

## MAKLERRECHT

## Ausnutzung einer Geschäftschance durch den Immobilienmakler

» ImmoZak 2024/25

§ ABGB: §§ 1002 ff  
MaklerG: § 2, § 3

# OGH 24. 1. 2024, 7 Ob 151/23s

Der Makler bringt potenzielle Vertragspartner zusammen und bewegt sie zum Geschäftsabschluss. Er verfügt damit über keine Vertretungsmacht für den Auftraggeber. Anderes gilt allerdings dann, wenn der Geschäftsherr den Makler im Einzelfall bevollmächtigt hat. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Makler ist weder Bevollmächtigungs- noch Auftragsvertrag. Der Maklervertrag ist auch keine Unterart des Auftragsvertrags, sondern ein Vertrag *sui generis*.

Für auftragsrechtliche Elemente des Maklervertrags sind die §§ 1002 ff ABGB subsidiär anzuwenden; es kann damit auf die Teile des Maklervertrags, die entsprechende auftragsrechtliche Elemente aufweisen, Auftragsrecht zur Anwendung kommen.

Die Parteien haben im vorliegenden Fall unstrittig einen Maklervertrag geschlossen; die Kl (= Auftraggeberin) hat aber die Bekl (= Maklerin) darüber hinaus nach Vermittlung des gegenständlichen Objekts zusätzlich mit einer Anbotslegung beauftragt. Der Vertragsschluss kam zwar vorerst nicht zustande; die weiteren Bemühungen der Kl gingen allerdings eindeutig in Richtung eines von ihr gewünschten Geschäftsabschlusses, dies auch zu einem höheren Preis, was die Bekl wusste. Die Bekl hat durch die unrichtige und unvollständige Informationsweitergabe ihre Pflichten gröblich verletzt. Der von der Kl gewünschte Vertragsabschluss, der nach den Feststellungen auch zustande gekommen wäre, wurde letztlich nur durch die Pflichtverletzungen der Bekl verhindert, wobei die Bekl nach den Feststellungen die Pflichtverletzung auch gerade im Hinblick auf die von ihr geplante Ausnutzung dieser Gelegenheit für sich selbst begangen hat. Die auftragsrechtliche Pflichtverletzung der Bekl führt damit unmittelbar zur Anwendung des auftragsrechtlichen Herausgabeanspruchs nach § 1009 ABGB.

Damit hat die Kl einen Herausgabeanspruch gegen die Bekl, der auf die Herausgabe der – durch die Ausnutzung der der Kl zugewiesenen Geschäftschance auf Erwerb der Liegenschaft von der Verkäuferin – der Bekl zugekommenen Liegenschaft gerichtet ist.

## Anmerkung:

## 1. Herausgabeanspruch

Ohne ausdrückliche Vereinbarung ist der Makler nicht befugt, für den Auftraggeber das vermittelte Geschäft zu schlie-

ßen.<sup>1</sup> Der Makler ist Vermittler, er hat keine Vertretungsmacht. Freilich kann einem Makler – wie im gegenständlichen Fall – (ausdrücklich) eine Vertretungsbefugnis eingeräumt werden, sodass er den Geschäftsabschluss für den Auftraggeber erledigen bzw rechtsgeschäftliche Erklärungen für den Auftraggeber abgeben kann (§ 2 MaklerG). Vereitelt nun der zur Angebotslegung beauftragte Makler den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zulasten seines Auftrag- und Machtgebers, weil er die von ihm vermittelte Gelegenheit ausnutzte und das Vermittlungsobjekt – unter Begleitung von groben Pflichtverletzungen – selbst erwirbt, ist die Herleitung eines Herausgabeanspruchs (als schuldrechtlicher Erfüllungsanspruch) unter unmittelbarer Anwendung des § 1009 ABGB konsequent und richtig.

## 2. Herausgabeanspruch nach allgemeinem Schadenersatzrecht

Aber auch jene Auftragsverhältnisse, die davon geprägt sind, dass der Auftraggeber dem Makler einen Auftrag bloß zur Vermittlung gibt und keine Vertretungsmacht einräumt, laufen – bei einer verpönten und eigennützigen „Wegnahme“ des Vermittlungsobjekts durch den Makler – ebenso auf einen Herausgabeanspruch des Auftraggebers hinaus, und zwar aufgrund folgender Überlegungen:

- Wie bei jedem anderen (Dauer-)Schuldverhältnis sind auch beim Maklervertrag die allgemeinen (vorvertraglichen) Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten sowie die **Treuepflicht** zu beachten. Auch ein Immobilienmakler, der beabsichtigt, seinem Auftraggeber (dem Kaufinteressenten) das Objekt „wegzuschneiden“, indem er es selbst erwirbt, verstößt jedenfalls gegen die Treuepflicht.<sup>2</sup>
- Hat der Makler seine Pflichten gegenüber dem Auftraggeber verletzt, kann bei Vorliegen auch der übrigen Voraussetzungen nach allgemeinen Grundsätzen **Schadenersatz** verlangt werden. Insofern verweist S 1 des § 3 Abs 4 MaklerG lediglich auf allgemeines Schadenersatzrecht.<sup>3</sup>
- Sämtliche von § 3 MaklerG erfassten Pflichten sind Sorgfaltsverbindlichkeiten.<sup>4</sup>
- Bei Verletzung von Informationspflichten ist der **Vertrauensschaden** zu ersetzen, nicht der Nichterfüllungsschaden.<sup>5</sup> Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre.<sup>6</sup> IZM Maklerverträgen wird der Vertrauensschaden sehr weit verstanden; darunter fallen alle Schäden, die jemand erleidet, indem er auf die Richtigkeit einer falschen Beratung vertraut und deshalb für ihn unpassende Dispositionen getroffen hat.<sup>7</sup>
- Hätte die Bekl die Pflichtverletzung nicht begangen (= ordnungsgemäße Erfüllung des Maklervertrags durch vollständige Informationsweitergabe und **uneigennützig** Vermitt-

1 1 Ob 152/18m = wobl 2019/118; 2 Ob 131/13y = RdW 2014/634, 582.

2 *Limberg* in GeKo Wohnrecht II § 3 MaklerG Rz 11 mwN.

3 RS0116638.

4 Vgl ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 18.

5 RS0016377 (T4); 9 Ob 84/15s.

6 RS0016374; 6 Ob 115/21m = ImmoZak 2022/11, 22 (B. *Dobler*).

7 4 Ob 1/17a = immoLex 2017/34 (*Prader*); ausf *Berger*, immoLex 2023, 130.

lungstätigkeit), wäre nach den Feststellungen der von der Kl gewünschte Vertragsabschluss zustande gekommen. Die Kl ist sohin nach allgemeinem Schadenersatzrecht in erster Linie im Weg der Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) so zu stellen, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Maklervertrags, also bei vollständiger Informationsweitergabe und uneigennütziger Vermittlungstätigkeit der Bekl, stünde.<sup>8</sup>

Demnach hat die Kl gegen die Bekl Anspruch auf Herausgabe und Eigentumsverschaffung an der Liegenschaft Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises. Ist die Naturalrestitution nicht tunlich

oder unmöglich (etwa weil der Bekl die Liegenschaft weiterveräußert hat), hat die Bekl an die Kl Geldersatz zu leisten (= Wert der Liegenschaft abzüglich des anvisierten Kaufpreises und der sonstigen Aufwendungen, die durch den Ankauf entstanden wären). Bei Liegenschaften kommt dem Grundsatz des Vorrangs der Naturalrestitution aber ohnehin besondere Bedeutung zu, weil Liegenschaften knappe, nicht vermehrbare Wirtschaftsgüter sind.<sup>9</sup>

Karl Weilhartner

<sup>8</sup> Bspw 3 Ob 216/13f = EvBl 2014/88 (Brenn) = Zak 2014/258, 139.

<sup>9</sup> 5 Ob 23/17v = Zak 2017/189, 112.