § 31 Abs 2 KSchG.
- 2) Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit ist nur für die hier aufgezählten Vertragsbestimmungen gefordert. Die übrigen Vereinbarungen im Maklervertrag bleiben davon unberührt.
- 3) ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 40.
- 4) *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 31 KSchG Rz 3; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 31 KSchG Rz 3; je mit Hinweis auf ErläutRV.
- 5) RIS-Justiz RS0129488.
- 6) immoLEX-LS 2014/64. Vgl zu dieser Entscheidung (allerdings zu anderen als den hier thematisierten Aspekten) auch *Kothbauer*, Zur Übermittlung von Annahmeerklärungen im Vermittlungsgeschäft, immoLEX 2015, 132.
- 7) Vgl auch § 864 a ABGB.
- 8) Nach der Rsp (2 Ob 135/14 p immoLEX-LS 2015/38 mwN) reicht bei Vereinbarungen nach § 15 MaklerG ein bloß pauschaler Verweis auf § 15 MaklerG nicht aus. Vielmehr müssen die einzelnen Fallkonstellationen des § 15 MaklerG konkret als Anspruchsgrundlage für den Makler vereinbart werden, weshalb es sich empfiehlt, sich bei der Formulierung der Vereinbarungen möglichst detailgetreu am Gesetzeswortlaut zu orientieren. Zum Vereinbarungserfordernis des § 15 MaklerG s *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch bei fehlendem Vermittlungserfolg, immoLEX 2010, 196.