

Zur Verletzung von Informationspflichten

immolex 2021/202

§ 3 MaklerG

OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 115/21m

Vertrauensschaden; Pflichtverletzung; Nachforschungspflicht; Sachverständiger

Die Verletzung von Informationspflichten bei Abschluss des Vertrags gewährt nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht den Ersatz des Nichterfüllungsschadens, sondern nur jenes Schadens, den der Geschädigte im Vertrauen auf die korrekte Erfüllung des Maklervertrags erlitten hat. Zu ersetzen ist daher der Vertrauensschaden.

Sachverhalt:

Der Kl begehrt € 228.760,- sA aus dem Titel des Schadenersatzes. Er sei Eigentümer zweier Wohnungen gewesen und habe die Bekl als Immobilienmaklerin für den Verkauf dieser Wohnungen kontaktiert, wobei er zunächst von einem Gesamtkaufpreis von etwa 1 Mio Euro ausgegangen sei. Der für die Bekl tätige Makler habe dem Kl jedoch erklärt, dass der tatsächliche Wert nur € 780.000,- betrage. Am 1. 12. 2017 sei ein Alleinvermittlungsauftrag mit einem Mindestkaufpreis von € 780.000,- abgeschlossen worden. Im April 2017 habe die Bekl mitgeteilt, dass es nur einen Interessenten gebe; dieser habe ein schriftliches Angebot über € 790.000,- gelegt, welches der Kl auch angenommen habe. Da der Kl erfahren habe, dass eine schlechtere Wohnung im selben Haus zu einem höheren Preis verkauft worden sei, habe er die Wohnungen schätzen lassen, woraus sich weit höhere Werte als der Verkaufspreis ergeben hätten. Der Schaden des Kl errechne sich aus dem richtigen Wert der Wohnungen abzüglich des Kaufpreises.

Die Bekl wendete ein, der zuständige Makler habe keineswegs erklärt, dass der tatsächliche Wert der Wohnungen nur € 780.000,- betrage; er habe nur eine Empfehlung für einen realistischen Preis für die Vermarktung genannt. Der Erwerb im Jahr 2018 sei nicht maßgeblich, weil die Beratungstätigkeit der Bekl bereits am 30. 11. 2016 stattgefunden habe. Die Schadensberechnung durch den Kl sei unrichtig, weil der Schaden des Kl nicht aus der Differenz des „richtigen Wertes“ der Wohnungen und dem tatsächlichen Kaufpreis bestehen könne; bei der Bewertung einer Liegenschaft durch gerichtlich beeidete Sachverständige könne es zu erheblichen Schwankungsbreiten kommen.

Das ErstG gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Dabei traf es im Wesentlichen folgende Feststellungen: Bei pflichtgemäßer Aufklärung über den tatsächlichen Wert hätte der Kl die Wohnungen nicht um den vereinbarten Preis verkauft. Der Mitarbeiter der Bekl hatte dem Kl gegenüber behauptet, er sei „Experte und ein Mann mit Erfahrung“ und er würde den richtigen Preis für die Wohnungen ermitteln; aus seiner Sicht seien € 780.000,- ein realistischer Preis. Der Kl hatte dessen Aussage vertraut. Zum Stichtag 31. 5. 2017 betrug der Wert der beiden Wohnungen € 1.038.792,43. Der Kl hatte es mit dem Verkauf der Wohnungen nicht eilig gehabt, und er wäre auch bereit gewesen, einen längeren Vermarktungszeitraum in Kauf zu nehmen und dafür einen höheren Preis zu erzielen. Es war dem Kl auch nicht wichtig, ob die Wohnungen einzeln oder ge-

meinsam verkauft werden. Diese Umstände waren der Bekl bekannt.

Davon ausgehend gelangte das ErstG zum Ergebnis, dass die Bekl als Maklerin für unrichtige Auskünfte zum Wert des Verkaufsobjekts zumindest im Fall einer krassen Abweichung vom tatsächlichen Wert hafte; für ein Mitverschulden des Kl bleibe kein Raum.

Das BerG änderte dieses Urteil dahin ab, dass es mit Teilurteil € 154.200,- abwies. In der deutschen Rsp sei anerkannt, dass die Grundstücksbewertung notwendig mit Unschärfen behaftet und deshalb nicht fehlerhaft sei, solange sich das Bewertungsergebnis im Rahmen zulässiger Toleranzen bewege. Schwankungsbreiten von 18 bis 20% seien unvermeidbar und noch vertretbar; in der Literatur würden im Einzelfall noch höhere Abweichungen bis zu 30% akzeptiert. Auch nach der österr Literatur könne bei der Liegenschaftsbewertung von Preisspannen von +/- 15% ausgegangen werden; teilweise würden auch Schwankungsbreiten von +/- 20 bis 30% anerkannt. Der OGH habe eine Wertangabe durch einen Immobilienmakler, dass für eine Wohnung mit einem Marktwert von € 402.000,- nur ca € 350.000,- zu erzielen seien, als derart unrichtige Information über den Wert der Liegenschaft angesehen, dass ein wichtiger Grund iSd § 7 Abs 2 MaklerG für die Nichtausführung des Geschäfts vorgelegen sei, der auf das Verhalten des Vermittlers zurückzuführen gewesen sei (7 Ob 157/09b). Berücksichtige man, dass der Marktwert trotz einer Vielzahl verfahrensrechtlicher Wertermittlungsvorschriften keine mathematisch exakt ermittelbare Größe sei und von vielfältigen Einschätzungen abhängige, sei davon auszugehen, dass der Bekl bei der Einschätzung des zu erzielenden Kaufpreises von € 780.000,- gegenüber dem maßgeblichen Verkehrswert von € 1.028.000,- nur insoweit ein rechtswidriges (sorgfaltswidriges) Verhalten angelastet werden könne, als sie die ihr zuzubilligende Toleranz von 15% überschritten und gegenüber dem auch ohne besondere Abrede erkennbar an einem möglichst hohen Verkaufserlös interessierten Kl einen € 873.000,- unterschreitenden Kaufpreis als „realistisch“ angegeben habe. Abzüglich des erzielten Kaufpreises von € 790.000,- und des im aufrechten und gegen den Provisionsanspruch der Bekl getilgten Betrags von € 9.240,- ergebe sich damit gegenüber dem Klagebegehren von € 228.760,- ein möglicherweise berechtigter Schadenersatzanspruch in Höhe von € 74.560,-, sodass das Klagebegehren im Umfang von € 154.200,- schon mangels eines insoweit relevanten rechtswidrigen Verhaltens der Bekl abzuweisen war.

Aus der Begründung:

Die Rev ist im Sinn des allein gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

Vorweg ist darauf zu verweisen, dass die gegenständlichen Kaufverträge bereits Gegenstand einer Entscheidung des OGH waren (5 Ob 1/20p). In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Verfahren hatte die hier Bekl vom hier Kl die Maklerprovision iHv € 9.240,- geltend gemacht. Dagegen wendete Letzterer ein, die hier Bekl habe ihre Aufklärungspflichten betreffend den tatsächlichen Wert der Wohnungen verletzt. Hätte er die Wohnungen zum

marktkonformen Preis verkauft, wären € 4.000,- pro m² zu erzielen gewesen. Tatsächlich habe der m²-Preis nur € 2.875,- betragen. Durch den weit unter dem Marktwert liegenden Verkauf sei ihm ein Schaden von zumindest € 301.440,- entstanden, der bis zur Höhe des Klagebegehrens aufrechnungsweise eingewendet werde.

In diesem Verfahren wurde erkannt, dass die Klagsforderung mit € 9.240,-, die Gegenforderung hingegen zumindest in dieser Höhe zu Recht bestehe, sodass das Klagebegehren abgewiesen wurde.

Der OGH wies die dagegen erhobene oRev der hier Bekl zurück. Das BerG sei von den von der Rsp entwickelten Grundsätzen nicht abgewichen, wenn es davon ausgegangen sei, dieser sei im konkreten Fall eine Verletzung der ihr obliegenden Aufklärungspflichten anzulasten. Der empfohlene Kaufpreis sei etwa 20% unter dem Marktwert gelegen. Eine derart massive Abweichung als äußerst unüblich und für einen Immobilienmakler auffällig zu beurteilen, sei unbedenklich. Dazu komme, dass der hier Kl - an sich dem Marktwert entsprechend - von einem höheren Wert der zu verkaufenden Wohnung ausging, ein Mitarbeiter der hier Bekl ihm aber versicherte, als ein Experte mit Erfahrung werde er den richtigen Wert für die Wohnung ermitteln. Auch wenn man selbst beim Alleinvermittlungsauftrag vom Makler keine besondere Information über die Angemessenheit des Kaufpreises verlangen wollte, wäre hier von dem im jüngeren Schrifttum genannten Ausnahmefall (expliziter Auftrag bzw auffällige Preisdifferenz) auszugehen.

Gem § 3 Abs 1 MaklerG hat der Makler die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Nach Abs 3 sind Makler und Auftraggeber verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben. Gem § 30b Abs 2 KSchG zählen zu den erforderlichen Nachrichten, die der Immobilienmakler dem Auftraggeber nach § 3 Abs 3 MaklerG zu geben hat, jedenfalls auch sämtliche Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind. Diese Bestimmung spricht die Fachkenntnisse des Immobilienmaklers an, der seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen hat (4 Ob 8/02h; 4 Ob 186/10x).

Der Immobilienmakler ist Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen (RS0109996 [T 7]; 4 Ob 186/10x). Er hat den Auftraggeber jedenfalls über sämtliche Umstände zu unterrichten, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind (4 Ob 8/02h; RS0109996 [T 8]). Eine besondere Nachforschungspflicht des Maklers besteht allerdings nicht; ihn trifft keine Aufklärungspflicht, die einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleichkommt (RS0112587). Die Beurteilung einer Pflichtverletzung ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers vorzunehmen (RS0109996 [T 9]; 4 Ob 186/10x).

Jedenfalls beim Alleinvermittlungsauftrag besteht wegen der weitreichenden Bindung des Auftraggebers die Pflicht des Maklers, sich nach Kräften für die Ausführung des Auftrags einzusetzen; den Makler trifft dabei eine besondere Treuepflicht (RS0062783 [T 1]).

Das jüngere Schrifttum vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung (*Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 3 Rz 27 mwN), dass ein Makler zu besonderen Informationen über die Angemessenheit des Kaufpreises - abgesehen von einem expliziten Auftrag oder auffälligen Preisdifferenzen - nicht generell verpflichtet ist. Dem folgend sprach der OGH zu 4 Ob 186/10x aus, ein Doppelmakler sei im Rahmen des zwischen beiden Auftraggebern zu erwerbenden Interessenausgleichs nicht verpflichtet, dem Alter der Wohnung nicht entsprechenden Mängeln nachzuforschen, einen Kaufinteressenten

im Rahmen der gemeinsamen Besichtigung der Wohnung auf sichtbare Schäden am Kaufobjekt hinzuweisen und diesen - ohne besonderen Auftrag - von sich aus darüber aufzuklären, dass der begehrte Kaufpreis den Verkehrswert bei Berücksichtigung dem Makler unbekannter, dem Alter der Wohnung nicht entsprechender Mängel geringfügig übersteigt.

Die Verletzung von Aufklärungspflichten macht den Immobilienmakler gegenüber seinem Auftraggeber nach den allg Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig; § 3 Abs 4 Satz 1 MaklerG verweist auf allgemeines Schadenersatzrecht (vgl RS0116638; 4 Ob 186/10x). Die Verletzung von Informationspflichten bei Abschluss des Vertrags gewährt nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen allerdings nicht den Ersatz des Nichterfüllungsschadens, sondern nur jenes Schadens, den der Geschädigte im Vertrauen auf die korrekte Erfüllung des Maklervertrags erlitten hat. Zu ersetzen ist daher der Vertrauensschaden (RS0016377 [T 4]; 9 Ob 84/15s). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre (RS0016374; 1 Ob 75/18p). Das zu leistende Interesse liegt in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis wäre, und dem nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich vorhandenen Vermögen (9 Ob 84/15s).

Es mag zutreffen, dass im Einzelfall bei der Liegenschaftsbewertung Preisspannen von +/- 15% (*Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich² 59) oder sogar +/- 20 bis 30% anzuerkennen sind (*Bienert/Funk*, Immobilienbewertung Österreich³ 569). Auch nach der Rsp in Deutschland ist die Grundstücksbewertung notwendig mit Unschärfen behaftet und deshalb nicht fehlerhaft, solange sich das Bewertungsergebnis im Rahmen zulässiger Toleranzen bewegt. Das Ergebnis könne erst dann als fehlerhaft eingestuft werden, wenn es nicht mehr vertretbar sei. Dies sei in der Regel bei Überschreiten einer Schwankungsbreite von 18 bis 20% der Fall; Schwankungsbreiten bis zu diesem Ausmaß seien hingegen unvermeidbar und vertretbar, wobei im Einzelfall noch höhere Abweichungen von bis zu 30% akzeptiert werden (vgl BGH XI ZB 12/12 Rn 105).

In der E 7 Ob 157/09b sah der OGH die Mitteilung des Immobilienmaklers, dass nur ein Kaufpreis von ca € 350.000,- zu erzielen sei, obwohl der Marktwert € 402.000,- betrug und Preise bis zu € 462.300,- noch als angemessen angesehen hätten werden können, als derart unrichtige Information über den Wert der Liegenschaft an, dass ein wichtiger Grund iSd § 7 Abs 2 MaklerG für die Nichtausführung des Geschäfts vorgelegen sei, der auf das Verhalten des Vermittlers zurückerklären gewesen sei.

An sich zutreffend verweist das BerG auch darauf, dass der Marktwert (Verkehrswert) trotz einer Vielzahl verfahrensrechtlicher Wertermittlungsvorschriften keine mathematisch exakt ermittelbare Größe sei und von vielfältigen Einschätzungen abhängt. Dies betreffe insb die Vergleichbarkeit von „vergleichbaren Sachen“ (iSd § 4 Abs 1 LBG). Selbst im Fall einer Begutachtung durch einen Sachverständigen seien Abweichungen und Schwankungsbreiten von bis zu 15% zu tolerieren. Ein Beurteilungsspielraum werde auch durch die Einschätzung einer Wohnanlage als „sehr gut“ oder bloß „gut“ um die Beurteilung einer „Ruhelage“ eröffnet. Diese abstrakten Überlegungen ändern aber nichts daran, dass der Bekl nach den Feststellungen des ErstG ein Sorgfaltsverstoß zur Last liegt. Zwar reicht der bloße Umstand, dass der vom Gerichtssachverständigen ermittelte Wert der Liegenschaft von der Einschätzung der Bekl abweicht, als solcher noch nicht aus, um daraus zwingend auf einen Sorgfaltsverstoß der Bekl schließen zu können. Dies setzt jedoch voraus, dass von der Bekl nachvollziehbare Überlegungen zum

Wert der Wohnungen angestellt wurden und der KI auf eine bei der Einschätzung sich ergebende Schätzungsbandbreite hingewiesen wurde.

Im vorliegenden Fall präsentierte sich demgegenüber der zuständige Sachbearbeiter der Bekl als „Experte“ und gab an, bis zur Grenze der *laesio enormis* sei ihm der Wert der Liegenschaft „egal“. Bei dieser Sachlage kommt es auf den Umstand, dass bei sorgfältiger Ermittlung des Werts möglicherweise ein vom festgestellten Verkehrswert abweichender Betrag herausgekommen wäre, rechtlich nicht an. Dies muss umso mehr gelten, als der KI nicht nur – wie die meisten Verkäufer – an einem möglichst hohen Verkaufserlös interessiert war, sondern der Bekl auch seine – wie sich in der Folge zeigte: zutreffende – Einschätzung des Kaufpreises mitteilte. Ausdrücklich informierte er die Bekl auch darüber, dass er nicht an einer raschen Verwertung, sondern an einer Maximierung des Verkaufspreises interessiert sei und dass es nicht erforderlich sei, dass beide Wohnungen gleichzeitig verkauft werden müssten. Lediglich der Vollständigkeit halber ist auch darauf zu verweisen, dass der Sachverständige im Verfahren nachvollziehbar auf unterbliebene Maßnahmen zum „Aufputz“ der Wohnungen und die Verwendung nicht aktueller Fotos im Zuge der Vermarktung verweist.

Nicht gefolgt werden kann dem BerG, soweit es davon ausgeht, dass eine Wertermittlung von 15% unter dem Verkehrswert jedenfalls zutreffend sei. Dadurch würde ein Anreiz für den Makler geschaffen, den Verkehrswert von vornherein niedrig festzusetzen, um das Objekt in möglichst kurzer Zeit verkaufen und dadurch die Provision lukrieren zu können. Die vorstehenden Ausführungen über bei der Ermittlung des Werts einer Immobilie mögliche Bandbreiten bedeuten lediglich, dass bestimmte Abweichungen für sich genommen noch keinen Sorgfaltsverstoß darstellen. Keinesfalls ist daraus jedoch abzuleiten, dass jede Wertermittlung, deren Ergebnis innerhalb der abstrakt möglichen Schwankungsbreite liegt, auch als sorgfaltsgemäß einzustufen wäre.

Der KI hat in seiner Rev ausschließlich einen Aufhebungs-, nicht auch einen Abänderungsantrag gestellt. Daher war spruchgemäß mit Aufhebung des Teilurteils vorzugehen.

Im fortgesetzten Verfahren über das gesamte Klagebegehren wird der KI lediglich klarzustellen haben, wie sein Vorbringen zu verstehen ist und wie er sich bei Kenntnis des wahren Werts verhalten hätte. Dabei kann auch erörtert werden, ob der KI seinen Schadenersatzanspruch auf die vom ErstG getroffenen, vom BerG als überschießend beurteilten Feststellungen stützt.

Anmerkung:

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Zu betonen ist, dass die vom OGH festgestellte Sorgfaltswidrigkeit nicht schon per se in der Ermittlung des außerhalb der festgestellten Bandbreite liegenden Verkehrswerts liegt, sondern vor allem in der Unterlassung nachvollziehbarer Überlegungen zum Wert, der Vorgabe seiner Expertise, der Außerachtlassung des möglichen langen Vermarktungszeitraums und der Nichtberücksichtigung eines Einzelverkaufs (ähnlich auch *Kothbauer*, immolex 2021/190). Gefolgt ist der OGH auch dem Sachverständigen, der darauf hinwies, dass unterlassene Maßnahmen zum „Aufputz“ der Wohnungen und die Verwendung nicht aktueller Fotos kontraproduktiv für die Vermarktung seien. ME könnte man einen Sorgfaltsverstoß auch darin erblicken, dass der Bekl – wie er selbst vorbringt – die Beratungstätigkeit schon am 30. 11. 2016 erbracht hat, der Alleinvermittlungsauftrag aber erst am 1. 12. 2017 erteilt wurde, und dieser seine ursprüngliche Kaufpreiseinschätzung (trotz steigender Immobilienpreise, s Häuserpreisindex der Statistik Austria) offenbar nicht adaptiert hat.

Das dargestellte Ergebnis zum Sorgfaltsverstoß schränkt der OGH allerdings scheinbar ein, indem er festhält, „*dass bestimmte Abweichungen für sich genommen noch keinen Sorgfaltsverstoß darstellen*“. Folgt – e contrario – daraus, dass ein Wert außerhalb der Bandbreite für sich genommen doch einen eigenständigen Sorgfaltsverstoß darstellt? ME ist das abzulehnen, einerseits, da es (wie auch der OGH durch die anerkannte Schwankungsbreite zugesteht) Beurteilungsgegenstände gibt, die sich einer exakten Beurteilung entziehen (so schon *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten [1983] 45), weil es bei Verkehrswertermittlungen immer um Prognoseentscheidungen geht. Das ist auch schon der Definition des Verkehrswerts in § 2 Abs 2 LBG immanent, da es um den Preis geht, der *üblicherweise* im *redlichen Geschäftsverkehr* erzielt werden kann. Überdies kann es den Verkehrswert erheblich beeinflussende Umstände geben, die vom Makler selbst bei sorgfältigem Vorgehen nicht erkannt oder erhoben werden müssen (vgl 4 Ob 186/10x immolex 2011/52; *Lassing-leithner*, Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers über das Vorliegen baubehördlicher Bewilligungen, immolex 2019, 361). Wenn der Immobilienmakler den Verkehrswert methodisch richtig und unter Berücksichtigung des Immobilienmarkts ermittelt, sollte er nicht haften, selbst wenn seine Prognose nicht standhält (zum Sachverständigengutachten s 5 Ob 131/16z MietSlg 68.190), wobei bei derartig hohen Abweichungen eine methodische Schwäche oder unvollständige Informationsbasis wohl indiziert ist. Es ist daher zusätzlich zur Abweichung auch sorgfaltswidriges Vorgehen erforderlich.

Ob durch das Argument, dass eine Wertermittlung von 15% unter dem Verkehrswert jedenfalls zutreffend sei, tatsächlich ein Anreiz für den Makler geschaffen wird, den Verkehrswert möglichst niedrig anzusetzen, sei dahingestellt: Die Provision des Immobilienmaklers richtet sich nämlich prozentual nach dem vereinbarten Kaufpreis und den vom Käufer übernommenen Verpflichtungen (§ 16 Abs 1 Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler BGBl 1996/297 idF BGBl II 2010/268; üblicherweise 3%, s § 15 Abs 2 leg cit). Der Immobilienmakler hat somit auch einen (gegenläufigen) Anreiz, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Im konkreten Fall hätten vom Immobilienmakler (bei 3% Provision, nur vom Käufer) bei Ansatz des vom ErstG ermittelten Verkehrswertes rund € 7.500,- zzgl USt an Mehr-Provision erzielt werden können. Dieses Argument überzeugt daher nicht und werden sich in der Praxis Bedürfnis nach schneller Vermarktung und möglichst hohem Kaufpreis üblicherweise die Waage halten, was ja auch seiner (üblichen) Doppeltätigkeit (vgl *Limberg* in GeKo Wohnrecht II § 3 MaklerG Rz 13) entspricht.

Mag. **Valentin Plank** ist Jurist im Bereich Liegenschaftsrecht und Liegenschaftsbewertung.