

Doppelmaklertätigkeit – Regulierung und Praxis

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Science“

eingereicht bei
Prof. (FH) Dr. Margret Funk, MRICS, CIPS

Mag. Felix Zekely

9406927

Wien, März 2012

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. FELIX ZEKELY**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "DOPPELMAKLERTÄTIGKEIT - REGULIERUNG UND PRAXIS", 65 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 19.03.2012

Unterschrift

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
1.1 Motivation	1
1.2 Hypothese, Aufbau und Methodik	4
2. Diskussion der Problemstellung und Analyse der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen	6
2.1 Analyse der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen	6
2.2 Die Tätigkeit des Maklers	8
2.3 Der Provisionsanspruch und Marktpraxis	9
2.3.1 Durchsetzung des Provisionsanspruchs gegenüber dem Dritten	10
2.3.2 Das Gemeinschaftsgeschäft	14
2.4 Diskussion der Problemstellung (Dual Agency)	16
2.4.1 Doppelvertretung innerhalb eines Unternehmens	18
2.4.2 Einfluss auf das wirtschaftliche Resultat	19
2.4.3 Honorierung des Maklers und daraus resultierende Motivation	21
3. Internationale Verhaltensrichtlinien	24
3.1 CEN – Comité Européen de Normalisation	25
3.1.1 Die Europäische Norm EN 15733	26
3.2 RICS	30
3.2.1 REABS – Real Estate Agency and Brokerage Standards	32
3.3 NAR	35
3.3.1 Code of Ethics and Standard of Practice of the NAR	36
3.4 Gegenüberstellung der Ergebnisse	39
4. Marktpraxis	41
4.1 Das amerikanische Modell	41
4.2 Die Maklerrolle in Deutschland	45
4.3 Marktpraxis in Österreich	47
4.4 Leistungsbild Mietervertretung / Vermietervertretung	48
5. Theoretische Ansätze zur ausgewogenen Interessenvertretung	51
5.1 Prinzipal-Agent-Theorie	51
5.2 Ethik und Moral im Kontext der Maklerdienstleistung	54
5.3 Management von Interessenkonflikten	58
5.4 Die Rolle der Reputation	60

6. Schlussfolgerung	62
Kurzfassung.....	65
Literaturverzeichnis.....	i

1. Einleitung

Unter Doppelmaklertätigkeit versteht man die Vertretung von Mieter- und Vermieter- (bzw. Käufer- und Verkäufer-)interessen¹ durch ein und denselben Makler im Rahmen einer Transaktion. Diese Rolle führt letztendlich unvermeidbar zu Interessenkonflikten – auch als „Dual Agency Dilemma“ bezeichnet. In einigen europäischen Ländern – wie in Österreich – ist die Vertretung von Mieter- und Vermieterinteressen im Gewerbeimmobilienbereich durch ein und denselben Makler nicht nur nicht gesetzlich unterbunden, sondern durchwegs Praxis. Dieser Umstand stößt im Rahmen von Diskussionen mit internationalen Marktteilnehmern, primär aus dem angelsächsischen Raum, auf grundlegendes Unverständnis.

1.1 Motivation

Die Motivation zur Diskussion des Themas liegt darin begründet, dass der Eindruck gewonnen werden kann, im Rahmen der österreichischen gesetzlichen Regulierung der Immobilienmaklertätigkeit werde dem gerechtfertigten und notwendigen Transparenzanspruch gegenüber der vertretenen Partei hinsichtlich der vollständigen Offenlegung möglicher Interessenkonflikte derzeit nicht Genüge getan.

Die Diskussion soll sich auf den Gewerbeimmobilienbereich beschränken, und es soll der Wohnungsmarkt bzw. die Vermittlung an Konsumenten im Sinne des KSchG im Rahmen dieser Arbeit ausgeblendet werden. Hinsichtlich der ausführlichen Behandlung des Themas vor dem Hintergrund des Verbrauchergeschäftes, wird an dieser Stelle auf die Publikation von Dr. Hans Peter Lehofer, *„Immobilienmakler: Provisionen und Doppeltätigkeit im europäischen*

¹ Anmerkung: Die Bezeichnung „Abgeber“, „Verkäufer“ bezieht sich in Folge auf die Partei, die ein Recht (Eigentumsrecht, Nutzungsrecht o.ä.) an einer Immobilie oder einem Immobilienanteil verkaufen oder vermieten will. „Käufer“ bzw. „Interessent“ ist die Partei, die ein solches Recht erwerben will und ist somit – abhängig von der Natur des Transfers des Rechts – mit „Mieter“ im jeweiligen Kontext gleichzusetzen.

*Vergleich*² herausgegeben von der Kammer für Arbeiter und Angestellte im Jahr 1998, verwiesen.

Die Arbeit beschränkt sich auf den Gewerbeimmobilienbereich weil die Relevanz des Themas des Transparenzanspruches aufgrund der Erwartungshaltung von Abgeber und Interessent hinsichtlich einseitiger, gewissenhafter Interessenvertretung und der Ablehnung der Vermittlerrolle mit zweiseitigem Provisionsanspruch wesentlich ausgeprägter ist. Die hängt auch mit der Höhe der Transaktionsvolumen zusammen.

Weiters ist auf den wesentlichen Faktor abzustellen, dass sich Transaktionen im Gewerbeimmobilienmarkt immer an Opportunitätskosten, respektive an Renditeerwartungen orientieren, und sich die Rolle des Maklers in diesem Umfeld substantiell von dem eines Makler im Wohnungsmarkt unterscheidet.

Im Gewerbeimmobilienmarkt trifft eine geringe Anzahl an gut vorinformierten Vermietern, Mietern, Käufern und Verkäufern aufeinander, im Wohnungsmarkt eine Vielzahl von vergleichsweise schlecht informierter Käufern und Verkäufern.

Im Bereich der Gewerbeimmobilien werden vergleichsweise weniger Transaktionen beobachtet. Es handelt sich um einen Markt, in dem sehr wenige, auf den Bereich spezialisierte Makler tätig sind, die einander und auch die weiteren Marktteilnehmer kennen. Der Markt für Gewerbeimmobilien ist transparenter bzw. weniger informationsasymmetrisch, und Entscheidungen werden auf Basis von mehr oder minder standardisierten Verfahren getroffen.³

Mit der „Änderung der Verordnung über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler“, Bundesgesetzblatt 268/2010, trat eine nicht unerhebliche Änderung der IMV in Kraft, über die eine breite öffentliche Diskussion weitestgehend ausblieb: Es wurden die §§19-21 IMV insofern abgeändert, dass nunmehr eine gesetzliche Differenzierung hinsichtlich der „Vergütung bei der Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume“⁴ und „Vergütung bei der

² Lehofer (1998)

³ vgl. Hardine et. al. (2009)

⁴ vgl. §19 IMV, vor Inkrafttreten der Änderung „Vermittlung von Bestandverträgen“

Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“⁵ getroffen wurde.

Die Höchstprovisionsgrenzen wurden hinsichtlich der Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser um rund 30% reduziert, wohingegen bei der Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume keine Änderungen betreffend der Höchstprovisionen getroffen wurden.

Die Änderung ist insofern interessant, als dass die Vermittlung von Geschäftsräumen – somit Büroflächen, Handelsflächen, Lager- und Logistikflächen u.ä. – klar abgegrenzt wurde. Ob dies als Tendenz zu generellem Deregulierungsbedürfnis im Bereich der Immobilienvermittlung (und Immobilienberatung) außerhalb des KSchG zu werten ist, bleibt offen.

In Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage zu den Änderungen führt das zuständige Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend unter Minister Mitterlehner wie folgt zum Thema der einseitigen Provisionierung aus:

„Der Immobilienmakler kann nach der derzeit im Maklergesetz vorgesehenen Rechtslage sowohl mit dem Abgeber als auch dem Mieter bzw. Käufer der Immobilie eine Provision vereinbaren. Ein anderes Modell würde für die Zahlung jenen Partner des Geschäfts heranziehen, der die Leistung des Maklers konkret nachfragt. Bei einem Verkaufsauftrag könnte dies der Vermieter bzw. Verkäufer, bei einem Auftrag, eine Wohnung zu suchen, der Mieter bzw. Käufer sein. Dieser Vorschlag ist diskussionswürdig.“⁶

Wenngleich die Formulierung auf den Wohnungsmarkt abzielt und etwas unscharf getroffen ist – letztendlich fragen ja im Modell der Doppelvertretung beide Parteien die Leistung des Maklers konkret nach und schließen mit ihm jeweils einen gesonderten Maklervertrag – zeichnet sich durch die Beurteilung der Trennung der Interessenvertretung als „diskussionswürdig“ doch ein gewisses Umdenken ab.

⁵ vgl. §20 IMV, vor Inkrafttreten der Änderung „Vermittlung befristeter Mietverhältnisse“

⁶ BMWFJ (2010): Beantwortung einer Anfrage

Die Befragung von 450 Mitglieder durch den Österreichischen Verband der Immobilientreuhänder ÖVI im Sommer 2010, ergab von Seite der Verbandsmitglieder keine eindeutig interpretierbare Linie. Es wurde u.a. die Frage gestellt, ob es zu bevorzugen wäre, wenn die Doppelmaklereigenschaft nicht mehr zulässig wäre. Die Kompensation dafür wäre die Aufhebung der Höchstprovisionssätze.

Etwa die Hälfte der Befragten sprach sich für die Einzelvertretung (und keine Regelung von Höchstprovisionen) aus, die andere Hälfte für eine Aufrechterhaltung der derzeitigen Regelung.⁷

1.2 Hypothese, Aufbau und Methodik

Im Rahmen dieser Arbeit soll die Fragestellung bearbeitet werden, ob die Doppelmaklertätigkeit in Einklang mit nationalen und internationalen Standesregeln und Verhaltenskodizes zu bringen ist.

Ziel der Arbeit ist die Verifizierung bzw. Falsifizierung folgender These:

„Die fehlende gesetzliche Offenlegungs- und Informationspflicht im Falle der Doppelvertretung am Gewerbeimmobilienmarkt ist nicht mit international geltenden Verhaltensstandards auf den Immobilienmärkten vereinbar.“

Zunächst soll die Tätigkeit des Maklers bzw. des Immobilienmaklers definiert und der nationale rechtliche Rahmen beschrieben werden.

Es erfolgt ein Abgleich der provisions- bzw. honorarauslösenden Umstände und die Diskussion, ob das Argument der Vermittlungsprovisionsteilung zwischen Vermieter und Mieter in Folge Relevanz besitzt, oder ob hier eine grundlegende Diskrepanz zum Verständnis eines Honorars für die Interessenvertretung einer Partei vorliegt.

⁷ Gespräch mit MMag. Anton Holzapfel, Geschäftsführer des ÖVI, Österreichischer Verband der Immobilientreuhänder, am 20. Februar 2012

In Folge widmet sich die Arbeit der Beschreibung des „Dual Agency Dilemmas“ und der auftretenden Interessenkonflikte.

Im Anschluss sollen die Regelungen durch die ÖNORM EN 15733 geprüft werden. Diese sollen dann den Vorgaben an die Mitglieder amerikanischen NAR, der „National Association of Realtors“⁸ sowie an die Mitglieder der RICS, der „Royal Institution of Chartered Surveyors“⁹, gegenübergestellt werden. Es soll diskutiert werden, welche Ansätze die Verbandsempfehlungen im Hinblick auf durch Doppelvertretung entstehende Interessenkonflikte wählen.

Ob Interessenkonflikte durch Transparenz und Offenlegung gegenüber den Parteien alleine sinnvoll gehandhabt werden können, welche Rolle die Form des Auftragsverhältnisses (und Honorierungssystems), der Implementierung von Managementsystemen und Organisationsstrukturen (Trennung von Vermieter- und Mieterinteressenvertretung innerhalb einer Organisation, Qualitätsmanagement) bei der Vermeidung bzw. dem Management von Interessenkonflikten spielen, und welchen Beitrag gesetzliche Regulierung bzw. Deregulierung haben kann, soll in Folge erläutert werden.

In die Arbeit soll auch die Praxis aus weiteren Ländern einfließen, um zu prüfen, ob sich auf Basis des Entwicklungsgrades des jeweiligen Gewerbeimmobilienmarktes Rückschlüsse auf die Maklerpraxis ziehen lassen.

Bei vorliegender Arbeit handelt es sich um eine Literaturarbeit.

⁸ siehe NAR (2008): Field Guide

⁹ siehe RICS (2011): Die RICS weltweit

2. Diskussion der Problemstellung und Analyse der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage über das Maklergesetz von 1996¹⁰ wird wie folgt ausgeführt:

„Wie bisher ist beim Zivilmakler die Doppeltätigkeit nur bei ausdrücklicher Einwilligung des Auftraggebers zulässig, dem abweichenden Geschäftsgebrauch bei Immobilienmaklern wurde aber Rechnung getragen. [...] Da die Doppelmaklerei Kollisionsprobleme aufwerfen kann, werden durch Aufklärungspflichten möglichst klare Verhältnisse geschaffen. Jeder Auftraggeber soll wissen, ob und in welchem Zeitpunkt der von ihm beauftragte Makler als Doppelmakler tätig ist.“¹¹

Der Immobilienmakler ist Zivilmakler – dies im Gegensatz zum Handelsmakler. Immobilienmakler dürfen (wie Handelsmakler auch) gesetzlich als Doppelmakler tätig sein, beim Immobilienmakler ging der Gesetzgeber aber im Gegensatz zum Handelsmakler davon aus, dass dieser gemäß gängiger Geschäftspraxis grundsätzlich als Doppelmakler tätig ist und auch der jeweilige Auftraggeber davon ausgehen müsse.

Der Immobilienmakler muss somit diese Doppeltätigkeit nicht offenlegen, vielmehr muss er den Dritten nur ausdrücklich darauf aufmerksam machen, wenn er als einseitiger Interessensvertreter auftritt.¹²

2.1 Analyse der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Maklertätigkeit im Gewerbeimmobilienbereich in Österreich werden durch das „Bundesgesetz über die

¹⁰ 2 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP– in der Folge 2 BlgNR20

¹¹ 2 BlgNR 20 S. 13, Abs. 4

¹² vgl. 2 BlgNR 20 S 13, Abs. 5

Rechtsverhältnisse der Makler (und über Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes)“, BGBl 1996/262 – kurz Maklergesetz, und die Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler, BGBl 1996/297 idF BGBl II 268/2010 – kurz Immobilienmaklerverordnung bzw. IMV – gesetzt.

Die für die Beurteilung des zu behandelnden Themas relevanten Regelungen lassen sich wie folgt schlüssig zusammenfassen:

§3 (1) Maklergesetz: „Der Makler hat die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Dies gilt auch, wenn er zugleich für den Dritten tätig ist.“

§5 (1) Maklergesetz: „Der Makler darf ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers nicht zugleich für den Dritten tätig werden, oder von diesem eine Belohnung annehmen, wenn nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.“

§5 (2) Maklergesetz: „Bei Zuwiderhandeln kann der Auftraggeber vom Makler die Herausgabe der unrechtmäßig empfangenen Belohnung und den Ersatz des diesen Betrag übersteigenden Schadens verlangen. [...]“

§5 (3) Maklergesetz: „Sobald der Makler als Doppelmakler tätig wird, hat er dies beiden Auftraggebern mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht entfällt, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist.“

§17 Maklergesetz: „Wird der Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen.“

§7 (1) IMV: „Immobilienmakler sind zur Verschwiegenheit über alle ihnen im Rahmen ihrer Berufsausübung bekanntgewordenen Tatsachen verpflichtet. [...]“

§7 (2) IMV: „Die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht nicht, soweit den Immobilienmakler gegenüber dem Auftraggeber Beratungs- und Aufklärungspflichten treffen oder dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben sind. [...]“

§12 (1) IMV: „Wird mit dem Auftraggeber eine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf die Provision oder sonstige Vergütung die sich aus den Abs 2 bis 4 und aus den §§15 bis 27 ergebenden Höchstbeträge nicht übersteigen. Wird auch mit dem anderen Auftraggeber eine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart, so darf auch diese den jeweils festgelegten Höchstbetrag nicht übersteigen. [...]“

§12 (2) IMV: „Die mit dem Auftraggeber vereinbarte Provision oder sonstige Vergütung darf den zulässigen Höchstbetrag bis zu 100 Prozent überschreiten, sofern mit dem anderen Teil keine Provision oder sonstige Vergütung vereinbart wird. [...]“

2.2 Die Tätigkeit des Maklers

Der Maklerbegriff wird in §1 MaklerG definiert und besagt, dass „Makler ist, wer aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein“. §16 Abs. 1 MaklerG besagt, dass „Immobilienmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt.“

Hervorzuheben ist im Rahmen der vorliegenden Diskussion die Definition der Tätigkeit als „*Vermitteln*“. Fromherz kommentiert dazu, dass der Begriff als bekannt vorausgesetzt wird bzw. seine Umschreibung bewusst unterlassen wurde. Er leitet aber als Untergrenze für das verdienstliche tätig werden die Namhaftmachung (oder Nachweis) eines Dritten ab – die gemäß §6 Abs 2 MaklerG keinen Provisionsanspruch begründet, außer es liegt für einen Geschäftszweig ein abweichender Geschäftsgebrauch vor.¹³ Dieser abweichende Geschäftsgebrauch besteht aber gemäß Regierungsvorlage/Erläuterungen zum Maklergesetz von 1996 „derzeit bei den Immobilienmaklern“¹⁴.

Solange somit nicht die Tätigkeit des Immobilienmaklers umfasst ist, scheint auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum Maklergesetz von 1996 ein höherer Anspruch an die Definition der Vermittlungstätigkeit gesetzt zu werden:

¹³ Fromherz (1997): MaklerG – Kommentar, S.6, Pkt. 6ff.

¹⁴ 2 BlgNR 20, S 15, Abs. 7

„Selbstverständlich ist, dass der Begriff „vermitteln“ hier bedeutet, zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen. [...] Von einer verdienstlichen und damit provisionspflichtigen Vermittlungstätigkeit ist also jedenfalls mehr zu fordern als der bloße Nachweis einer Geschäftsgelegenheit durch Benennung des Geschäftsgegenstands und des potentiellen Vertragspartners. Vermitteln bedeutet in der Regel ein Verhandeln mit beiden Seiten, um das vom Auftraggeber beabsichtigte Geschäft herbeizuführen. Es wird des Öfteren vorkommen, dass eine Art Verhandlungstätigkeit mit dem Auftraggeber bereits im Zuge der Auftragserteilung erfolgt indem zum Beispiel der Makler überhöhte Preisvorstellungen [...] korrigiert“¹⁵

Knittl/Holzapfel grenzen die Beratungstätigkeit bei der Beantwortung der Frage, ob diese unter das MaklerG fällt, insofern ab, dass die Beantwortung zu bejahen wäre, wenn die Beratungstätigkeit als Teiltätigkeit der Vermittlungstätigkeit z.B. als Vorleistung erbracht wird.¹⁶

2.3 Der Provisionsanspruch und Marktpraxis

Grundlage des Provisionsanspruches ist der Maklervertrag, ein grundsätzlich entgeltlicher Vertrag, mit dem Auftraggeber. Es bestehen außerhalb des Geltungsbereiches des KSchG keine Formvorschriften, der Vertrag kann durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen ausdrücklich - aber auch schlüssig - zustande kommen. Durch den Vertrag werden Schutz- und Sorgfaltspflichten ausgelöst, der Provisionsanspruch entsteht gemäß §6 (1) MaklerG „mit Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes durch vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten“.

Hinsichtlich des Maklervertrages kann somit zwischen dem abgeberseitigen Alleinvermittlungs- oder schlichten Vermittlungsauftrag bzw. auf Interessentenseite zwischen Alleinsuch- bzw. schlichten (Such-) Auftrag unterschieden werden.

¹⁵ 2 BlgNR 20, S 15, Abs. 7

¹⁶ Knittl/Holzapfel (2011): Maklerrecht Österreich, S. 37 Abs. 2

Die Zusammenarbeit eines (alleinbeauftragten) Verkäufersvertreter mit einem (alleinbeauftragten) Käufervertreter, wobei vereinbart wird, dass jede Seite von ihrem Auftraggeber honoriert wird, ist sicherlich die transparenteste Form der Maklertätigkeit. Jede Seite hat einen Interessensvertreter mandatiert, mit ihm eine Honorarvereinbarung getroffen, und somit nahezu jegliches Potenzial eines Interessenkonfliktes ausgeschaltet. Die verbleibenden Risiken sind von moralischem Charakter.

Die Frage der Honorierung ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht die wesentlichste, es kann durchaus im Rahmen von Verhandlungen vereinbart werden, dass die Provisionen für den eigenen Makler von der anderen Partei bezahlt werden. Die primäre Honorarvereinbarung sollte jedoch mit dem eigenen Auftraggeber zum Zeitpunkt des Abschlusses des Auftrags getroffen werden, um Transparenz hinsichtlich Höhe und Konditionen zu schaffen.

2.3.1 Durchsetzung des Provisionsanspruchs gegenüber dem Dritten

Gemäß Fromherz ist ein Provisionsanspruch gegenüber dem Dritten nur unter der Voraussetzung durchsetzbar, dass der Makler eindeutig zu erkennen gibt, dass er einen weiteren (entgeltlichen) Maklervertrag schließen will. Ein schlüssiger Maklervertrag sei nur anzunehmen, wenn der Makler ausdrücklich zu erkennen gebe, dass er auch vom Dritten eine Provision fordert, und der Dritte danach die Tätigkeit des Maklers in Anspruch nimmt, ohne dem Provisionsbegehren zu widersprechen.¹⁷

Es ist zu hinterfragen, ob ein Ausbleiben eines Hinweises gemäß §17 MaklerG bereits eine schlüssige Vereinbarung mit dem Dritten, und somit ein Auftragsverhältnis begründet, da der Dritte davon ausgehen muss, dass der Makler als Doppelmakler tätig ist, wenn er nicht auf dem Umstand der Einzelvertretung (seines bisherigen Auftraggebers) hinweist. Dem wird jedoch widersprochen, das Unterbleiben des Hinweises ersetzt keineswegs den Vertragsabschluss mit dem Dritten.¹⁸

¹⁷ vgl. Fromherz (1997): MaklerG – Kommentar, S17f.

¹⁸ vgl. Lehofer (1998): Immobilienmakler, S 17 Abs. 4

Für den schlüssigen Vertragsabschluss ist es nach §863 ABGB notwendig, dass für den Empfänger – in dem Fall der Makler – mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund bleibt, am Willen des Erklärenden zu zweifeln.¹⁹ Es stellt sich hier lediglich die Frage, was den Makler motivieren sollte über potenzielle Umstände längere Überlegungen anzustellen. Es ist im Rahmen seiner persönlichen Nutzenmaximierung sein Ziel, ein Auftragsverhältnis und einen Provisionsanspruch zustande kommen zu lassen.

In einer unperfekten Situation beobachten wir somit einen Makler, der Interesse hat, ein schlüssiges Auftragsverhältnis zustande kommen zu lassen und ein Unternehmen, das z.B. Flächen sucht und nicht im Detail mit den Regelungen des MaklerG und des IMV vertraut ist, vielmehr die Ansicht vertritt, unternehmerischem Grundverständnis zu folgen. Die Rolle als Doppelmakler wird zunächst bis zur Erstbesichtigung nicht offengelegt, um das Zustandekommen nicht zu riskieren. Sobald Interesse des Auftraggebers auf Mieterseite spürbar wird, der auf Basis der Inanspruchnahme der Dienstleistung schlüssig ein Vertragsverhältnis eingegangen ist, gibt der Makler die Doppelmaklerrolle bekannt.

Die Motivation aus der (grundsätzlich ja nicht notwendigen) Offenlegung könnte aus der dadurch ausgelösten Pflichtenreduktion auf Basis der erlaubten Doppeltätigkeit begründet sein und weniger aus dem persönlichen Anspruch, transparent zu handeln. Er hat nunmehr als unparteiischer Mittler dem Interessenausgleich zu dienen.

Ebenso kann es nicht im Interesse des Erstauftraggebers sein, da eine „ausschließliche Interessenwahrung für den Erstauftraggeber somit wegen der gegenüber dem (potenziellen) Zweitauftraggeber zu wahren (vorvertraglichen) Pflichten auch während der Phase auch bis zum Abschluss eines weiteren Maklervertrages nicht möglich ist.“²⁰ Das bedeutet, dass alleine die Intention des Maklers, bei einem Vermittlungsauftrag auch einen Auftrag mit der zweiten Partei zu schließen, bereits die Aufklärungspflichten gegenüber dem Erstauftraggeber schmälern.

¹⁹ vgl. Fromherz (1997): S. 16

²⁰ vgl. Fromherz (1997): S. 52

Fromherz spricht in diesem Zusammenhang von einer dreistufigen Gliederung des Pflichtenkataloges: Die volle Interessenwahrung kann nur dort in Frage kommen, wo Doppelmaklertätigkeit unzulässig ist. Sobald sie zulässig ist, ergibt sich eine erhebliche Reduktion der Pflichten auf Seiten des Maklers, bereits bei Abschluss des ersten Maklervertrages. Durch den Abschluss des zweiten Maklervertrages werden die Pflichten weiter gemindert, aber nicht mehr in so erheblichem Maß.²¹

Lehofer argumentiert, dass „entgegen den Erläuterungen zur Regierungsvorlage“²² die Mitteilungspflicht gegenüber dem Auftraggeber hinsichtlich der Tätigkeit des Maklers als Doppelmakler auch bei Immobilienmaklern in Österreich in der Regel nicht entfallen wird.

„Dass Immobilienmakler gemäß Geschäftsgebrauch ohne Zustimmung des (ersten) Auftraggebers als Doppelmakler tätig werden können, bedeutet nämlich noch nicht, dass sie es auch im Einzelfall tun werden und dass insbesondere der Dritte (der Interessent für das zu vermittelnde Geschäft) bereit sein wird, einen Maklervertrag abzuschließen“²³.

Die Frage, die sich hier stellt, ist, ob der benannte Dritte überhaupt in vollem Bewusstsein über die wirtschaftliche Konsequenz (z.B. der mit der Verdienstlichkeit verbundenen Provisionszahlung) den Maklervertrag abschließt. Es ist kritisch zu hinterfragen, ob – selbst außerhalb des Verbrauchergeschäftes – das schlüssige Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses auf Basis der Übermittlung eines Objektexposés mit Verweis auf die Maklereigenschaft und allgemeine Geschäftsbedingungen des Maklers angemessen ist, wenn der Interessent nicht widerspricht und zum Ausdruck bringt, dass er an einer provisionspflichtigen Dienstleistung durch den Makler nicht interessiert ist.

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen, die durch MaklerG und IMV vorgegeben werden, sind speziell. Und es ist wahrscheinlich, dass ein Unternehmer, der keine Rechtsberatung einholt, bevor er Objektinformationen vom Makler einholt, „unbewusst“ ein schlüssiges Auftragsverhältnis mit einem Makler eingeht. Dass sich

²¹ vgl. Fromherz (1997): S15

²² vgl. Lehofner (1998): Immobilienmakler; S. 16 Abs. 4

²³ Lehofner (1998): Immobilienmakler; S. 16 Abs.4

ein potenzieller Gewerbeflächensuchender zunächst selbst mit MaklerG und IMV auseinandersetzt, ist mehr als unwahrscheinlich.

Ob nun der Unternehmer, der Maklerdienstleistungen in Anspruch nimmt, grundsätzlich „schutzwürdig“ ist, wenn er sich nicht mit den Regelungen des MaklerG und IMV auseinandersetzt, ist sicherlich diskussionswürdig und in Frage zu stellen.

Es kann im Fall der Doppelmakerei auch Unentgeltlichkeit mit einem Auftraggeber vereinbart werden, in der Regierungsvorlage zum Maklergesetz von 1996 wird - auch unter Bezugnahme auf jeweilige Angebot- und Nachfragesituationen am Immobilienmarkt – ausgeführt, dass es wirtschaftlich gesehen für den Gesamtpreis nicht entscheidend ist, wer die Maklerprovision zu zahlen hat.²⁴

Der Argumentation kann nur bedingt gefolgt werden. Es wird nachweisbar sein, dass in einem Käufer- bzw. Mietermarkt – in einer Marktsituation wo das Angebot die Nachfrage bei weitem übersteigt – der Vermieter bzw. Verkäufer eher einem Provisionsbegehren folgen wird als der Käufer- bzw. Mieter. Dieser Marktmechanismus verhält sich umgekehrt in einem Verkäufer- bzw. Vermietermarkt.

Es wird aber bei der Argumentation in keiner Weise die jeweilige Provisionshöhe berücksichtigt. Somit kann für den Gesamtpreis durchaus entscheidend sein, ob die gesetzliche Höchstprovision von beiden Seiten generiert wird bzw. bei welcher Höhe die Gesamtprovision mit dem jeweiligen Auftraggeber vereinbart wird – die ja durchaus auch Verhandlungsgegenstand sein kann.

Mit jedem Auftraggeber kann eine Provision bis zu den Höchstbeträgen gemäß §12 IMV bzw. §§15 bis 27 vereinbart werden, bzw. darf die Höchstprovision den zulässigen Wert um 100% übersteigen, wenn mit dem anderen Teil keine Provisionszahlung vereinbart wird. Dies ist relevant und auch diskussionswürdig, da damit die Möglichkeit geboten wird, mit Auftraggebern Regelungen zu treffen, die eine Provisionsüberwälzung darstellen.

²⁴ vgl. 2 BlgNR 20, S. 15 Abs. 6

Somit könnten von Abgeberseite durchwegs höhere Vermarktungskosten bzw. Provisionszahlungen in der Entwickler- bzw. Eigentümerkalkulation berücksichtigt werden, wobei im Gegenzug bei der Maklerbeauftragung der Anspruch gestellt werden könnte, die Vermittlungstätigkeit provisionsfrei für den Mieter bzw. Käufer durchzuführen.

Im umgekehrten Fall könnte somit auch ein Maklervertrag zwischen Makler und Abgeber geschlossen werden, in dem vereinbart wird, dass die Provision von Mieter- bzw. Käuferseite getragen werden muss.

Grundsätzlich muss hier zusätzlich auch auf die Regelung des §5 IMV Z6 hingewiesen werden, der die unentgeltliche Durchführung von Vermittlungen oder die Vermittlung zu Provisionen, die der ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsführung widersprechen als unredlich klassifiziert.

„Es ist jedoch zulässig, wenn der Makler für seine zur Provisionszahlung verpflichteten Auftraggeber nach Interessenten sucht und diese aus sachlich gerechtfertigten Gründen einen provisionsfreien Abschluss mit seinem Auftraggeber anbietet. Ist der Immobilienmakler bereits für einen Auftraggeber tätig, der sich zur Provisionszahlung verpflichtet hat, kann er den anderen Auftraggeber provisionsfrei stellen.“²⁵

2.3.2 Das Gemeinschaftsgeschäft

Ein wesentliches Instrument im Rahmen der Maklertätigkeit ist die Zusammenarbeit eines Maklers mit weiteren Maklern, die in Form von Gemeinschaftsgeschäften geschieht.

Ein Abgebervertreter und ein Vertreter des Interessenten regeln im Rahmen der Vereinbarung zum Gemeinschaftsgeschäft die wirtschaftlichen Parameter der Zusammenarbeit, wobei primär die Honorierung zu vereinbaren ist.

In der Regel werden Vereinbarungen getroffen, die eine Provisionsteilung der Gesamtprovision bzw. alternativ eine Provisionstrennung – jede Seite wird von der

²⁵ Knittl/Holzapfel (2011): S. 233

von ihr vertretenen Partei honoriert – vorsehen. Im ersten Fall wird vom Gemeinschaftsgeschäft auf a-metá Basis gesprochen, die Gesamtprovision wird zu gleichen Teilen (eben a-metá) bzw. auch in einem zu vereinbarenden Schlüssel aufgeteilt.

Das MaklerG sieht keine Regelungen zum Gemeinschaftsgeschäft vor, es besteht Vertragsfreiheit. Wird außer der Provisionsteilung nichts weiter vereinbart, gelten die Bestimmungen des ABGB, der ImmobilienmaklerVO und die „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler“. Die „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler“ des Fachverbandes der Immobilien- und Vermögenstreuhänder unterliegen gerade zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Arbeit einer Neuformulierung.

Im Rahmen der ImmobilienmaklerVO werden in §5 IMV die Verhältnisse zwischen den Berufsangehörigen geregelt, wobei hier auf die Regelungen hinsichtlich der ausschließlichen Zusammenarbeit mit befugten Personen, Verbot der direkten Kontaktaufnahme mit dem Auftraggeber des Kollegen, Informationspflicht gegenüber dem Kollegen und Kundenschutzregelungen hinzuweisen ist.²⁶

Die „Besonderen Standesregeln für Immobilienmakler“ geben die „Usancen“ des redlichen Geschäftsverkehrs im Immobilienmaklergewerbe wieder und gelten als Ergänzung zu Maklergesetz und ImmobilienmaklerVO. Sie gelten als Empfehlung, haben keinen Gesetzescharakter, aber dennoch nach ständiger Rechtsprechung „die Wirkung eines kodifizierten Sachverständigengutachtens. Sie wird im Streitfall als Beurteilungsgrundlage dafür heranzuziehen sein, wie sich redliche Immobilienmakler im Geschäftsverkehr normalerweise verhalten.“²⁷

Hinsichtlich der Provisionsteilung ist hier hervorzuheben, dass jeder der beteiligten Makler die mit seinem Auftraggeber vereinbarte Provision erhält, wenn keine schriftliche Provisionsvereinbarung getroffen wurde. Für den Fall der Vereinbarung der Teilung der Gesamtprovision ist der Makler verpflichtet, die Provisionshöhe dem Kollegen mitzuteilen. Der Makler hat dem Kollegen bekannt zu geben, wenn er mit

²⁶ vgl. Knittl/Holzapfel (2011): S. 183

²⁷ Knittl/Holzapfel (2011): S. 184

dem Auftraggeber eine Vereinbarung geschlossen hat, dass der Käufer keine oder nur eine geringere als die Höchstprovision zu zahlen hat.²⁸

2.4 Diskussion der Problemstellung (Dual Agency)

Immobilienmärkte können als intransparent bezeichnet werden, da die zur Beurteilung bzw. Bewertung einer Immobilie notwendigen Informationen in den meisten Fällen den Marktteilnehmern nicht zugänglich sind.

Diese Intransparenz ist darauf zurückzuführen, dass die Transaktionen komplex, die Daten aufgrund der Inhomogenität der Produkte schwer vergleichbar, verfügbare Informationen unvollständig und teuer einzuholen sind – die dann wiederum aufgrund der Heterogenität der Objekte bzw. Produkte nur eingeschränkt nutzbar sind.

Unter solchen Marktbedingungen – in denen Verkäufer und Käufer Entscheidungen nicht aufgrund von fundierten Daten basieren lassen können, und der Markt nicht Angebot und Nachfrage auf Basis von knappen Ressourcen und nachgefragter Nutzung zusammenführt – entsteht die Nachfrage nach Intermediation und nach Mediatoren bzw. Maklern. Der Makler nutzt die Skaleneffekte aus den Kosten der Informationsbeschaffung, ihm entstehen geringere Informationskosten und er kann Ressourcen effizienter nutzen.²⁹

Hohe Informationskosten und asymmetrische Informationen unter Marktteilnehmern können Grundlage für Regulierungsbedarf bzw. Intervention von Seiten des Gesetzgebers auslösen – bzw. auch den Bedarf nach Regulierung des Dienstleistungsmarktes in diesem Segment und Zertifizierung der Intermediatoren begründen.

Im Rahmen jeder Immobilientransaktion ist sowohl auf Käufer- als auch Verkäuferseite eine Vielzahl strategischer Entscheidungen zu treffen.

²⁸ vgl. WKO (2003): S. 1, Abs. 5

²⁹ vgl. Marsh / Zumpano (1988)

Der Verkäufer muss zunächst die Kaufpreisvorstellung festlegen, wobei er dies natürlich in einem Umfeld unvollständiger Information tun muss. Er kann diesen Preis auf Basis von Vergleichswerten festlegen, die wiederum auf Basis vergleichbarer Transaktionen generiert wurden. Und es können Auf- und Abschläge vor dem Hintergrund von z.B. veränderter Marktsituation, Veräußerungsdruck, Entwicklungs- und Wertsteigerungspotenzial o.ä. getroffen werden.

Der Verkäufer kann auf externe Sachverständige hinsichtlich der Bewertung des Verkaufsgegenstands zurückgreifen. Diese erfolgt stichtagsbezogen und kann somit den Umstand der unvollständigen Informationslage nicht vollständig kompensieren. Gegebenenfalls könnte ein verkaufswilliger Eigentümer mit einem intern festgelegten Mindestpreis (z.B. Buchwert o.ä.) das Auslangen finden, der vom Sachverständigen ermittelte Verkehrswert könnte diesen erheblich übersteigen.

Die Kaufinteressentenseite wird sich auf Basis von Marktevaluierungen – selbständig oder extern unterstützt – ein möglichst detailliertes Bild über zur Disposition stehende Optionen machen und diese – unter Zugrundelegung von Standortkriterien und Höchstkaufpreisen, die er gewillt ist zu investieren – einem qualitativen Vergleich unterziehen.

Sowohl Verkäufer- als auch Käuferseite müssen in dem Umfeld unvollständiger Information agieren, und auf Basis von eigenen – oder externe eingeholten – Einschätzungen strategische Entscheidungen treffen. Im Rahmen von Verhandlungsrunden wird die Position des Gegenübers ausgelotet, vor dem Hintergrund eines kompetitiven, letztendlich nicht vollständig transparenten Marktumfeldes, geben Käufer und Verkäufer letztens Bestgebote ab.

Der Prozess ist komplex und Yavas führt dazu wie folgt aus:

„The complex real estate transaction makes a fascinating research lab to analyze many interesting economic problems and to apply various economic models; from price theory to contract theory, from matching game to bargaining games, from market structure to the theory of the firm, from moral hazard to adverse selection problems, from agency theory to search theory, etc.”³⁰

³⁰ vgl. Yavas (2007): Introduction

Unter allen externen Dienstleistern, die im Rahmen einer Gewerbeimmobilientransaktion involviert werden – dies sind in der Regel Anwälte und Notare, Steuerberater, Makler, Architekten sowie Zivilingenieure – wird dem Makler im Gesamtprozess der größte Einfluss zuteil, da er den Auftraggeber im Idealfall über den gesamten Prozessablauf hinweg begleitet.

Letztendlich lässt sich die Fragestellung darauf reduzieren, ob die Interessen der vertretenen Partei in so einer Konstellation bestmöglich repräsentiert werden können, und ob durch den Informationszugang des Doppelmaklers zur Interessenslage der jeweils anderen Partei der bestmögliche Interessenausgleich erzielt werden kann.

Die beiden Auftraggeber haben aus der Natur des Geschäftes resultierende, divergierende Ziele, wobei der Verkäufer den höchstmöglichen und der Käufer einen niedrigen Preis erzielen will, jedoch beide Parteien an einem zeitnahen Abschluss einer Transaktion interessiert sind.

Durch die Doppelvertretung entsteht beim Makler ein Informationsvorsprung hinsichtlich des Preises welchen der Verkäufer letztendlich akzeptieren würde und des Preises, den der Käufer final bereit ist zu entrichten. Dies kann zu einem wirtschaftlichen Schaden bei einer der vertretenen Parteien führen. Andererseits kann durch diese Konstellation der Verhandlungszeitraum abgekürzt werden, und beide Parteien profitieren von einem verkürzten Verhandlungszeitraum.³¹

Die Praxis der Doppelvertretung ist anerkannt und wird in der Praxis ausgeübt. Die Ausprägungen sind sehr unterschiedlich und Dänemark stellt mit einem klaren gesetzlichen Verbot der Doppelmaklertätigkeit eine Ausnahme dar.

Das Gebot des Prinzips der Offenlegung ist aber fast überall Norm, gerade vor dem Hintergrund von Haftungs- und Schadenersatzansprüchen.

2.4.1 Doppelvertretung innerhalb eines Unternehmens

³¹ vgl. Gardiner, et. al. (2007)

Die Doppelmaklerrolle muss nicht gezwungenermaßen in ein und derselben Person vereint sein. Doppelvertretung kann auch innerhalb eines Maklerunternehmens beobachtet werden, wenn die Käuferinteressen und Verkäuferinteressen im selben Unternehmen, jedoch von verschiedenen Mitarbeitern, vertreten werden.

Die Wahrscheinlichkeit, dass dieser Fall bei größeren Immobilienberatungs- und Vermittlungsunternehmen eintritt, ist gerade im Gewerbeimmobiliensektor, vor dem Hintergrund bestehender und langfristiger Kundenbeziehungen und –verbindungen, hoch. Vertritt somit ein Makler die Vermieterinteressen und ein anderer Makler desselben Unternehmens die Mieterinteressen, dann ist dennoch von Doppelmaklertätigkeit zu sprechen.

Selbst wenn beide Mitarbeiter nach bestem Wissen und Gewissen die Interesse des jeweiligen Auftraggebers vertreten, könnte im Schadenfall (oder auch nachträglichem Streitfall zwischen den kontrahierenden Parteien im vermittelten Geschäft) die Situation eintreten, dass beide Mitarbeiter unter derselben Firmierung als Zeugen der jeweils vertretenen Partei Aussagen treffen müssen.

Die zum ehestmöglichen Zeitpunkt erfolgte, klare schriftliche Offenlegung gegenüber allen involvierten Parteien, reduziert jedenfalls die Exponierung des Maklers im Streitfall.³²

2.4.2 Einfluss auf das wirtschaftliche Resultat

Hinsichtlich des Einflusses der Doppelmaklerrolle auf das wirtschaftliche Resultat einer Transaktion, liegen primär Forschungsergebnisse aus den USA vor. Dies ist mit der Transparenz des Marktes und der Zugänglichkeit zu umfangreichem Datenmaterial aus „Multiple Listing“-Systemen zu erklären, wo Lage, Käufer- bzw. Mieterdaten und Verkäufer- bzw. Vermieterdaten und deren jeweilige Makler, Vermarktungszeitraum (Länge), Anbotspreise und letztendlich realisierte Preise etc. detailliert erfasst werden.

Eine Studie aus dem Jahr 2007 hat beispielsweise den Einfluss der Änderung der diesbezüglichen Gesetzgebung im Bundesstaat Hawaii untersucht. Im Jahr 1984

³² vgl. Mersel (1996)

wurde ein Gesetz erlassen, das die verpflichtende Offenlegung von Situationen, in denen ein Doppelvertretungsmodell eintritt, vorsieht.

Grundlage der Untersuchung war jedoch nicht der Gewerbeimmobilienmarkt, sondern der Wohnungs- bzw. Eigenheimmarkt, wobei jeweils 2.000 Transaktionen vor und nach Erlass des Gesetzes analysiert wurden:³³

- Durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Doppelvertretung ging die Anzahl der Transaktionen, in denen Käufer und Verkäufer vom selben Makler(-unternehmen) vertreten wurden, von 44% auf 28% zurück.
- Die Annahme, dass Doppelvertretung zum Schaden des Verkäufers wäre – ursprünglich die ausschlaggebende Argumentation zugunsten des Erlasses – konnte wie folgt untermauert werden: Vor dem Erlass lagen die transaktionierten Preise 8% unter dem Erstausschlagspreis, danach um 1,8%.
- Die Annahme, dass Doppelvertretung zu einer Verkürzung der Vermarktungszeit führt, konnte für Immobilien, deren Preis unter dem statistischen Mittelwert lag, bekräftigt werden.

Die Resultate sind für den Gewerbeimmobilienmarkt nicht gleich zu setzen, untermauern aber die grundsätzlichen Effekte, die mit Doppelmaklertätigkeit in Verbindung gebracht werden. Dies sind einerseits die Verkürzung der Vermarktungsdauer und andererseits ein – zumindest für einen der Auftraggeber – suboptimalen Preisfindungsprozess.

Der signifikante Rückgang der Doppelmaklertätigkeit nach Einführung der Gesetzgebung zur Offenlegung ist ein Phänomen, welches durchaus den Schluss zulässt, dass der Makler lieber von einer (verdeckten) Doppelmaklertätigkeit

³³ Gardiner et. al. (2007): The Impact of Dual Agency

absieht, als durch Offenlegung sein Vertrauensverhältnis mit dem (Haupt-) Auftraggeber zu beeinträchtigen.

2.4.3 Honorierung des Maklers und daraus resultierende Motivation

Hinsichtlich der Provisionsmodelle, die zur Anwendung kommen, unterscheiden sich die Marktpraktiken in den verschiedenen Ländern. Die Grundsätze der erfolgsabhängigen Honorierung und der prozentuellen Bemessung der Provision (ob nun Prozent des Kaufpreises oder Prozent der Jahresmiete etc.) können aber weitestgehend in allen (europäischen und nordamerikanischen) Märkten beobachtet werden.

Ebenso kann in vielen Ländern die Möglichkeit beobachtet werden, dass die Provisionen vertraglich auf die dritte Seite umgewälzt werden. Unter dritter Seite ist der Auftraggeber zu verstehen, mit dem das Auftragsverhältnis erst aufgrund des Erstauftrages des Maklers mit einer anderen Partei zustande gekommen ist.

Dies kann der potenzielle Verkäufer einer Immobilie sein, der dem Makler mit Suchauftrag für einen Kaufinteressenten eine Provision entrichten soll, oder der Vertreter und Makler eines Vermieters, der die Provision vom potenziellen Mieter generieren muss.

Die Honoraranspruch auslösenden Umstände, in Verbindung mit fixen prozentuellen Provisionssätzen, lösen in der Regel keinen Motivationsanreiz hinsichtlich Mehrleistung beim Makler aus. Vielmehr muss das gängige Provisionsmodell auf der Annahme basieren, dass das Honorar auf Grundlage von Verkäuferversretung zu bemessen ist, da ein höherer erzielter Verkaufspreis auch in höherem Provisionsanspruch seinen Niederschlag findet.

Fixe prozentuelle Provisionssätze sind als Honorarbemessungsgrundlage im Rahmen von Käufervertretung ein suboptimales Modell ohne jegliche Berücksichtigung von Mehreinsatz und Verhandlungsgeschick des Maklers mit der Motivation, für den Käufer einen niedrigeren Preis zu erzielen, würde er doch damit das ihm zustehende Honorar reduzieren.

Dies führt zu der Überlegung, dass die prozentuelle Kommission über den Gesamtpreis kalkuliert, dem Makler nur einen geringen Anteil als Gegenleistung für seine Mehrleistung zugesteht und ungeeignet ist, die Interessen des Auftraggebers mit denen des Maklers in der selben Bahn zu halten.³⁴ Anders wäre dies, wenn eine progressive Steigerung der Provision vereinbart wird, und der Makler mehr am Mehrerlös profitiert.

Dies bedeutet praktisch, dass ein Makler eine Einpreisung empfehlen wird, die unter der Erwartungshaltung des Verkäufers liegen wird, solange die Provision unter 50% des Verkaufspreises liegt, was immer der Fall sein wird.

Der Verkäufer tendiert dazu, höhere Preiserwartungen anzusetzen, was zu einer längeren Vermarktungsdauer führt. Der Makler profitiert auf Basis einer fixen prozentuellen Honorierung stärker aus einer niedrigeren Einpreisung und einem beschleunigten Verkaufsprozess, als aus einem höheren Verkaufspreis, resultierend aus einer längeren Vermarktungsdauer.³⁵

Dies beschreibt einen Interessenkonflikt zwischen Verkäufer und Makler der letztendlich dem Käufer zugute kommt.

Yavas ergänzend, aus der Sicht des Aufwands und der Kostenstruktur des Maklers³⁶:

„It has also been argued that since the cost of brokerage services do not increase linearly with the price of the property and since different regions have different costs of effort for brokerage services, the uniformity of the commission rates across different property prices and regions is incompatible with price competition, and thus a sign of tacit collusion in the industry.“

Das traditionelle Provisionsmodell auf Basis prozentueller Provisionssätze ohne weitere leistungs- und ergebnisabhängige (im Sinn von maximiertem Verkaufspreis und minimiertem Vermarktungszeitraum) Hebelwirkung auf das Maklerhonorar, und

³⁴ vgl. Yavas (2007): S. 2, Abs. 1

³⁵ vgl. Shy (2009)

³⁶ Yavas (2007): S.2, Abs 1

ohne Berücksichtigung des resultierenden Aufwands auf Seiten des Dienstleisters, kann somit auch nicht das optimale Resultat für die Verkäuferseite liefern.

3. Internationale Verhaltensrichtlinien

Die in den einleitenden Kapiteln definierten Konfliktpotenziale und möglichen Interessenkollisionen sind Themen die Gegenstand laufender und anhaltender Diskussionen zwischen Gewerbetreibenden, Interessenvertretungen wie Verbänden, Kammern etc. und Gesetzgebern sind.

Einerseits werden Argumente vorgebracht, dass die Regulierung zugunsten der einseitigen Vertretung dem Ruf und Ansehen der Branche förderliche wäre, andererseits kann auch über vollständige Deregulierung außerhalb des Verbrauchergeschäftes diskutiert werden, der Markt würde sich selbst regulieren.

Vor dem Hintergrund der Selbstregulierung soll im folgenden Kapitel erläutert werden, wer die wesentlichen Interessenvertretungen und -verbände national und international sind und es soll vor allem geprüft werden, welche Verhaltenskodizes den Mitgliedern in deren Praxis mitgegeben werden.

Wenngleich der Bruch eines Mitglieds mit einem Verhaltenskodex bzw. einer Norm wohl meist ohne Konsequenz bleibt, so wäre der wiederholte Bruch zumindest Wert, (intern) eine breite Diskussion zur Motivation zu führen. In Beurteilung der Frage der Angemessenheit der Doppelvertretung werden die nationalen Interessenvertretungen der Makler grundsätzlich keine restriktiveren Normen als das Gesetz anlegen. Dies wäre intern wohl nicht darstellbar.

Den nationalen rechtlichen Spielraum hinsichtlich Doppelvertretung vor dem Hintergrund von europäischen und internationalen Verhaltensrichtlinien zu prüfen, soll hier Diskussionsgegenstand sein.

Es soll geprüft werden, ob es vertretbar und gerechtfertigt ist, dass der Mieter/Käufer davon auszugehen hat, dass der Makler, der sich vielleicht auch als einseitiger Vertreter ihm gegenüber präsentiert, als Doppelmakler tätig ist.

Und nicht – wie eigentlich im Maklergesetz für alle anderen Makler mit Ausnahme für den Immobilienmakler vorgesehen – der Makler verpflichtet ist, sein Auftragsverhältnis mit der dritten Partei ab Beginn des Auftragsverhältnisses transparent offenzulegen.

3.1 CEN – Comité Européen de Normalisation

CEN – das Europäische Komitee für Normung – ist eines der drei großen europäischen Normungsinstitute³⁷, wurde 1961 von den nationalen Normungsgremien der Mitgliedstaaten von EWG und EFTA gegründet und hat seinen Sitz in Brüssel. Es ist eine private, nicht gewinnorientierte Organisation mit dem Ziel der Entwicklung, Verwaltung und Verteilung von europaweit kohärenten Normen und Spezifikationen.³⁸

31 CEN-Mitglieder – die nationalen Normungsinstitute der EU-Mitgliedsländer, einige Mitglieder der Europäischen Freihandelsvereinigung EFTA und Länder, die in Zukunft der EU oder EFTA beitreten werden³⁹ – arbeiten zusammen, um freiwillige europäische Normen zu entwickeln.⁴⁰

Einen Vorschlag für eine europäische Norm kann grundsätzlich jeder einbringen – wobei in der Praxis die Einbringung durch die nationalen Normungsinstitute, die Europäische Kommission oder andere europäische und internationale Organisationen wie z.B. die EFTA erfolgt.⁴¹

Bei Zustimmung zum Vorschlag und ausreichender Unterstützung durch die nationalen Normungsinstitute und gesicherter Finanzierung, wird der Vorschlag an

³⁷CEN ist zuständig für alle Bereiche außer Elektrotechnik (Normen durch CENELEC) und Telekommunikation (Normen durch ETSI)

³⁸vgl. Wikimedia Foundation Inc. (2011): Europäisches Komitee für Normung

³⁹ Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, UK und Zypern

⁴⁰vgl. CEN (2012): Compass

⁴¹vgl. CEN (2012): Compass

ein technisches Komitee vergeben oder ein neues Arbeitsgremium eingerichtet.⁴² Das Sekretariat zu der Arbeitsgruppe bzw. dem technischen Komitee wird von einer der nationalen Normungsinstitute geführt.

Sofern nicht bereits eine internationale Norm vorliegt, die unverändert als europäische Norm übernommen werden kann, wird von dem Arbeitsgremium ein erster Entwurf erarbeitet. Dieser wird in Folge der Beratungen laufend adaptiert bis Konsens erreicht ist, einen Vorschlag zwecks Diskussion an die nationalen Normungsinstitute zu übergeben.

Die Normungsinstitute haben im Anschluss fünf Monate Zeit, ihre Stellungnahmen abzugeben. Unter Berücksichtigung der nationalen Stellungnahmen erstellt das Gremium einen Schlussskizzenentwurf. Über die Annahme als europäische Norm entscheiden die nationalen Normungsinstitute, wobei nur mehr zugestimmt oder begründet abgelehnt werden kann. Für die Annahme sind mindestens 71% der gewichteten Stimmen der CEN/CENELEC Mitglieder nötig.⁴³

Normen sollten innerhalb von drei Jahren erarbeitet werden. Es werden Zeitvorgaben für die jeweiligen Arbeitsschritte gegeben, bei Überschreitung kann das Normungsprojekt gestrichen werden.

Nach der Ratifizierung einer Norm durch CEN muss diese von den Ländern adaptiert und als nationale Norm eingeführt werden, wobei vormals geltende, widersprechende Normen ihre Gültigkeit verlieren. Normen sind Empfehlungen, die Anwendung ist freiwillig – sie stellen aber den Stand dar, der in einem Fachgebiet Standard ist.

3.1.1 Die Europäische Norm EN 15733

Die Europäische Norm zu „Dienstleistungen von Immobilienmaklern – Anforderungen an die Dienstleistungen von Immobilienmaklern“ wurde von CEN am 20. Mai 2009 angenommen. Sie wurde über mehrere Jahre von den internationalen

⁴² vgl. DIN (2012): Entstehung einer europäischen Norm

⁴³ vgl. DIN (2012): Entstehung einer europäischen Norm

und europäischen Maklerverbänden erarbeitet und ist im Jahr 2010 als ÖNORM EN 15733 in Österreich veröffentlicht worden.

Der Bedarf nach einer Form eines Konsens auf europäischer Ebene lag auf der Hand: Wie unterschiedlich selbst innerhalb Europas die gesetzlichen Regelungen z.B. zu dem Thema Doppelvertretung ausgestaltet sind, zeigt der Vergleich der Gesetzeslage zwischen Dänemark und Schweden: In Dänemark ist eine strikte Trennung der Auftragsverhältnisse vorgesehen und es darf kein Makler für beide Parteien des Geschäftes tätig werden. Der Makler wird vom Verkäufer beauftragt. Ist die andere Partei unvertreten, so muss der Makler des Verkäufers sie darauf aufmerksam machen, dass es die Möglichkeit einer professionellen Vertretung gibt und wo diese angeboten wird. Hingegen ist der Makler in Schweden verpflichtet, als Doppelmakler tätig zu werden und es ist dem Makler untersagt, einen der beiden Vertragspartner exklusiv zu vertreten.⁴⁴

Die Norm „gibt einen ersten europäischen Konsens zur Festlegung von Anforderungen an die Dienstleistungen von Immobilienmaklern wieder. Aufgrund der Vielzahl auf nationaler Ebene aktuell gültiger Vorgehen zur Überwachung der Dienstleistungen von Immobilienmaklern in Europa, zielt dieses Dokument nur darauf ab, allgemeine Anforderungen festzulegen und sollte die Grundlage sein, auf deren Basis höhere Dienstleistungsanforderungen und Ausbildungsanforderungen im Bereich der Dienstleistungserbringung von Immobilienmakler festgelegt werden dürfen.“⁴⁵

Nach dem Vorwort wird dezidiert der Anwendungsbereich geregelt, in dem wiederholt wird, dass bekannt ist, dass gesetzliche Vorgaben/Regelungen für Immobilienmakler in vielen Ländern existieren und diese berücksichtigt werden – und europäische und nationale Gesetzgebung im Fall von sich widersprechenden Anforderungen die Norm ersetzen.

Einerseits die mehrjährige Entstehungsgeschichte des Normenwerks, andererseits die einschränkende Formulierung im Vorwort und Anwendungsbereich lassen

⁴⁴ vgl. Lehofer (1998): S. 28f

⁴⁵ CEN (2009): S. 3

darauf schließen, dass die Konsensfindung unter den vertretenen nationalen Normungsinstituten nicht einfach und friktionsfrei stattgefunden haben kann.

Die Norm gliedert sich nach Definition des Anwendungsbereichs und Begriffsdefinitionen in

- Verhältnis zum Auftraggeber
- dem Käufer zur Verfügung zu stellende Informationen
- Erbringung von Dienstleistungen
- Qualifikation von Immobilienmaklern
- Versicherung
- Umgang mit Beschwerden
- Ethikkodex

Berührungspunkte hinsichtlich des Konfliktpotenzials in Verbindung mit der Doppelvertretung

Die Norm hat sowohl im Konsumentengeschäft als auch bei Dienstleistungen zwischen Unternehmen Gültigkeit. Der Immobilienmakler wird als Instanz in Form einer Einzelperson, einer Personen- oder Handelsgesellschaft definiert, die als Makler im Namen des Auftraggebers – der mit einem Immobilienmakler eine Vereinbarung getroffen hat, dessen Dienste zu nützen - oder als Vermittler tätig ist.⁴⁶

Der Auftraggeber – gleich ob als Käufer oder Verkäufer – ist über seine Rechte und Pflichten zu belehren und der Makler hat sich zu bemühen, alle maßgeblichen Informationen, die eine den Geschäftsabschluss betreffende Entscheidung beeinflussen können, rechtzeitig zur Verfügung zu stellen.⁴⁷ Es folgt die beispielhafte Aufzählung relevanter Informationen, die sich auf die Transaktion beziehen.

⁴⁶ vgl. CEN (2009): EN15733; Pkt. 2.1f

⁴⁷ vgl. CEN (2009): EN15733; Pkt. 3.1.2

Zur Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Makler führt die Norm aus, dass die beiden Parteien eine schriftliche Vereinbarung unterschreiben müssen, in der die Dienstleistungen des Maklers definiert sind. Der Vertrag muss u.a. die Gebühren ausweisen und festlegen, ob der Makler ausschließlich für den Auftraggeber oder als Vermittler tätig ist. Ebenso sind alle Abweichungen von der europäischen Norm auszuweisen. Nach der taxativen Aufzählung der Mindestinhalte des Maklervertrages folgt – als Anmerkung ausgewiesen – die Empfehlung, dass Immobilienmakler Vereinbarungen über Alleinvertretung eingehen sollten, um Streitigkeiten klein zu halten.⁴⁸

Aus der Formulierung des Pkt. 3.2, der die Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Makler regelt, lässt sich der Schluss ziehen, dass dieser mit der Intention formuliert wurde, das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber als Verkäufer bzw. Vermieter und dem Makler zu regeln, und dass hier weniger auf das Auftragsverhältnis zwischen Käufer bzw. Mieter und Makler abgezielt wurde. Dies u.a. aufgrund der Elemente der Aufzählung der Mindestinformationen. Hinsichtlich der Interpretation der Norm sind diese Mindestanforderungen jedenfalls auf das Auftragsverhältnis zwischen dem Käufer bzw. Mieter und dem Makler anzuwenden.

Dies lässt den Rückschluss zu, dass gemäß der Europäischen Norm, die bereits in Österreich in Form der ÖN EN 15733 in Kraft getreten ist, das schlüssige Zustandekommen eines Auftragsverhältnisses zwischen Käufer und Makler auszuschließen wäre. Es muss eine schriftliche Vereinbarung getroffen werden, die von beiden Parteien unterzeichnet wird, in der die Höhe der Provision ausgewiesen wird und in der anzuführen ist, ob der Makler als Vermittler in einer Doppelmaklerrolle oder als einseitiger Interessensvertreter tätig wird.

Der Makler, der für den Käufer handelt, muss den Verkäufer bzw. dessen Makler beim ersten Treffen darüber informieren.⁴⁹

Die Behandlung von Interessenkonflikten betreffend wird ausgeführt, dass der Makler diese zu vermeiden hat, und dass jegliche persönliche Interessen offenzulegen sind.⁵⁰

⁴⁸ vgl. CEN (2009): EN15733; Pkt. 3.2

⁴⁹ vg. CEN (2009): EN 15733; Pkt. 3.3

Den letzten Punkt der Norm bildet der Ethikkodex, dem sich die der Norm verpflichteten Makler unterwerfen, den sie zu unterzeichnen haben und weiters bestätigen, dass sie „maßgebliche Vorschriften und Regeln guter beruflicher Praxis einhalten“.⁵¹

Hier ist im Rahmen der Diskussion auf das Gebot hinzuweisen, alle beteiligten Parteien fair und angemessen zu behandeln. Der Makler muss völlige Rechtschaffenheit in seinen Geschäften und seiner Kommunikation sicherstellen.⁵²

„Er muss bei der Darstellung der Geschäftsbeziehungen zwischen ihm und anderen beteiligten Parteien eindeutig sein und Interessenkonflikte vermeiden“⁵³.

Es ist hervorzuheben, dass hinsichtlich der Formulierung der Norm nicht davon auszugehen ist, dass der Verfasser die Position des Doppelmaklers als grundsätzlichen Normalfall und Branchenstandard angesehen haben kann.

Die Differenzierungen bezüglich des Immobilienmaklers, der ausschließlich den Käufer vertritt (Pkt. 4, Pkt 3.3), und des Maklers, der alleine den Verkäufer vertritt (Pkt. 3.3), sind für die Annahme der Doppelmaklerrolle als Standardfall zu ausgeprägt.

3.2 RICS

Die RICS – Royal Institution of Chartered Surveyors – ist ein weltweit tätiger Berufsverband von Immobilienfachleuten, der 1868 im Vereinten Königreich gegründet wurde. Der Hauptsitz befindet sich in London, derzeit zählt man mehr als 100.000 qualifizierte Mitglieder in 146 Ländern.

Die Hauptaufgaben der RICS sind die Regulierung und Förderung des Berufsstandes, die Aufrechterhaltung hoher Standards in der Ausbildung sowie in

⁵⁰ vgl. CEN (2009): EN 15733; Pkt. 3.4

⁵¹ CEN (2009): EN 15733; Pkt. 9

⁵² vgl. CEN (2009) EN 15733; Pkt. 9

⁵³ CEN (2009): EN 15733; Pkt. 9.8

der Berufsausübung, Schutz der Kunden und Verbraucher durch Einhaltung eines strengen Verhaltenskodex und unparteiische Beratung, Analyse und Orientierung⁵⁴.

Die RICS setzt sich für Standardisierung auf hohem Niveau ein und veröffentlicht mit dem *Red Book*, den „RICS Appraisal and Valuation Standards“, eine Publikation, die den Stand der Wissenschaft in der Immobilienbewertung darstellen soll. Das *Red Book* ist sicherlich die am meisten beachtete Veröffentlichung – die RICS bezeichnet es als das „*flagship product*“ - letztendlich werden aber rund 500 Publikationen jährlich herausgegeben.

Die RICS bearbeitet 160 Fachgebiete, neben globalen Standards werden auch regionale Standards erarbeitet.⁵⁵

RICS-Mitglieder unterwerfen sich freiwillig hohen - verbindlichen - Standards in Bezug auf Professionalität und Kompetenz, Geschäftsethik, Servicestandards und Weiterbildung. Die „Rules of Conduct for Members“ gelten für alle Mitglieder. Diese führen hinsichtlich der Verbindlichkeit wie folgt aus: “[...] a failure to follow any guidance associated with the Rules is a factor that will be considered should it be necessary to examine the behavior of a member.”⁵⁶

Die Mitgliedschaft bei der RICS stellt in der Praxis eine anerkannte Zertifizierung dar, insbesondere im internationalen Geschäftskontakt schafft sie ein Grundvertrauen in Geschäftsethik und Professionalität des Gegenübers.

“In a world where more and more people, governments, banks and commercial organizations demand greater certainty of professional standards and ethics, attaining RICS status is the recognized mark of property professionalism.”⁵⁷

⁵⁴ RICS (2011): Die RICS weltweit

⁵⁵ Vgl. RICS (2011): Die RICS weltweit

⁵⁶ RICS (2007): Rules of Conduct: S. 4

⁵⁷ RICS (2007): Rules of Conduct: S. 6

3.2.1 REABS – Real Estate Agency and Brokerage Standards

Anfang 2011 wurden die „RICS Real Estate agency and brokerage standards (RICS Guidance note)“ als global anwendbare Standards in Bezug auf Maklerdienstleistungen veröffentlicht. Die REABS gelten als die erste länderübergreifende Richtlinie für Maklerdienstleistungen und können als Reaktion auf den Bedarf nach gemeinsamen Grundsätzen vor dem Hintergrund fortschreitender Globalisierung und grenzüberschreitender Transaktionen in Verbindung mit Maklerdienstleistungen verstanden werden.

Die REABS stellen empfohlene Verfahrensweisen, „best practice“, dar, deren Anwendung für die Mitglieder nicht verpflichtend ist. Es kann jedoch sein, und darauf wird einleitend hingewiesen, dass sich ein Mitglied, dem eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorgeworfen wird, vor Gericht – sollte es zu einem Verfahren mit einer anderen Partei kommen – oder vor einem RICS-Disziplinarausschuss dafür rechtfertigen muss, warum es abweichend von der Richtlinie gehandelt hat.

Ein Mitglied der RICS, das sich nach den Richtlinien verhält, sollte zumindest teilweise vom Vorwurf der Sorgfaltsverletzung freizusprechen sein. Die REABS stellen ein normatives Regelwerk dar und beschreiben eine Kultur der Fairness und Transparenz.⁵⁸

„Es steht jedem Immobilienexperten frei, darüber zu befinden, welche Vorgehensweise er für die Ausführung einer beruflichen Aufgabe wählt. Dennoch sollten Mitglieder den in diesem Leitfaden empfohlenen Verhaltensweisen nicht ohne triftigen Grund zuwiderhandeln.“⁵⁹

Die REABS sind eine anerkannte Richtlinie, die internationale Standards und bewährte Verfahrensweisen zur Erbringung von Maklerleistungen – „vorbehaltlich der jeweils geltenden gesetzlichen Anforderungen und lokalen Gegebenheiten“⁶⁰ – festlegt.

⁵⁸ RICS (2001): S 3

⁵⁹ RICS (2011): S. 1

⁶⁰ vgl. RICS (2011): S. 2

Berührungspunkte hinsichtlich des Konfliktpotenzials in Verbindung mit der Doppelvertretung

Kapitel 1 zur Berufsethik führt die Kernprinzipien an, wobei in Zusammenhang mit der Behandlung des vorliegenden Themas auf folgende zwei Grundsätze hinzuweisen ist:

Geschäfte sind auf redliche, faire, transparente und professionelle Art und Weise abzuwickeln, weiters sind Interessenkonflikte mit allen Mitteln zu vermeiden. Anderenfalls sollten Interessenkonflikte offen, fair und unverzüglich aufgeklärt und gelöst werden.⁶¹

Die Bedeutung, eine Tätigkeit mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit auszuführen, bedeutet auch, sich nach besten Kräften bemühen zu müssen, das bestmögliche Ergebnis für den Kunden im Rahmen der Marktbedingungen und unter Beachtung der ethischen Verhaltensregeln zu erzielen.⁶²

In Folge werden die Sorgfaltspflichten bei der Tätigkeit im Auftrag des Verkäufers und die Sorgfaltspflichten bei der Tätigkeit im Auftrag eines Käufers definiert. Dies lässt den naheliegenden Rückschluss zu, dass der Grundsatz der Verhaltensrichtlinie nicht auf der Annahme basiert, dass die Doppelvertretung den Standardgeschäftsfall darstellt.

Jedoch wird noch auf die Behandlung von Interessenkonflikten und auf die Rolle des *Mehrfachmaklers*⁶³ eingegangen – dieser entspricht allerdings per Definition nicht dem Doppelmakler. Die Richtlinie gibt vor, dass sich der Makler nach besten Kräften zu bemühen hat, jegliche Interessenkonflikte zu vermeiden, die den Interessen der Verkäufer oder Käufer, in deren Auftrag der Makler handelt, zuwider

⁶¹ RICS (2011): S. 7

⁶² vgl. RICS (2011): S. 8

⁶³ Definition RICS: Es bestehen gleichzeitig konkurrierende Vertragsbeziehungen mit mehreren Verkäufern oder Käufern

laufen könnten. Interessenkonflikte sind unverzüglich in offener Weise anzusprechen und zu behandeln.⁶⁴

Die Regelungen betreffend Diskriminierung, wonach u.a. keine Partei bevorzugt wird, weil diese Partei den Makler möglicherweise in anderen Immobilienangelegenheiten beauftragen oder vom Makler angebotenen Dienstleistungen in Anspruch nehmen könnte, sind auch für den Interessenkonflikt im Rahmen der Doppelmaklereigenschaft relevant.

Kapitel 2, Absicherung von Aufträgen, leitet mir der Aussage ein, dass vor Annahme eines Auftrages geklärt werden muss, für wen der Makler arbeitet und wie er bezahlt wird, wobei eindeutig festgelegt werden muss, wessen Interessen er vertritt. Der Makler hat parteiisch zu handeln, da er – ausgenommen, er wird in einer Vermittlungssituation tätig - die Interessen einer der vertragsschließenden Parteien vertritt.⁶⁵

Es wird wiederholt, dass mögliche Interessenkonflikte schriftlich offenzulegen sind und vom Kunden schriftlich zu genehmigen sind bzw. der Umstand zu genehmigen ist, dass der Makler unter diesen Umständen für den Kunden tätig werden darf, bevor direkt auf die Position der Verfasser zur Rolle des Doppelmakler eingegangen wird:

„In Ländern, in denen Doppelmaklerverhältnisse zulässig sind, sollten Sie dennoch nur in Ausnahmefällen und nur mit ausdrücklicher Zustimmung beider Vertragsparteien als Doppelmakler tätig werden. Generell sollten Sie eine Tätigkeit als Doppelmakler möglichst vermeiden“⁶⁶.

Die RICS nimmt von der Annahme, dass Verträge schlüssig zustande kommen können, Abstand und definiert, dass jeder Kunde – egal ob Käufer oder Verkäufer – bevor er irgendeine Verpflichtung eingeht, eine schriftliche Auftragsbestätigung inkl. genauer Angaben zum Honorar zu erhalten hat. In den Auftragsbedingungen ist der Umfang der zu erbringenden Leistung klar zu regeln. Falls standardisierte

⁶⁴ RICS (2011): S. 8

⁶⁵ vgl. RICS (2011): S. 11

⁶⁶ RICS (2011): S. 11

Auftragsformulare zur Anwendung kommen, sollte dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, individuelle Konditionen zu verhandeln. Der Auftraggeber und der Makler sollten diese Auftragsbedingungen unterzeichnen⁶⁷.

Es ist sicherzustellen, dass allen Parteien, für die der Makler tätig wird, der genaue Umfang mitgeteilt wird, in dem der Makler von andere Parteien beauftragt ist.⁶⁸

3.3 NAR

Die „National Association of Realtors“ – kurz NAR – mit Hauptsitz in Chicago ist mit 1,2 Mio. Mitgliedern die größte im Rahmen eines Fachverbandes („trade association“) organisierte Interessenvertretung Nordamerikas⁶⁹. Sie wurde als „National Association of Real Estate Exchanges“ im Jahr 1908 gegründet.

Die NAR muss heute als eine wirtschaftlich und politisch sehr einflussreiche Gruppierung verstanden werden, durch das der NAR zuzuordnende RPAC – „Realtors Political Action Committee“ – wird aktiv Einfluss auf Regulierung, Besteuerung und sonstige die Immobilienwirtschaft betreffende Gesetzgebung genommen.

Die Organisation ist zudem sehr breit und aktiv in der Datenerfassung und der Marktforschung tätig, die ersten Statistiken wurden 1909 erfasst. 1968 wurde der erste „Existing Home Sales Report“ verfasst, der heute noch wesentliche makroökonomisch relevante Kennzahlen liefert.⁷⁰

Der heute gültige „Code of Ethics and Standards of Practice“-Katalog, dem sich die Mitglieder der NAR in Hinblick auf Geschäftsethik und Mindeststandards der erbrachten Dienstleistung unterwerfen, ist durchaus umfangreich und kann als ergänzendes „best practice“-Dokument herangezogen werden.

⁶⁷ RICS (2011): S. 12

⁶⁸ vgl. RICS (2011): S. 23

⁶⁹ Wikimedia Foundation Inc. (2011): National Association of Realtors

⁷⁰ vgl. NAR (2008): Field Guide

Die Regulative und Verhaltensregeln der NAR im Rahmen der vorliegenden Arbeit als weiteren Bewertungsmaßstab heranzuziehen, erfolgt auch vor dem Hintergrund, dass in weiterer Folge das amerikanische Modell der Maklertätigkeit erläutert werden soll. Die Herangehensweise und Methodik ist nicht grundsätzlich unterschiedlich, die Reputation der Branche jedoch besser als in Europa. Der Entwicklungsgrad des Immobilienmarktes kann – wenn man Markttransparenz als Maßstab ansetzt – als sehr hoch angesehen werden.

Diese Transparenz ist nicht zuletzt auch der NAR zuzuschreiben, einerseits durch die Erfassung von Marktdaten wie oben erwähnt, andererseits durch das Management von und die Kontrolle über den Großteil des so genannten „Multiple Listing Systeme“ (MLS).

Der Verhaltenskodex muss auch vor dem Hintergrund der selbstregulierenden Funktion der NAR und ihrer Mitglieder betrachtet werden, da er einheitliche Standards in der Erbringung der Dienstleistung des Immobilienmaklers in allen Bundesstaaten gewährleisten kann, auch wenn die im jeweiligen Bundesstaat gültige Gesetzgebung ein weniger striktes Regulativ ansetzen würde.

Die NAR verfügt zudem über ein ausgeprägtes internationales Engagement, das vor mehr als 50 Jahren begonnen hat.

„NAR promotes international real estate education, development of technical standards and technical information exchange, and international real estate practice in a number of other areas, including commercial outreach activity, cultural diversity training, and development of an international real estate consortium, among others.“⁷¹

3.3.1 Code of Ethics and Standard of Practice of the NAR

Der erste Verhaltenskodex der NAR wurde 1913 ins Leben gerufen und laufend an veränderte Marktbedingungen und Geschäftspraktiken angepasst. Heute stellt er eine verbindliche Richtlinie für alle Mitglieder der NAR dar, wobei in der Einleitung zu den „Code of Ethics“ klargestellt wird, dass gesetzliche Vorgaben vor den

⁷¹ Vgl. NAR (2008): Field Guide

Verhaltensrichtlinien stehen. Es wird immer wieder das „Golden Rule“ hervorgehoben, das über die Jahrzehnte seit 1913 einen Grundstein der Verhaltensrichtlinie darstellt: „*Whatsoever ye would that others should do to you, do ye even so to them.*“⁷²

So idealistisch der Grundstein der Richtlinie formuliert ist, so setzt sich auch die Präambel fort, die doch in Hinblick auf die Formulierung allgemeiner Grundsätze für den europäischen Leser, zumindest im Vergleich zu europäischen Verhaltensstandards, blumig und ausschweifend ausfällt.

Berührungspunkte hinsichtlich des Konfliktpotenzials in Verbindung mit der Doppelvertretung

Die NAR spricht zunächst die Empfehlung zur Exklusivvertretung eines Auftraggebers und zur Zusammenarbeit der Mitglieder untereinander aus. Die Interessenvertretung des Auftraggebers ist vorrangig, es besteht aber die Verpflichtung, alle involvierten Parteien fair und ehrlich („honestly“) zu behandeln.⁷³

In Folge wird auf die Verpflichtung in der „(legally recognized) non-agency capacity“ hingewiesen, auch hier alle Parteien fair zu behandeln. Der Begriff ist etwa dem des Nachweismaklers gleichzusetzen, es entfallen treuhändische und weitere Verpflichtungen und die NAR stellt klar, dass es nicht im Sinn des Verbandes ist, diese Maklerpraxis zu fördern.⁷⁴

Der Makler in einer „non-agency capacity“ wird auch als „Facilitator“, „Transaction Broker“ oder nur „Broker“ – dies unterscheidet sich von Bundesstaat zu Bundesstaat – bezeichnet. Er vertritt nicht einseitig die Interessen eines Auftraggebers.

Die NAR selbst differenziert in ihrer Begriffsbestimmung zwischen „Agent“ – der Makler in einem einseitigen Auftragsverhältnis und „Broker“ – der Nachweismakler in einer Transaktion ohne einseitiges Auftragsverhältnis.

⁷² NAR (2012): S. 1

⁷³ vgl. NAR (2012): Article 1

⁷⁴ siehe dazu auch den Exkurs „Das amerikanische Modell“

Grundsätzlich steht das Gesetz vor der Verbandsrichtlinie, hinsichtlich der „Facilitator“-Rolle wird nochmals darauf verwiesen, dass jegliche Regulierungen und/oder gesetzlichen Bestimmungen dem „Code of Ethics“ überzuordnen ist.⁷⁵

Die Mitglieder dürfen nur nach vollständiger Offenlegung ein Doppelmaklerverhältnis eingehen.⁷⁶ Wenn ein Makler einen Vermittlungsauftrag verkäuferseitig aufnimmt (als „Listing Agent“), dann hat er den Auftraggeber auf eventuelle Möglichkeiten hinzuweisen, dass eine offenzulegende Doppelmaklereigenschaft eintreten könnte, falls dies auf Basis des gesetzlichen Rahmens möglich ist.⁷⁷

Dieselbe Regelung gilt für den Makler, der vom Mieter bzw. Käufer beauftragt wird. Er muss den Auftraggeber vorab informieren falls überhaupt der Fall auftreten kann, dass im Laufe des Suchprozesses Interessenkonflikte aufgrund von Doppelmaklereigenschaften eintreten können.⁷⁸

Makler sollen mit anderen Maklern zusammenarbeiten, solange dies die Interessen des Auftraggebers unterstützt.⁷⁹

Der Makler darf außer von seinem Auftraggeber keine Honorare im Rahmen einer Transaktion annehmen, ohne volle Offenlegung gegenüber allen involvierten Parteien und deren Zustimmung⁸⁰.

Aufträge sollten zum Schutz der Interessen alle Parteien schriftlich und in eindeutig verständlicher Sprache verfasst werden. Die Aufträge sollten die Grundlagen, die Konditionen, Verpflichtungen und Aufgaben der Vertragsparteien beinhalten.⁸¹

⁷⁵ vgl. NAR (2012): Article 1 – Standard of Practice 1-2

⁷⁶ vgl. NAR (2012): Article 1 – Standard of Practice 1-5

⁷⁷ vgl. NAR (2012): Article 1 – Standard of Practice 1-12

⁷⁸ vgl. NAR (2012): Standard of Practice 1-13

⁷⁹ vgl. NAR (2012): Article 3

⁸⁰ vgl. NAR (2012): Article 7

⁸¹ vgl. NAR (2012): Article 9

Wird vom Makler Beratungsleistung erbracht und zusätzlich eine Transaktion begleitet, dann kann sowohl ein Beratungshonorar als auch eine Provision für das Transaktionsgeschäft vom Auftraggeber generiert werden.⁸²

Makler, die als einseitige Mieter- bzw. Käufervertreter bzw. Nachweismakler (buyer/tenant representative oder „broker“) auftreten, müssen ihre Eigenschaft beim ersten Kontakt mit dem unvertretenen Eigentümer oder dem Verkäufer- bzw. Vermietervertreter offenlegen und spätestens bei Abschluss der Transaktion eine schriftliche Bestätigung der Offenlegung beibringen.⁸³ Dasselbe gilt für verkäuferseitig beauftragte Makler gegenüber den potenziellen Käufern. Sie haben ihre Eigenschaft und Form der Beauftragung beim Erstkontakt offenzulegen und haben diese Offenlegung spätestens bei Vertragsunterzeichnung (Mietvertrag/Kaufvertrag, nicht Maklervertrag) zu dokumentieren.

3.4 Gegenüberstellung der Ergebnisse

Führt man die Ergebnisse der Recherche in einen direkten Vergleich, dann wird ersichtlich, dass hinsichtlich der Parameter

- Offenlegung von Interessenkonflikten
- Offenlegung der Doppelmaklereigenschaft und
- Offenlegung von Aussenprovisionen

der in Österreich geltende gesetzliche Rahmen geringere Anforderungen an den Dienstleister stellt, als dies durch die ÖNORM EN 15733, die REABS der RICS und den „Code of Ethics und Standards of Practice“ der NAR international als Verhaltensrichtlinien vorzusehen wäre:

⁸² vgl. NAR (2012): Standard of Practice 11-3

⁸³ vgl. NAR (2012): Standard of Practice 16-11f.

	MaklerG und IMV	ÖNORM EN 15733	REABS	NAR
Interessenswahrung des Auftraggebers	ja , §3(1) MaklerG	ja , 9.2	ja , 1.2	ja , Article 1
Offenlegung von Interessenskonflikten (allg.)	nein	nein , keine Offenlegung aber Vermeidung, 3.4	ja , 1.3	ja , nicht explizit aber schlüssig aus Article 1
Offenlegung Doppelmaklereigenschaft	nein , aber Offenlegung der Einzelvertretung	ja , nicht explizit aber schlüssig aus 9.8	ja , 2.2.1	ja , 1-5
Offenlegung von Aussenprovisionen	nein , §5(1) MaklerG (abw. Geschäftsgebr.)	ja , nicht explizit aber schlüssig aus 9.8	ja , nicht explizit aber schlüssig aus 2.2.1	ja , Article 7

4. Marktpraxis

Nachdem die regulierenden Rahmenbedingungen auf nationaler gesetzlicher und multi- und internationaler Verbandsebene dargestellt wurden, soll im vierten Kapitel die Marktpraxis abgebildet werden. Nachdem zwecks Vergleich der Normen auf die Richtlinien der NAR eingegangen wurde, wird zunächst die Praxis in den USA dargestellt. Dies ist aufgrund der Größe des Gesamtmarktes und des Umstandes, dass jeder Bundesstaat den Maklermarkt mit einem eigenen Gesetz oder einer Verordnung regelt, der Aufarbeitung des zu behandelnden Themas dienlich.

Im Anschluss soll auf die Maklerrolle in Deutschland und Österreich eingegangen werden.

4.1 Das amerikanische Modell

Die Marktpraxis in den USA unterscheidet prinzipiell den „Listing Agent“, den „Selling Agent“ und in manchen Fällen den vom Käufer beauftragten „Buyer’s Agent“. Der „Listing Agent“ steht in einem Auftragsverhältnis zu dem Verkäufer bzw. Vermieter, der bzw. eine Vielzahl von „Selling Agent(s)“ stehen in einem Subauftragsverhältnis mit dem „Listing Agent“. Der „Selling Agent“ ist der Hauptansprechpartner der Kauf- bzw. Mietinteressenten. Der „Listing Agent“ muss sich grundsätzlich keines „Selling Agents“ bedienen und könnte auch direkt an einen Interessenten vermitteln, es ist aber jedenfalls eine Form von Spezialisierung auf „Listing Agent“ bzw. „Selling Agent“ zu beobachten, an der grundsätzlich festgehalten wird.⁸⁴

Das Honorar von sowohl dem „Listing Agent“ als auch dem „Selling Agent“ werden vom Verkäufer bzw. Vermieter getragen. Es kann vereinbart werden, dass sich die Honorarsätze in Abhängigkeit davon bewegen, ob ein „Selling Agent“ involviert ist. Gewerbeimmobilienmieter konsultieren und beauftragen in der Regel einen Makler als Verhandlungsführer und Vertreter, die Provisionen werden jedoch vom

⁸⁴ vgl. Turnbull / Dombrow (2007): S. 3

Vermieter getragen. Die Provisionskalkulation erfolgt auf Basis eines Prozentsatzes der Gesamtmiete über die Gesamtlaufzeit des Mietvertrages.⁸⁵

Die Form der Honorierung ist die wesentlichste Unterscheidung zu den europäischen Modellen und sie birgt auch Potenzial zur Begründung von Interessenkonflikten. Der „Selling Agent“, der mit einem potenziellen Mieter z.B. schon einige Besichtigungen durchgeführt hat, genießt ein Vertrauensverhältnis und es kann beim Mieter die Auffassung entstehen, dass seine Interessen vertreten werden. Letztendlich ist der „Selling Agent“ aber durch den Subauftrag Auftragnehmer des Vermieters und diesem gegenüber verpflichtet.⁸⁶

Es entsteht kein Auftragsverhältnis zwischen dem „Selling Agent“ und dem Mieter, dennoch entsteht eine Form von „Agency Relationship“, die den Makler zu einer Reihe von Verantwortungen gegenüber dem Mieter verpflichtet. Gemäß Artikel 7 der NAR „Code of Ethics“ ist der Makler verpflichtet, alle Parteien fair zu behandeln.

Artikel 9 besagt, dass der Makler sämtliche kauf- oder mietpreisrelevante bzw. sonstige belastende Faktoren offenzulegen hat.⁸⁷

Vergleicht man die Gesetzgebung in den verschiedenen Bundesstaaten, dann sticht zunächst der Bundesstaat Hawaii hervor, der bereits 1987 klare Regelungen zur Offenlegung aller Auftragsverhältnisse im Rahmen einer Transaktion erlassen hat.⁸⁸

Das Gesetz sieht vor, dass zu einem frühen Zeitpunkt klargestellt wird, wen genau der Makler vertritt, und dass die Kenntnisaufnahme dieser Klarstellung vom Auftraggeber am Auftrag schriftlich bestätigt wird. Der „Listing Agent“ muss zudem vom Verkäufer die Genehmigung haben, dass Subauftragnehmer, „Selling Agents“, eingebunden werden, und dass die Provision mit dem Subauftragnehmer geteilt wird. Nicht offengelegte Doppelvertretung ist gesetzlich verboten. Auf die Risiken einer offengelegten Doppelvertretung wird ausdrücklich hingewiesen. Dies sind

⁸⁵ vgl. CBRE (2011): S. 12

⁸⁶ Marsh / Zumpano (1988): S. 4f.

⁸⁷ Marsh / Zumpano (1988): S. 8.

⁸⁸ Siehe dazu auch Kapitel 2.4.2

Verlust des Auftrages, Wegfall von Verdienstlichkeit und Provisionsanspruch, Verlust der Lizenz und finanzielle Schäden.⁸⁹

Als Ziel der Gesetzgebung wird angegeben, dass es in jeglicher Immobilientransaktion – gewerblich oder privat – zu einer Sensibilisierung der Parteien kommen soll, hinsichtlich der vielfältigen Arbeits- und Auftragsbeziehungen, die eine Transaktion bedingt. Weiters, dass klar offenzulegen ist, wen der Submakler vertritt.⁹⁰ Dies bedeutet nicht, dass in jeder Transaktion Käufer und Verkäufer vertreten sein müssen, der „Listing Broker“ kann auch weiterhin direkt an einen Interessenten verkaufen, er muss nur – um zu vermeiden, dass es zu einem Auftragsverhältnis mit dem Käufer kommt – von Anfang an klar zu verstehen geben, dass er im Namen und Auftrag des Verkäufers handelt.

Marsh/Zumpano argumentieren: Der Umstand, dass von einer Partei ein Honorar generiert wird, begründet noch kein „Agency Relationship“:

„With respect to the commission, the presence of compensation does not by itself determine whether an agency relationship exists. The fact that the seller agrees to pay the broker in the listing agreement does nothing more than indicate how the broker is to be compensated. Alternatively, one could argue that part of the commission is paid by the buyer in the form of higher prices for broker listed properties.“⁹¹

Dies bedeutet jedoch auch, dass ein echter Käufervertreter, ein „buyer’s agent“, der nach Offenlegung seiner Rolle gegenüber dem „Listing Agent“ als einseitiger Vertreter vereinbart, dass sein Honorar nicht von der vertretenen Partei sondern vom Verkäufer zu zahlen ist, keinen Verpflichtungen aus einem Auftragsverhältnis mit dem Verkäufer auf Basis der Honorarzahlung nachkommen muss.

Eine Studie der NAR hat beispielsweise anhand der Gesetzgebung von 11 Bundesstaaten untersucht, wie viele der sechs Treuhandprinzipien der NAR

⁸⁹ vgl. Hawaii Real Estate Commission (1987): S. 1

⁹⁰ vgl. Hawaii Real Estate Commission (1987): S. 2

⁹¹ Marsh/Zumpano (1988): S. 9

(Loyalität, Interessensverfolgung⁹², Offenlegung, Vertraulichkeit, Umsicht und wirtschaftliche Rechenschaft⁹³) im Rahmen eines „non–agency“-Verhältnisses, was einer Vermittlerrolle gleichzusetzen ist, gesetzlich verankert bzw. vorgesehen sind. Die Auswertung macht deutlich, dass auch in den USA – obwohl die NAR klarerweise wiederholt deutlich von solchen Auftragsverhältnissen abrät – eine Pflichtenreduktion eintritt, sobald der Makler vermeidet, ein Interessenvertretungsmandat einzugehen⁹⁴. In den Gesetzgebungen ist es durchwegs üblich, zwischen dem Vermittler⁹⁵ und dem einseitigen Vertreter zu unterscheiden und die Pflichten zu definieren.

Zudem ist der Immobilienvermittlungsmarkt in den USA stark von Multiple-Listing-Systemen (MLS) dominiert, von denen die Mehrheit/oder eine Vielzahl von der NAR kontrolliert wird.

MLS-Systeme dienen dem Informationsaustausch zwischen Maklern. Sie werden von Maklern, die für Verkäufer tätig sind, dazu genutzt, um Informationen über Immobilien mit anderen Maklern auszutauschen, die möglicherweise potenzielle Käufer vertreten und/oder Kaufinteressenten auf Basis einer Provisionsteilung zuführen können.⁹⁶

Die Dominanz der NAR in diesem Bereich führte 2005 zu einem Kartellrechtsverfahren, da Maklern, die nicht Mitglied der NAR waren, kein oder restriktiverer Zugang zu diesen MLS gewährt wurde, und ein klarer Wettbewerbsnachteil entstanden ist. Dadurch kam es zu einer Öffnung der MLS-Systeme und einer Weiterentwicklung des IDX - Internet Data Exchange-Systems, das es MLS-Teilnehmern erlaubt, von Mitbewerbern geführte Immobilien auf der eigenen Homepage zu führen.⁹⁷

⁹² Anm.: im Englischen „Obedience“

⁹³ Anm.: im Englischen „Accounting“

⁹⁴ NAR (2008): Duties of a Licensee in a Non-Agency Capacity

⁹⁵ die Bezeichnungen in den verschiedenen Bundesstaaten sind vielfältig: Contract Broker, Transaction broker, Limited Agent, Nonagent, Transaction Coordinator, Statutory Broker, Facilitator,

⁹⁶ vgl. RICS (2011): S. 5

⁹⁷ Wikimedia Foundation Inc. (2011): National Association of Realtors

4.2 Die Maklerrolle in Deutschland

Der Maklervertrag ist in Deutschland im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in den Paragrafen §§652 bis 656 geregelt und ist ein einseitig verpflichtender Vertrag. Er unterliegt keiner Formvorschrift und kann konkludent geschlossen werden. Die zu erbringende Dienstleistung kann im Nachweis eines Objektes oder einer Vermittlung bestehen. Generell genügt für das Zustandekommen des Provisionsanspruches die Nachweiserbringung⁹⁸.

Weitere Regelungen finden sich in der deutschen Makler- und Bauträgerverordnung, dies jedoch primär in Bezug auf Berufszugang und finanzielle Sicherheiten zum Verbraucherschutz.

Das Maklerrecht in Deutschland ist aufgrund der wenigen gesetzlichen Regelungen weitestgehend Richterrecht, die regionalen Instanzgerichte entscheiden unterschiedlich, eine klare gesetzliche Regelung fehlt.⁹⁹

§654 BGB besagt sinngemäß, dass der Provisionsanspruch des Maklers jedoch ausgeschlossen ist, wenn er dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den Dritten tätig geworden ist. Ansonsten ist die Doppelmaklertätigkeit nicht weiter explizit geregelt und demzufolge auch zulässig, sofern sie nicht vertraglich ausgeschlossen wird oder eine vertragswidrige Interessenkollision begründet, die bei reiner Nachweismakelei auszuschließen ist. Die Tätigkeit als Vermittlungsmakler für eine Seite und Nachweismakler für die andere Seite ist ebenfalls zulässig.¹⁰⁰

„Der Bundesgerichtshof hat deutlich gemacht, dass die Doppeltätigkeit im Sinne einer Vermittlungstätigkeit für beide Auftraggeber beim Immobilienkauf grundsätzlich nicht vertragswidrig ist, wenn sie dem Makler von beiden Vertragsparteien gestattet wird und der Doppelauftrag für die jeweils andere Auftraggeberseite eindeutig erkennbar oder absehbar ist. Die gilt allerdings nicht für den Vertrauensmakler. Die Stellung eines Vertrauensmaklers hat der

⁹⁸ vgl. Wikimedia Foundation Inc. (2011): Examensrepetitorium

⁹⁹ vgl. Rohr (2011): Maklerrecht

¹⁰⁰ vgl. Lehofer (1998)

*Bundesgerichtshof bejaht, wenn dem Makler ein Alleinauftrag für 15 Monate erteilt worden war.*¹⁰¹

Daraus kann geschlossen werden, dass es im Eigeninteresse des Maklers liegen muss, die Doppelvertretung offenzulegen, da die Unterlassung zum Verlust des Provisionsanspruches führen kann, und die Rechtsprechung der Gerichte mangels gesetzlicher Regelung sehr unterschiedlich ausfallen kann.

Mangels weitergehender gesetzlicher Regelungen kann auf die Standesregeln des Maklerverbandes Immobilienverband Deutschland, kurz IVD, zurückgegriffen werden. Diese schließen nach eigenen Angaben „*Lücken, die der Gesetzgeber bei der Berufsausübung von Immobilienmaklern hinterlässt*“¹⁰². Hier finden sich primär wettbewerbsrelevante Regelungen, die die Zusammenarbeit der Makler untereinander regeln. Darüber hinaus publiziert der IVD die „*IVD – Geschäftsgebräuche für Gemeinschaftsgeschäfte unter Maklern*“, die die Zusammenarbeit weiter definieren.¹⁰³

Was gänzlich fehlt, sind moralische und ethische Vorgaben, Vorgaben hinsichtlich der Interessenvertretung im Namen des Auftraggebers und die Behandlung von Interessenkonflikten.

Es wird jedoch auf den „*European Code of Ethics*“ der CEPI – den „*European Council of Real Estate Professions*“ – verwiesen, an den alle Mitglieder des IVD als Ehrenkodex gebunden sind, sofern sich daraus keine Konflikte mit dem in ihrem Land geltenden nationalen Recht ergeben.¹⁰⁴

Die einzige, für das im Rahmen dieser Arbeit zu diskutierende Thema, relevante Formulierung im „*European Code of Ethics*“ der CEPI findet sich im Kapitel „*Beziehungen zu Kunden*“, wo ausgedrückt wird, dass Immobilienspezialisten verpflichtet sind, „*die rechtmäßigen Interessen Ihrer Auftraggeber zu schützen und zu unterstützen; jedoch befreit die Verpflichtung zur Beratung und zur absoluten*

¹⁰¹ Rohr (2011): Maklerrecht

¹⁰² IVD (2012): Regeln, die Maßstäbe setzen

¹⁰³ siehe dazu <http://www.ivd.net/der-bundesverband/der-ivd/satzung-und-regularien.html>

¹⁰⁴ vgl. IVD (2012): Regeln, die Maßstäbe setzen

Loyalität den besagten Kunden gegenüber die professionellen Immobilienspezialisten nicht von ihrer Pflicht, alle beteiligten Seiten in Bezug auf deren Rechte fair zu behandeln.“¹⁰⁵

Auf Basis der Analyse und vorangegangenen Ausführungen kann behauptet werden, dass hinsichtlich der gesetzlichen Grundlagen sowie der verbindlichen Verbandsstatuten in Deutschland, ein weitestgehend deregulierter Handlungsrahmen herrscht. Auch eine Regelung betreffend Höchstprovisionen fehlt zumindest im Bereich außerhalb des Verbrauchergeschäftes. Es ist maßgeblich, was die Parteien vereinbart haben, wobei regionale Üblichkeiten zu beachten sind.¹⁰⁶

4.3 Marktpraxis in Österreich

Neben den in Kapitel 2 diskutierten rechtlichen Rahmenbedingungen, die durch das MaklerG und die IMV vorgegeben werden, sind als weitere Verhaltensrichtlinien der Vollständigkeit halber noch die „Besonderen Landesregeln für Immobilienmakler“ der Wirtschaftskammer Österreich, Fachgruppe Immobilien- und Vermögenstreuhänder¹⁰⁷, und der Ehrenkodex des ÖVI – Österreichischer Verband der Immobilientreuhänder¹⁰⁸ anzuführen. Sowohl die „Besonderen Landesregeln für Immobilienmakler“, als auch der Ehrenkodex des ÖVI, schränken den durch das MaklerG und die IMV gesetzten rechtlichen Rahmen nicht weiter ein und werden demzufolge an dieser Stelle auch nicht im Detail diskutiert.

Am österreichischen Gewerbeimmobilienmarkt sind auf Verkäufer- und Vermieterseite Beauftragungen von Maklern in Form von exklusiven Alleinvermittlungsaufträgen, co-exklusiven Vermittlungsaufträgen mit mehreren Maklern und schlichte Vermittlungsaufträge üblich.

Auf Mieter- und Käuferseite ist die Vergabe exklusiver Suchaufträge – wie das z.B. in den USA und dem Vereinigten Königreich üblich ist – nicht die Regel.

¹⁰⁵ CEPI (2006): 3.2

¹⁰⁶ vgl. Rohr (2011): Maklerrecht

¹⁰⁷ abrufbar unter: http://www.wkimmo.info/i/wko/service/standesrl_makler.pdf

¹⁰⁸ abrufbar unter: <http://www.ovi.at/de/verband/Mitgliedschaft/Ehrenkodex.php>

International aufgestellte Unternehmen wie „CBRE“, „Jones Lang Lassalle“ oder „Cushman & Wakefield“¹⁰⁹ können auf Exklusivmandate auf Mieter- und Käuferseite verweisen, da von deren Seite Rahmenverträge über bestimmte Regionen (EMEA, US, APAC o.ä.) hinsichtlich der Exklusivvertretung im Transaktionsmanagement mit Auftraggebern geschlossen werden.

Im Bereich der Vermietung erfolgt die Zusammenarbeit der Makler untereinander zumeist auf a-metà Basis. Meist wird die Teilung der gesamteingehenden Provision vereinbart, seltener wird festgelegt, dass jede Seite von der vertretenen Partei bezahlt wird.

Die Provisionen liegen in der Regel unter den gesetzlich festgelegten Höchstprovisionen. Sowohl beim Vermieter als auch Mieter entsteht Provisionspflicht, Mieterprovisionen werden grundsätzlich nicht vom Vermieter getragen. Vermieter- und Mieterprovisionen bewegen sich bei einem Niveau von jeweils ca. 2,4 Nettomonatsmieten oder 20% der Jahresnettomiete¹¹⁰.

4.4 Leistungsbild Mietervertretung / Vermietersvertretung

Die Aufgabenkataloge und Pflichten, die ein Makler in der Vermarktung eines Gebäudes übernimmt sind naturgemäß von Grund auf verschieden von der Flächensuche für einen Interessenten von Gewerbeimmobilien.

Auf Basis eines exklusiven oder co-exklusiven abgeberseitigen Vermittlungs- und Beratungsauftrages betreut ein Makler den Immobilienentwickler gegebenenfalls bereits beim Erwerb einer Liegenschaft bzw. berät ihn hinsichtlich der zukünftigen Einpreisung der Flächen, Flächenkonfigurationen in der Planungsphase beispielsweise bei folgenden Fragestellungen:

¹⁰⁹ vgl. CBRE (www.cbre.com),

JLL (<http://www.joneslanglasalle.de/Germany/DE-DE/Pages/Home.aspx>) und

C&W (<http://www.cushwake.com/cwglobal/jsp/globalHomeSSO.jsp>);

JLL und C&W haben keine eigenen Niederlassungen in Wien aber arbeiten durch lokale Partner

¹¹⁰ CBRE (2011): S. 54

- Was ist die kleinste vermietbare Einheit, die angeboten werden sollte?
- Welche Effizienzfaktoren bietet der Wettbewerb (Traktiefen, Achsraster)?
- Wie groß sind die nachgefragten Geschossflächen pro Ebene, wo liegt die max. zusammenhängende Geschossfläche pro Ebene, die an einen einzelnen Mieter vermietbar ist?
- Wie hoch ist der Stellplatzanteil, den der Mieter durchschnittlich erwartet?
- Welche Anforderungen stellt ein Mieter an die Haustechnik?
- Welche Rolle spielt Nachhaltigkeit und Zertifizierung im Vermarktungsprozess?
- Welche Preise sind in Erdgeschossflächen auf Basis welcher Nutzung erzielbar?
- Welches Ausbaupaket sollte im Mietpreis inkludiert sein?

Ab Baubeginn (bzw. ab Vorliegen einer Baugenehmigung) startet die Kommunikation hinsichtlich Vermietung. Der Makler arbeitet gemeinsam mit Agenturen an der Konzeption von Vermarktungsunterlagen, Erstellung einer Homepage, Schaltplänen etc. Potenzielle Mieter werden direkt angesprochen, Präsentationstermine vereinbart, ab entsprechendem Baufortschritt Objektpräsentationen durchgeführt. Der Makler erarbeitet mit dem Eigentümer Erstangebote, hält Verhandlungsrunden bzw. nimmt an diesen Teil, überarbeitet Vertragsentwürfe.

Dieser kurz umrissene Prozess nimmt bei einem Projekt durchschnittlicher Größe ca. 3 Jahre in Anspruch.

Im Rahmen der Mietervertretung muss zwischen Flächenoptimierung (Expansion, Reduktion) und Neuansiedlung unterschieden werden. Ist der Makler exklusiv mit der Suche beauftragt, dann sollte er zunächst den Status Quo in Gesprächen mit dem Management erheben, und die Motivation im Falle eines

Flächenoptimierungsprozesses verstehen. Budgetäre Einschränkungen müssen erfragt und diskutiert werden. Der Makler wird skizzieren müssen, bei welcher Höhe sich die Gesamtprojektkosten eines Umzugs bewegen könnten. Dazu wird er Lage- und Qualitätskriterien eines potenziellen Standortes definieren, und die derzeitige Belegung einer Mietfläche einer zukünftigen Belegung einer potenziellen neuen Mietfläche gegenüberstellen und auch hier seine Erfahrung einbringen können.

Auf Basis der Erstgespräche erstellt der Makler eine Auswahl an geeigneten Objekten, die dem Auftraggeber präsentiert wird. Eine erste Vorselektion wird getroffen, die Auswahl verkürzt. Es werden Objektpräsentationen organisiert, auf Basis dieser findet ein weiterer Selektionsprozess statt. Die Eigentümer der verbleibenden Standorte werden zur Anbotseinladung auf Basis der vom Mieter mit dem Makler definierten Rahmenbedingungen eingeladen. Die Angebote werden vom Makler in einer Vergleichsmatrix aufgearbeitet und präsentiert. Mit dem Bestbieter auf Basis von Faktoren wie Lage, Preis, Ausstattung, Nachhaltigkeit etc. wird in konkrete Verhandlungen eingetreten.

Handelt es sich um einen Prozess mit Fokus auf Kostenreduktion, dann kann der Leistungskatalog des Maklers auf die Nachverhandlungsgespräche mit dem bestehenden Vermieter hinsichtlich einer Flächen- bzw. Kostenoptimierung am Standort beinhalten.

Der skizzierte Prozess bezieht sich auf die Suche von größeren Mietflächen und den Vermietungsprozess bei durchschnittlich großen Gebäuden. Aufgrund der Vorleistung auf Seite des Auftragnehmers, der letztendlich erst sein Honorar erhält, wenn es zu einem konkreten Mietvertragsabschluss kommt, ist in beiden Fällen eine vertragliche Absicherung des Maklers notwendig. Der Prozess kann sich bei kleineren Gesuchen bzw. Projekten auch entsprechend verkürzt darstellen lassen.

5. Theoretische Ansätze zur ausgewogenen Interessenvertretung

Nachdem die praktische Problemstellung in Verbindung mit Interessenkonflikten aufgrund von Doppelmaklertätigkeit, die anwendbaren Regulative und vorherrschende Marktpraxis behandelt wurden, soll in Folge ein abstrakterer Blickwinkel gewählt werden, der sich weniger am Status Quo orientiert und stärker Modelle idealer Vertretungskonstellationen auf Basis theoretischer Ansätze darstellen soll.

5.1 Prinzipal-Agent-Theorie

Die Prinzipal-Agent-Theorie leitet sich aus der englischen Originalbezeichnung „principal-agent-theory“ ab und ist ein aus der Wirtschaftswissenschaft kommendes Modell der Neuen Institutionenökonomik. Prinzipal bezeichnet den Auftraggeber, Agent den Auftragnehmer. Es wird davon ausgegangen, dass der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber einen Informationsvorsprung hat, der zu Gunsten oder gegen den Auftraggeber ausgespielt werden kann. Zugrunde liegt eine Informationsasymmetrie.¹¹¹ Den Beteiligten wird Opportunismus und die eigene Nutzenmaximierung unterstellt.

Die Informationsasymmetrie kann in drei Ausprägungen gegliedert werden:

Ein Prinzipal-Agent-Modell mit versteckter Handlung liegt vor, wenn der **Auftraggeber die Handlungen des Agenten nicht beobachten**, und er im Nachhinein auch nicht auf die Handlungen des Auftragnehmers rückschließen kann. Der Auftragnehmer hat einen Anreiz, seinen Wissensvorsprung zur Verfolgung eigener Ziele einzusetzen.¹¹²

¹¹¹ vgl. Wikimedia (2012): Prinzipal-Agent-Theorie

¹¹² vgl. Gabler Wirtschaftslexikon: Prinzipal-Agent-Theorie

Beispiel:

Der Makler führt für einen Mietinteressenten eine Standortevaluierung durch und versorgt den Vermieter, von dem er mit einem Vermittlungsauftrag betraut ist und von dem er eine Vermieterprovision generieren kann, mit Anbotdaten der Mitbewerber, von denen er keine Vermittlungsprovision generieren kann. Er schafft somit für seinen zweiten Auftraggeber einen Wettbewerbsvorteil.

Die zweite Form von Informationsasymmetrie findet sich in der Ausprägung der versteckten Information, in der der **Auftraggeber nicht denselben Zugang zu Informationen über Umweltzustände** (wie Marktgeschehen und Marktumfeld) hat wie der Auftragnehmer.¹¹³

Beispiel:

Der Makler empfiehlt einem Vermieter eine Mietpreisreduzierung aufgrund fortgeschrittener erfolgloser Vermarktungsbemühungen im Wissen, dass das zuerst geforderte Mietpreisniveau erzielbar und marktüblich ist, jedoch mangels generell geringer Anmietungsaktivität eventuell noch einige Monate an zusätzlicher Anstrengung bedeuten könnte. Der Makler weiß, dass ein vom selben Büro vertretener Mieter die Fläche zu einem geringeren Mietpreis anmieten würde. Der Makler legt die Doppelvertretung nicht offen.

Die dritte zu beobachtende Informationsasymmetrie beschreibt einen Zustand, in dem der **Auftragnehmer** bereits vor bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über **Informationen in Hinblick auf das Produkt, seine Dienstleistung** o.ä. verfügt, die der Auftraggeber nicht hat. Es handelt sich um versteckte Eigenschaften, und Modelle dieses Typs werden auch unter „Adverser Selektion“ zusammengefasst.

Beispiel:

Ein Mietinteressent auf der Suche nach einer Bürofläche kontaktiert zwei Makler mit der Bitte um Anbotslegung hinsichtlich eines (exklusiven) Suchauftrages. Ein Makler

¹¹³ vgl. Gabler Wirtschaftslexikon (2012): Informationsasymmetrie

bietet ein marktübliches Honorar und weist darauf hin, dass er bestrebt wäre die Interessen des Auftraggebers im Fall einer Beauftragung einseitig zu vertreten und demzufolge einseitig honoriert zu werden. Der andere Makler bietet seine Leistung zu einem bewusst geringeren Honorar mit dem Kalkül, dass er – ohne es offenlegen zu müssen – ein zusätzliches Honorar vom zukünftigen Vermieter generieren könnte. Der erste Makler scheidet aus.

Wenngleich alle konstruierten Beispiele moralisch höchst bedenklich sind, verstößt - nach geltender österreichischer Gesetzgebung - keiner der Makler gegen eine gesetzliche Regelung.

In ökonomischen Vertragsmodellen sind Informationsasymmetrien deshalb zu beachten, weil sie zu opportunistisch ausbeutbaren Verhaltensspielräumen von Transaktionspartnern führen. Eventuelle negative Folgen dieser Verhaltensspielräume durch geeignete Mechanismen zu begrenzen, ist Anliegen der normativen ökonomischen Vertragstheorie.¹¹⁴

Es würde somit am Auftraggeber liegen, eine Vereinbarung mit dem Auftragnehmer zu treffen, die die seitens des Auftragnehmers opportunistisch ausbeutbaren Verhaltensspielräume einschränkt.

Der opportunistische Anreiz zur Nutzenmaximierung seitens des Auftragnehmers würde im ersten Beispiel ausgeräumt werden, wenn der Mietinteressent mit dem Makler eine vertragliche Vereinbarung trifft, die eine einseitige Vertretung und einseitige Honorierung vorsieht. Zudem könnten vom Ergebnis abhängige Honorarkomponenten eingebaut werden, die sich an dem Verhandlungserfolg des Maklers orientieren. Üblich sind Vereinbarungen, die als Basis das erste Angebot des Vermieters heranziehen.

Im zweiten Beispiel könnte durch eine Provisionsstaffelung der wirtschaftliche Anreiz für den Auftragnehmer geschaffen werden, einen längeren Vermietungszeitraum in Kauf zu nehmen und sich um einen höheren Mietertrag zu bemühen, wenn sich der Provisionsanspruch erheblich ändert. Es werden Grundprovisionen vereinbart, auf Basis von Laufzeit des Mietvertrages und erzielter

¹¹⁴ vgl. Gabler Wirtschaftslexikon (2012): Informationsasymmetrie

Nettomiethöhe werden erhebliche Bonifikationen ausgeschüttet. Zudem wird eine vertragliche Klausel eingebaut, dass der Makler die Doppelvertretung gegenüber dem Vermieter anzeigen muss, und nur ein Mieterhonorar verrechnen darf, wenn er ein schriftliches Mandat des Mietinteressenten nachweisen kann.

Eine Fehlentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich der Wahl des Dienstleisters im dritten konstruierten Beispiel, kann durch eine detaillierte Ausschreibung zur Vergabe des Auftrags an mehrere potenzielle Auftragnehmer erfolgen, in denen neben den Honoraren Referenzprojekte und -kontakte abgefragt werden, eine einseitige Interessenvertretung vereinbart wird und potenzielle Vermieterhonorare vom Mieterhonorar in Abzug zu bringen sind. Weiters können Faktoren wie Prozesse zur Vermeidung von Interessenkonflikten innerhalb der Organisation des Dienstleisters, Zertifizierungen etc. abgefragt werden, um Transparenz zu schaffen.

5.2 Ethik und Moral im Kontext der Maklerdienstleistung

Professionelle und seriöse Maklerdienstleistungen setzen beim ausführenden Dienstleister ein Moralverständnis und korrektes Verhalten im Rahmen von Geschäftsethik voraus.

Ethik ist einer der großen Teilbereiche der Philosophie und befasst sich mit Moral, insbesondere hinsichtlich ihrer Begründbarkeit. Sie ist eine praktische Philosophie, da sie sich mit menschlichem Handeln befasst. Die allgemeine Ethik wird als Disziplin verstanden, deren Aufgabe es ist, gutes und schlechtes Handeln und die Bewertung der Motive und Folgen aufzustellen. Ziel der Ethik ist die Erarbeitung von allgemeingültigen Normen und Werten. Ethik als philosophische Disziplin sucht nach Antworten, wie in bestimmten Situationen gehandelt werden soll. ¹¹⁵

Moral bezeichnet faktische Handlungsmuster, -konventionen oder –prinzipien bestimmter Individuen, Gruppen bzw. Kulturen. Die Ausdrücke Moral, Sitte und Ethos sind weitgehend gleichbedeutend. Moral im engeren Sinn bezeichnet die subjektive Neigung, der Sitte oder Moral im weiteren Sinn bzw. der als richtig angesehenen Maxime in der eigenen Handlungsweise zu folgen. ¹¹⁶

¹¹⁵ vgl. Wikimedia (2012): Ethik

¹¹⁶ vgl. Wikimedia (2012): Moral

Auf welchem Niveau von Moralverständnis sich Personen bewegen können, lässt sich anhand des von Lawrence Kohlberg¹¹⁷ entwickelten Modells der kognitiven Moralentwicklung beschreiben. Kohlbergs Modell unterscheidet drei Entwicklungsstufen (Präkonventionelles Stadium, Konventionelles Stadium und Postkonventionelles Stadium). Diese werden wiederum in insgesamt sechs Stufen unterteilt. Der überwiegende Teil der Menschen überschreitet im Rahmen seiner Entwicklung Stufe drei bzw. vier (Konventionelles Stadium) nicht. Menschen auf dieser Stufe orientieren ihr Verhalten nach den Regeln der Umwelt, sie erfahren Anerkennung, weil sie „nett“ sind, sie leben die Regeln der Gesellschaft, ohne sich ein eigenes Urteil gebildet zu haben. Richtiges Verhalten bedeutet, seine Pflicht zu tun.¹¹⁸

Der Prozess der Moralentwicklung ist nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt im Leben abgeschlossen, dennoch erreichen nur 25% der Menschen Stufe fünf, die Sozialvertragsorientierung, in der man sich der Relativität der eigenen Ansichten bewusst ist. Außerhalb der gesetzlich festgelegten Rahmenbedingungen basieren Verpflichtungen auf freier Übereinkunft und Verträgen, das eigene Verhalten wird an allgemeingültigen ethischen Prinzipien gemessen.¹¹⁹

Regeln zu leben, ohne ein eigenes Urteil gebildet zu haben, kann in der Komplexität der Begleitung von Gewerbeimmobilientransaktionen nicht das ausreichende Maß der Moralentwicklung eines Dienstleisters darstellen. Sieht man den Makler als Vertriebsmitarbeiter, dann muss man Kritik, die Verkäufern entgegengebracht wird, die vorwiegend leistungsbezogen bezahlt werden, auch auf den Makler anwenden.

Kritiker argumentieren, dass eine Vertriebsfunktion mit provisionsbasierter Bezahlung prinzipiell im besten Fall Personen mit fragwürdiger moralischer und ethischer Grundhaltung anziehen kann und sich im schlechtesten Fall mit völlig skrupellosen Personen besetzt wiederfindet.¹²⁰ Das Selbstinteresse, die Optimierung des eigenen Nutzens, wird durch die umsatzabhängige Entlohnung

¹¹⁷ *25. Oktober 1927, †19. Januar 1987

¹¹⁸ vgl. Wikimedia (2012): Lawrence Kohlberg

¹¹⁹ vgl. Wikimedia (2012): Lawrence Kohlberg

¹²⁰ vgl. Izzo (2000): S. 125

unterstützt, wenn nicht mitbegründet. Der Grundsatz, dass der Mitarbeiter mehr verdient, wenn das Unternehmen mehr verdient, lässt sich schwer mit den Interessen des Auftraggebers in Einklang bringen, und stellt einen Interessenkonflikt dar.

„The concept of professional ethics is more than an acceptable measure by which to gauge the virtuousness of those engaged in a profession. For many of those engaged in various professions, it means a concept that embraces a certain moral reasoning ability, which permits the practitioner to make judgments unaffected by the self interest that may impair an individual’s professional responsibility.“¹²¹

Die RICS widmet der Berufsethik in REABS ein eigenes Kapitel und führt dazu wie folgt aus:

„Ethische Verpflichtungen verkörpern jedoch¹²² eine höhere Ebene der Verantwortung und beinhalten unter Umständen nicht nur rechtliche, sondern auch moralische Verpflichtungen. Die Lösung von Problemen erfordert häufig eine subjektive Entscheidung, die auf Grundlage Ihrer eigenen ethischen Werte und den in beruflichen Verhaltensrichtlinien festgelegten ethischen Regeln getroffen werden muss.“¹²³

Auf Unternehmensebene ist darüber hinaus die „Corporate Social Responsibility“ (CSR) im Rahmen der generellen Geschäftsethik zu definieren, die den freiwilligen Beitrag der Wirtschaft zu einer nachhaltigen Entwicklung umschreibt, die über die gesetzlichen Forderungen hinausgeht. Dies betrifft das Handeln in der eigentlichen Geschäftstätigkeit – dem Markt, ökologisch relevante Aspekte, aber auch die Beziehungen zu Mitarbeitern und Austausch mit den relevanten Anspruchs- bzw. Interessensgruppen.¹²⁴

¹²¹ Izzo (2000): S. 125

¹²² Anm: neben der rechtlichen Verantwortung die aus dem Gesetz entsteht

¹²³ RICS (2011): S. 7

¹²⁴ Wikimedia Foundation Inc. (2012): Corporate Social Responsibility

Es können die gesellschaftlichen Ebenen der Verantwortung in vier Stufen unterteilt werden:¹²⁵

- Die ökonomische Verantwortung besagt, dass ein Unternehmen mindestens kostendeckend wirtschaften muss.
- Die gesetzliche Verantwortung sagt, dass ein Unternehmen keinen illegalen Tätigkeiten nachgehen darf und die gesetzlichen Bestimmungen befolgen muss.
- Die ethische Verantwortung beschreibt die Anforderung an das Unternehmen, fair und ethisch über die Gesetze hinaus zu handeln.
- Die vierte Ebene wird als philanthropische Verantwortung bezeichnet, sie beschreibt kreatives gesellschaftliches Engagement über die gesellschaftliche Erwartung hinaus.¹²⁶

Die Auseinandersetzung mit Fragen der Geschäftsethik und der „Corporate Social Responsibility“ helfen letztendlich dem Management bzw. den Mitarbeitern, ethische Probleme besser zu identifizieren, zu analysieren und zu lösen.¹²⁷

Jedoch bedarf es dort, wo die Wichtigkeit ethischen Handelns erkannt wird, der Implementierung eines Systems, das immer wieder hinterfragt wird, um Vergleichbarkeit, Wiederholbarkeit und Gerechtigkeit herzustellen. Die Implementierung ist kurzfristig gesehen eine Investition, langfristig stärkt sie allerdings die eigene Position.¹²⁸

¹²⁵ Anm. Das Modell ist das „Vier-Stufen-Modell“ von Archie B. Carroll

¹²⁶ vgl. Wikimedia Foundation Inc. (2012): Corporate Social Responsibility

¹²⁷ vgl. Wikimedia Foundation Inc. (2012): Business Ethics

¹²⁸ vgl. Klavan (2011): S. 2

5.3 Management von Interessenkonflikten

Immobilienmanagement birgt – insbesondere wenn ein Unternehmen bzw. ein Dienstleister eine Bandbreite an Dienstleistungen anbietet und erbringt – Potenzial für Interessenkonflikte.

Dies zieht sich von der Immobilienverwaltung, wo teils gegenläufige Interessen zu vertreten sind, über die Arbeit des Maklers – der z.B. einen Mieter bei Verhandlungen gegenüber einem Eigentümer vertritt, dessen Haus auch durch das Unternehmen verwaltet wird, das den Makler beschäftigt. Interessenkonflikte liegen auch zwischen der Arbeit des Immobilienbewerter und des Maklers vor, der mit der Veräußerung der Immobilie beauftragt ist. Ein Interessenkonflikt kann aber auch ethischer Natur sein, und aufgrund einer Weisung eines Auftraggebers und der Haltung des Auftragnehmers entstehen.

Ein immanenter Interessenkonflikt zwischen Makler und Auftraggeber entsteht alleine aus den allgemein geltenden und üblichen statischen Provisionssätzen, die nur eine mehr als beschränkte Motivation bilden, die Preise aggressiv im Namen des jeweiligen Auftragnehmers zu verhandeln.¹²⁹

Nicht zuletzt kann es aus der Sicht des Auftraggebers Potenzial hinsichtlich eines Interessenkonflikte beim Auftragnehmer geben, wo faktisch überhaupt keines ist, und wo es einer einfachen Aufklärung bedürfen würde.

Es könnten Konfliktbereich wie folgt definiert werden:

- Wenn der Dienstleister einen finanziellen Vorteil auf Kosten des Auftraggebers erzielen kann (oder einen eigenen Verlust abwenden kann);
- Wenn der Dienstleister ein Eigeninteresse (abgesehen von dem ihm zustehenden Honorar) am Resultat der Transaktion hat, die er begleitet hat, und dieses Interesse nicht mit dem des Eigentümers übereinstimmt;

¹²⁹ Siehe dazu auch Kapitel 2.4.3.

- Wenn er zwei oder mehr Parteien vertritt, oder vor hat, zwei oder mehr Parteien zu vertreten, deren Interessen tatsächlich oder potenziell gegenläufig sind;
- Wenn er einen Auftraggeber vertritt und selbst einen finanziellen oder sonstigen Vorteil hätte einen anderen Auftraggeber zu favorisieren;
- Wenn der Auftraggeber dieselbe Tätigkeit ausübt wie der Auftragnehmer;
- Oder wenn der Dienstleister irgendwelche Zuwendungen von einer anderen Person als dem Auftraggeber erwarten würde oder kann, die aus der Arbeit für den Auftraggeber resultiert.¹³⁰

Die meisten der potenziellen Konfliktbereiche könnten durch eine auf durchschnittlichem Niveau befindliche moralische und ethische Grundeinstellung des Dienstleisters bereits ausgeschlossen werden. Es gilt aber hier wieder zu berücksichtigen, was als illegal und was als gegen die guten Sitten zu definieren ist.

Neben dem Grundanspruch, dass der Dienstleister nicht gegen das Gesetz verstoßen sollte, müsste er auch die Sicherheit haben, dass der Dienstleister nur Aufträge grundsätzlich akzeptiert, bei denen er sich in der Lage sieht, aufgrund seiner Ressourcenausstattung (qualitativ und quantitativ) den Auftrag erfolgreich abwickeln zu können und damit keine Interessen bestehender Kunden zu verletzen.

Die Interessenverletzung bzw. das Potenzial dazu, kann bei Auftragsannahme durch klar definierte Pflichtenkataloge reduziert werden. Die Offenlegung gegenüber allen Parteien, sobald Interessenkonflikte absehbar sind, gilt grundsätzlich als obligatorisch.

Der Dienstleister hat ebenso seine Unabhängigkeit und Objektivität zu untermauern, ein Umstand der die Objektivität in der Beurteilungsfähigkeit des Auftragnehmers bedingen könnte, ist anzuzeigen und als Interessenkonflikt zu werten.

¹³⁰ Vgl. CBRE (2012): Managing conflicts of interest

Das Management von Interessenkonflikten lässt sich in den meisten Fällen auf den Transparenzanspruch gegenüber dem Auftraggeber reduzieren. Interne Regulierungen beim Auftraggeber hinsichtlich des Zugangs zu Information – physisch wie auch elektronisch – in Form von „Chinese Wall“-Systemen sind neben der persönlichen Verpflichtung der Mitarbeiter, keine vertraulichen Informationen auszutauschen, als Standard zu berücksichtigen.

5.4 Die Rolle der Reputation

Reputation aufgrund der Geschäftsgebarung ist für Unternehmen und Personen, die keine greifbaren Produkte herstellen, an denen sie messbar wären, sondern rein in der Dienstleistung der Beratung tätig sind, wesentliches Kapital.

Unter Reputation versteht man in der Grundbezeichnung den Ruf eines Menschen, einer Gruppe oder einer Organisation. Bei Unternehmen zählt Reputation zum immateriellen Vermögen und ist Bestandteil des Firmenwertes wie z.B. Patente auch. Reputation basiert auf Anerkennung des ökonomischen, kulturellen und sozialen Kapitals der Reputationsträger.¹³¹

Sie hat im Gewerbeimmobilienbereich noch wesentlich weitere Tragweite als im Wohnimmobiliensektor, da der Einmalkontakt wie beim Wohnungskäufer die Ausnahme bildet. Selbst der vermittelte Eigennutzer einer Immobilie kann in den Folgejahren nach Abschluss der Akquisition – sollte er mit der Dienstleistung zufrieden gewesen sein – weiter betreut werden. Dies kann Verwaltungsagenden oder Bewertungen hinsichtlich seiner Bilanzierung, aber auch die Vermietung von nicht benötigten Flächen betreffen, um einige Beispiele zu nennen.

Am Büromarkt sind Bindungen seitens der Mieter von 5 Jahren die Regel. Ein Makler wird die Chance haben, den Mieter nach 4 Jahren wieder zu betreuen bzw. auch in der Optimierung seiner Mietvertragskonditionen zu beraten.

Durch positive Reputation entsteht positives Image, und dies hat wesentlichen Einfluss auf die Kaufentscheidung bei der Vermittlung von Immobilien. Ein weiterer entscheidender Einflussfaktor ist sicherlich der Nachweis von erfolgreichen

¹³¹ vgl. Wikimedia (2012): Reputation

Referenztransaktionen und persönlichen Referenzen, die über die Qualität der erbrachten Dienstleistung Aussage treffen können.¹³²

In der vorangegangenen Diskussion über Kompensation, Nutzenoptimierung sowie Ethik und Moral wurde die Funktion der Reputation als Quelle des Folgegeschäfts und der Weiterempfehlung außer Acht gelassen.

Der Makler, dem ein Anreiz gegeben ist, an dem für den Auftraggeber aufgrund von Engagement erzielten Verhandlungsergebnis zu partizipieren, und der das Folgegeschäft und die positive Weiterempfehlung als wesentlichen Bestandteil seiner Nutzenoptimierung gelten lässt, wird sich aus Eigeninteresse an Standards orientieren, die die gesetzlichen Mindestanforderungen übersteigen.

¹³² vgl. Breckoff (2008): S. 2

6. Schlussfolgerung

Es konnte im Rahmen dieser Arbeit gezeigt werden, dass es Formen von Doppelvertretung in nahezu allen beobachteten Regionen und Ländern gibt, und dass die Regulative sehr unterschiedlich sein können. Diese unterscheiden sich erheblich in den einzelnen europäischen Ländern sowie auch in den jeweiligen Bundesstaaten der USA.

Die Position des Verbandes - beispielsweise in den USA - ist stark genug, verbindliche Regelungen und Standards aufzulegen, denen sich die Mitglieder zu unterwerfen haben. Die Verbandsempfehlungen geben einen deutlich strikteren Rahmen vor, als es das Gesetz tut. Das Potenzial zur Selbstregulierung im Rahmen der Doppeltätigkeit über eine Verbandsmitgliedschaft nach amerikanischem Beispiel ist in Österreich derzeit nicht gegeben.

Das MaklerG in Österreich spricht wiederholt von abweichendem Geschäftsgebrauch bei Immobilienmaklern. Es ist zu hinterfragen, ob dieser abweichende Geschäftsgebrauch, der im Jahr 1996 verankert wurde, 16 Jahre danach vor dem Hintergrund der Harmonisierung der Geschäftspraktiken in Europa noch Gültigkeit hat. Wenn man dem Grundprinzip gegenüber treu sein will, dass jeder Auftraggeber vor Abschluss eines Auftrages wissen soll, welcher Makler wen vertritt¹³³, dann wären die Formulierungen hinsichtlich des abweichenden Geschäftsgebrauches zu streichen und das MaklerG in vollem Umfang für den Immobilienmakler anzuwenden. Dies wäre ein erster Schritt Richtung Harmonisierung der österreichischen Rechtslage auch mit der ÖN EN 15733.

Es findet derzeit in Österreich eine Diskussion statt, ob eine Richtungsänderung hinsichtlich einseitiger Vertretung darstellbar wäre, und mit welchen wirtschaftlichen Konsequenzen dies verbunden wäre.¹³⁴ Mit Wegfall der Möglichkeit zur Doppelmaklertätigkeit wären die Höchstprovisionssätze gemäß IMV aufzuheben. Ein gesetzliches Verbot von Doppelmaklertätigkeit wäre jedenfalls überzogen, der

¹³³ vgl. S.6 dieser Arbeit bzw. 2 BlgNR 20, S. 13, Abs. 4

¹³⁴ vgl. S. 3 dieser Arbeit bzw. BMWFJ (2010): Beantwortung einer Anfrage

wirkliche Mangel liegt daran, dass der Doppelmakler nicht vor Auftragsabschluss seiner Aufklärungspflicht nachzukommen hat. Dies ist im Sinne von Förderung der Qualität der Dienstleistung des Maklers in Österreich zu reparieren. Ein anderer gangbarer Weg wäre die Einräumung der Möglichkeit der Kündigung des Auftragsverhältnisses für die dritte, später involvierte Partei, sobald der Makler bekannt gibt, dass er als Doppelmakler tätig ist.

Es ist unzureichend, auf die mögliche Doppeltätigkeit in AGBs hinzuweisen, vielmehr sollte dies – wie der verpflichtende Hinweis auf ein wirtschaftliches Naheverhältnis zum Vermieter/Verkäufer auch – gesondert im Objektexposé angeführt sein.

Die ÖN EN 15733 ist richtungweisend und spiegelt den Standard wider, der auch von großen international etablierten Verbänden und Interessenvertretungen von der Qualität der Maklerdienstleistung erwartet wird. Es bedarf jedoch weiterer Bemühungen, die Maklerunternehmen zu motivieren, sich nach ÖN EN 15733 zertifizieren zu lassen, um die Zertifizierung als wirkliches Qualitätsmerkmal hervorzuheben.

Egal ob man nun die REABS der RICS oder die ÖN EN 15733 als Standard heranzieht, es ist anzunehmen, dass der Makler mit Aufnahme der Doppeltätigkeit nach den in Österreich gültigen gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht mehr den Sorgfaltspflichten, die ihm aufzuerlegen wären, nachkommen könnte.¹³⁵

Auf Basis der angeführten Argumente und Diskussion des Themas, insbesondere auch mit Verweis auf die Matrix auf Seite 36 dieser Arbeit, kann die These

„Die fehlende gesetzliche Offenlegungs- und Informationspflicht im Falle der Doppelvertretung am Gewerbeimmobilienmarkt ist nicht mit international geltenden Verhaltensstandards auf den Immobilienmärkten vereinbar “

verifiziert werden.

¹³⁵ vg. z.B. die Sorgfaltspflichten der RICS in den REABS in RICS (2011): S. 8

Eine Gesetzesänderung hinsichtlich der Offenlegung von Doppeltätigkeit außerhalb des Verbrauchergeschäftes scheint notwendig. Noch wichtiger wäre jedoch – wenn man sich an internationaler Maklerpraxis orientiert – die Selbstregulierung der Makler und den eigenen Selbstanspruch an die einseitige Interessenvertretung zu fördern.

Kurzfassung

Das österreichische Maklergesetz sieht in §5 (1) MaklerG vor, dass der Makler ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftragnehmers nicht zugleich für den Dritten tätig werden darf. Der Gesetzgeber hat jedoch 1996, als das MaklerG in Kraft getreten ist, eine Ausnahmeformulierung integriert, die ebendies für den Immobilienmakler möglich macht. Die Begründung lag darin, dass die Ausnahme aufgrund des abweichenden Geschäftsgebrauchs des Immobilienmaklers notwendig ist.

Es wurde die Informationspflicht umgekehrt und festgelegt, dass der Makler die oder den Auftraggeber informieren muss, falls er nur die Interessen einer Partei wahrnimmt und vertritt. Die Verpflichtung zur Offenlegung im Fall der Doppelvertretung außerhalb des Konsumentengeschäftes existiert nicht.

Die Doppeltätigkeit des Immobilienmaklers ist nicht grundsätzlich zu verwerfen, die Praxis existiert in nahezu allen etablierten und entwickelten Immobilienmärkten – ein Verbot der Doppeltätigkeit ist praktisch nicht zu beobachten. Es widerspricht jedoch anerkannter Praxis im Rahmen der Vermeidung von Interessenkonflikten, diametrale Interessen zweier Parteien in einem Umfeld asymmetrischer, unvollständiger Information in einem nicht offengelegten Doppelvertretungsverhältnis zu bearbeiten.

Die 2010 publizierte ÖNORM EN 15733, die von der RICS publizierten „Real Estate Agency and Brokerage Standards“ und auch der „Code of Ethics“ der weltweit größten Interessenvertretung im Immobilienbereich – der amerikanischen „National Association of Realtors“ – setzen weit höhere Maßstäbe und Standards an Transparenz, ethisches Verhalten und Integrität im Rahmen der Maklerdienstleistung.

Von Verbänden und Interessenvertretungen auferlegte Verhaltenskodizes erscheinen als gerechtfertigtes Instrument zur Selbstregulierung in der Branche. Ebenso erscheint aber auch vor dem Hintergrund der Harmonisierung der Geschäftspraktiken in Europa eine Anpassung der Formulierung des MaklerG als angemessen.

Literaturverzeichnis

Breckoff, Alexis: Broker vs. Makler; In: Immobilienmanager; Immobilienmanager Verlag IMV GmbH & Co. KG (Hrsg.); Köln 2008

Bydlinski, Sonja: Das Maklergesetz und die Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes durch das Bundesgesetz BGBl 1996. Mit Auszügen aus der Regierungsvorlage und erläuternden Anmerkungen; Manz Verlag (Hrsg.); Wien 1996

CBRE: Global Office Occupier Guide 2011; Los Angeles 2011

CBRE: Managing Conflicts of Interest; Los Angeles 2012

CEN: EN 15733 Dienstleistungen von Immobilienmaklern; CEN (Hrsg.), Brüssel 2009

CEPI: European Code of Ethics for Real Estate Professionals; CEPI (Hrsg.), Brüssel 2006

Fromherz, Wolfgang: Maklergesetz, Kommentar, Springer Verlag (Hrsg.), Wien 1997

Gardiner, J'Noel et al.: The Impact of Dual Agency; In: Journal of Real Estate; Springer Science + Business Media (Hrsg.), Ausgabe 35; 2007

Hardin, William G. et al.: Brokerage Intermediation in the Commercial Property Market; In: Journal of Real Estate Research; American Real Estate Society (Hrsg.), Vol 31, No. 4; 2009

Hawaii Real Estate Commission: Understanding Agency Disclosure – A Guidebook for Real Estate Professional; Honolulu 1987

Izzo, George: Cognitive Moral Development and Real Estate Practitioners; In: Journal of Real Estate Research; American Real Estate Society (Hrsg.); Vol. 20, No. 1-2, 2000

Kothbauer, Christoph: Zur Kausalität der Maklertätigkeit bei (vorläufigem) Scheitern der Vertragsverhandlungen, in: Wohnrechtliche Blätter (wobl) 2011, Springer Verlag (Hrsg.); Wien 2011

Klaban, Peter: Ethik in der Immobilienwirtschaft – Kirchliche Institutionen als Eigentümer und Immobilienverwalter, Master These am Continuing Education Center der TU Wien, Wien 2011

Knittl, Carl / Holzapfel, Anton: Maklerrecht Österreich Edition ÖVI Immobilienakademie – ÖVI Immobilienakademie Betriebs-GmbH (Hrsg.), Wien 2011

Krenn, Harald: Die Doppelvertretung im Maklerrecht, Diplomarbeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Institut für Handels- und Wertpapierrecht der Karl-Franzens-Universität Graz, Graz 1999

Lehofer, Hans Peter: Immobilienmakler : Provisionen und Doppeltätigkeit im europäischen Vergleich, Kammer für Arbeiter und Angestellte (Hrsg.), Wien 1998

Limberg, Clemens: Immobilienmakler im Interessenkonflikt, erschienen in: ecolex 4/2011, Manz Verlag (Hrsg.); Wien 2011

Marsh, Gene / Zumpano, Leonard: Agency Theory and the Changing Role of the Real Estate Broker: Conflicts and Possible Solutions, Working Paper Series, Dept. of Economics, Finance and Legal Studies, University of Alabama, 1988

Mersel, H. Mark: The Dual Agency Trap in Commercial Brokerage; In: Orange County Business Journal, Vol. 19, Issue 31, 1996

Micelli, Thomas J. et al.: Is the Compensation Model for Real Estate Brokers Obsolete?; In: Journal of Real Estate; Springer Science + Business Media (Hrsg.), Ausgabe 35; 2007

NAR: Code of Ethics and Standards of Practice of the National Association of Realtors, Chicago 2012

Noss, Vera: Maklerrecht; Manz Verlag; Wien 2007

Prader, Christian / Markl, Christian: Zum Provisionsanspruch des Bauträgermaklers; erschienen in: Immolex 7-8 2011; Manz Verlag (Hrsg.); Wien 2011

RICS – Royal Institution of Chartered Surveyors: Real estate agency and brokerage standards; RICS (Hrsg.), Coventry, 2011

RICS – Royal Institution of Chartered Surveyors: Rules of Conduct for Members; RICS (Hrsg.), London, 2007

RICS – Royal Institution of Chartered Surveyors: Conflicts of interest (Hrsg.), Coventry, 2012

Shy, Oz: Real Estate Brokers and Commissions; In: Research Review, Juli – Dec. 2009, Federal Reserve Bank of Boston (Hrsg.); Boston 2009

Turnbull, Geoffrey K. / Dombrow, Jonathan: Individual Agents, Firms, and the Real Estate Brokerage Process; ; In: Journal of Real Estate; Springer Science + Business Media (Hrsg.), Ausgabe 35; 2007

Yavas, Abdullah: Introduction: Real Estate Brokerage; In: Journal of Real Estate; Springer Science + Business Media (Hrsg.), Ausgabe 35; 2007

Internetquellen:

BWFJ (2010): Anfragebeantwortung durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend Dr. Reinhold Mitterlehner zu der schriftlichen Anfrage (6712/J) der Abgeordneten Bernhard Themessl, Kolleginnen und Kollegen an den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend betreffend Immobilienmaklerverordnung.

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_06587/index.shtml - abgefragt am 20.11.2011

CEN (2012): Compass; <ftp://ftp.cen.eu/CEN/AboutUs/Publications/Compass.pdf> - abgefragt am 15.1.2012

DIN (2012): Entstehung einer europäischen Norm;
<http://www.din.de/cmd?level=tpl-unterrubrik&menuid=47390&cmsareaid=47390&menurubricid=47498&cmsrubid=47498&menusubrubid=47510&cmssubrubid=47510> - abgefragt am 20.1.2012

Gabler Wirtschaftslexikon (2012): Adverse Selektion;
<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/922/adverse-selection-v6.html>
- abgefragt am 2.3.2012

Gabler Wirtschaftslexikon (2012): Informationsasymmetrie;
<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/923/informationsasymmetrie-v6.html>
- abgefragt am 2.3.2012

Gabler Wirtschaftslexikon (2012): Moral Hazard; -
<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/8510/moral-hazard-v6.html>
abgefragt am 2.3.2012

Gabler Wirtschaftslexikon (2012): Prinzipal-Agent-Theorie;
<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/924/prinzipal-agent-theorie-v7.html> -
abgefragt am 2.3.2012

IVD (2012): Regeln, die Maßstäbe setzen; <http://www.ivd.net/der-bundesverband/der-ivd/satzung-und-regularien.html> - abgefragt am 22.12.2012

NAR (2012): Code of Ethics; <http://www.realtor.org/mempolweb.nsf/pages/code> -
abgefragt am 23.1.2012

NAR (2008): Duties of a Licensee in a Non-Agency Capacity;
[http://www.realtor.org/letterlw.nsf/881783400e7d81e986256b58007e74bd/15f9d09c1594d6528625693b0070dfee/\\$FILE/Licduty.doc](http://www.realtor.org/letterlw.nsf/881783400e7d81e986256b58007e74bd/15f9d09c1594d6528625693b0070dfee/$FILE/Licduty.doc)

- abgefragt am 23.1.2012

NAR (2008): Field Guide to the History of the National Association of Realtors;
<http://www.realtor.org/library/library/fg002> - abgefragt am 23.1.2012

RICS – Royal Institution of Chartered Surveyors (2011): Die RICS weltweit:
<http://www.joinricsineurope.eu/de/articles/view/die-rics-weltweit-228> - abgefragt am 15.1.2012

Rohr (2011): Maklerrecht; http://www.breiholdt.de/main_maklerrecht.html - abgefragt am 15.2.2012

WKO (2003): Besondere Standesregeln für Immobilienmakler;
http://www.wkimmo.info/i/wko/service/standesrl_makler.pdf - abgefragt am 30.9.2011

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Corporate Social Responsibility;
http://de.wikipedia.org/wiki/Corporate_Social_Responsibility - abgefragt am 6.3.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Ethik; <http://de.wikipedia.org/wiki/Ethik> – abgefragt am 16.3.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Europäisches Komitee für Normung;
http://de.wikipedia.org/wiki/Europ%C3%A4isches_Komitee_f%C3%BCr_Normung – abgefragt am 15.1.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2011): Examensrepetitorium Jura: BGB Schuldrecht: Maklervertrag;
http://de.wikibooks.org/wiki/Examensrepetitorium_Jura:_BGB_Schuldrecht:_Maklervortrag – abgefragt am 22.2.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Lawrence Kohlberg;
http://de.wikipedia.org/wiki/Lawrence_Kohlberg - abgefragt am 5.3.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Moral; <http://de.wikipedia.org/wiki/Moral> – abgefragt am 16.3.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2011): National Association of Realtors;
http://en.wikipedia.org/wiki/National_Association_of_Realtors - abgefragt am
22.1.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Prinzipal-Agent-Theorie;
<http://de.wikipedia.org/wiki/Prinzipal-Agent-Theorie> - abgefragt am 3.2.2012

Wikimedia Foundation Inc. (2012): Reputation;
<http://de.wikipedia.org/wiki/EReputation> – abgefragt am 16.3.2012