

2 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP

Nachdruck vom 30. 1. 1996

Regierungsvorlage

Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler und über Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes (Maklergesetz – MaklerG)

Der Nationalrat hat beschlossen:

Artikel I

Maklergesetz

1. Teil: ALLGEMEINER TEIL

Begriff und Tätigkeit des Maklers

Begriff

§ 1. Makler ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein.

Befugnisse des Maklers

§ 2. (1) Ohne ausdrückliche Vereinbarung ist der Makler nicht befugt, für den Auftraggeber das vermittelte Geschäft zu schließen oder Zahlungen vom Dritten entgegenzunehmen.

(2) Der Auftraggeber kann, solange ihm der Dritte weder bekannt ist noch bekannt sein muß, Erklärungen zur Wahrung seiner Rechte an den Makler richten, wenn der Makler befugt ist, Erklärungen, die zum Abschluß des Vertrags mit dem Dritten führen können, mit Rechtswirkung für den Dritten entgegenzunehmen.

Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag

Interessenwahrung und Unterstützung

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

(2) Der Auftraggeber hat den Makler bei der Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit redlich zu unterstützen und eine Weitergabe von mitgeteilten Geschäftsgelegenheiten zu unterlassen.

(3) Makler und Auftraggeber sind verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben.

(4) Bei Verletzung der Pflichten nach den Abs. 1 bis 3 kann Schadenersatz verlangt werden. Soweit dem Makler ein Provisionsanspruch zusteht, kann der Auftraggeber wegen Verletzung wesentlicher Pflichten auch eine Mäßigung nach Maßgabe der durch den Pflichtverstoß bedingten geringeren Verdienstlichkeit des Maklers verlangen.

Vermittlung; Abschluß

§ 4. (1) Mangels anderer Vereinbarung ist der Makler nicht verpflichtet, sich um die Vermittlung zu bemühen.

(2) Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, das angebahnte Geschäft zu schließen.

2

2 der Beilagen

Doppeltätigkeit

§ 5. (1) 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.

(2) Bei Zuwiderhandeln kann der Auftraggeber vom Makler die Herausgabe der unrechtmäßig empfangenen Belohnung und den Ersatz des diesen Betrag übersteigenden Schadens verlangen. § 3 Abs. 4 zweiter Satz bleibt unberührt.

(3) 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.

Provision

§ 6. (1) Der Auftraggeber ist zur Zahlung einer Provision für den Fall verpflichtet, daß das zu vermittelnde Geschäft durch die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit des Maklers mit einem Dritten zustandekommt.

(2) Die bloße Namhaftmachung des Dritten begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.

(3) Der Makler hat auch dann Anspruch auf Provision, wenn auf Grund seiner Tätigkeit zwar nicht das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft, wohl aber ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustandekommt.

(4) Dem Makler steht keine Provision zu, wenn er selbst Vertragspartner des Geschäfts wird. Dies gilt auch, wenn das mit dem Dritten geschlossene Geschäft wirtschaftlich einem Abschluß durch den Makler selbst gleichkommt. Bei einem sonstigen familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten, das die Wahrung der Interessen des Auftraggebers beeinträchtigen könnte, hat der Makler nur dann Anspruch auf Provision, wenn er den Auftraggeber unverzüglich auf dieses Naheverhältnis hinweist.

(5) Liegen die Provisionsvoraussetzungen für ein vermitteltes Geschäft bei zwei oder mehreren Maklern vor, so schuldet der Auftraggeber gleichwohl die Provision nur einmal. Provisionsberechtigt ist der Makler, dessen Verdienstlichkeit an der Vermittlung eindeutig überwogen hat. Läßt sich ein solches Überwiegen nicht feststellen, so ist die Provision nach Maßgabe der Verdienstlichkeit aufzuteilen, im Zweifel zu gleichen Teilen. Hat der Auftraggeber einem von mehreren beteiligten Maklern ohne grobe Fahrlässigkeit zuviel an Provision bezahlt, so ist er von seiner Schuld im Betrag der Überzahlung gegenüber sämtlichen verdienstlichen Maklern befreit. Dadurch verkürzte Makler können von den anderen Maklern den Ausgleich verlangen.

Entstehen des Provisionsanspruchs

§ 7. (1) Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Der Makler hat keinen Anspruch auf einen Vorschuß.

(2) Der Anspruch auf Provision entfällt, wenn und soweit feststeht, daß der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird. Bei Leistungsverzug des Dritten hat der Auftraggeber nachzuweisen, daß er alle zumutbaren Schritte unternommen hat, um den Dritten zur Leistung zu veranlassen.

Höhe des Provisionsanspruchs

§ 8. (1) Ist über die Provisionshöhe nichts Besonderes vereinbart, so gebührt dem Makler die für die erbrachten Vermittlungsleistungen ortsübliche Provision. Läßt sich eine solche nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellen, steht eine angemessene Provision zu.

(2) Nachlässe, die der Auftraggeber dem Dritten gewährt, vermindern nur dann die Berechnungsgrundlage der Provision, wenn sie schon beim Abschluß des Geschäfts vereinbart worden sind.

(3) Der Berechnung der Provision dürfen keine unzulässigen Entgelte zugrundegelegt werden.

Ersatz von Aufwendungen

§ 9. Für die durch den Geschäftsbetrieb entstandenen allgemeinen Kosten und Auslagen kann der Makler keinen Ersatz verlangen. Aufwendungen des Maklers auf Grund von zusätzlichen Aufträgen sind nur dann zu ersetzen, wenn die Ersatzpflicht ausdrücklich vereinbart worden ist. Dies gilt auch dann, wenn das angestrebte Rechtsgeschäft nicht zustande kommt.

Fälligkeit

§ 10. Der Provisionsanspruch und der Anspruch auf den Ersatz zusätzlicher Aufwendungen werden mit ihrer Entstehung fällig.

Verjährung

§ 11. Ansprüche aus dem Maklervertragsverhältnis verjähren in drei Jahren ab Fälligkeit. Die Verjährung ist gehemmt, solange der Makler vom Zustandekommen des vermittelten Geschäfts keine Kenntnis erlangen konnte.

Beendigung des Vertragsverhältnisses

Fristablauf; vorzeitige Auflösung

§ 12. (1) Ein auf bestimmte Zeit geschlossener Maklervertrag endet mit dem Ablauf der Zeit, für die er eingegangen wurde.

(2) Bei Vorliegen wichtiger Gründe kann der Maklervertrag von jedem Vertragspartner ohne Einhaltung einer Frist vorzeitig aufgelöst werden.

Kündigung

§ 13. Ist keine bestimmte Vertragsdauer vereinbart, so kann der Maklervertrag von jedem Vertragspartner jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.

Besondere Vereinbarungen

Alleinvertmittlungsauftrag

§ 14. (1) Verpflichtet sich der Auftraggeber, für das zu vermittelnde Geschäft keinen anderen Makler in Anspruch zu nehmen, so liegt ein Alleinvertmittlungsauftrag vor. Bei diesem muß sich der Makler nach Kräften um die Vermittlung bemühen.

(2) Der Alleinvertmittlungsauftrag kann nur befristet auf angemessene Dauer abgeschlossen werden. Gleiches gilt für jede Verlängerung.

Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs

§ 15. (1) Eine Vereinbarung, wonach der Auftraggeber, etwa als Entschädigung oder Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltung, auch ohne einen dem Makler zurechenbaren Vermittlungserfolg einen Betrag zu leisten hat, ist nur bis zur Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision und nur für den Fall zulässig, daß

1. das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustande kommt, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterläßt;
2. mit dem vom Makler vermittelten Dritten ein anderes als ein zweckgleichwertiges Geschäft zustandekommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt;
3. das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft nicht mit dem Auftraggeber, sondern mit einer anderen Person zustandekommt, weil der Auftraggeber dieser die ihm vom Makler bekanntgegebene Möglichkeit zum Abschluß mitgeteilt hat oder das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten, sondern mit einer anderen Person zustandekommt, weil der vermittelte Dritte dieser die Geschäftsgelegenheit bekanntgegeben hat, oder
4. das Geschäft nicht mit dem vermittelten Dritten zustandekommt, weil ein gesetzliches oder ein vertragliches Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrecht ausgeübt wird.

(2) Eine solche Leistung kann bei einem Alleinvertmittlungsauftrag weiters für den Fall vereinbart werden, daß

4

2 der Beilagen

1. der Alleinvermittlungsauftrag vom Auftraggeber vertragswidrig ohne wichtigen Grund vorzeitig aufgelöst wird;
 2. das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags vertragswidrig durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustandegekommen ist, oder
 3. das Geschäft während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags auf andere Art als durch die Vermittlung eines anderen vom Auftraggeber beauftragten Maklers zustandegekommen ist.
- (3) Leistungen nach Abs. 1 und Abs. 2 gelten als Vergütungsbetrag im Sinn des § 1336 ABGB.

2. Teil: IMMOBILIENMAKLER

Begriff

§ 16. (1) Immobilienmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt.

(2) Die für Immobilienmakler geltenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf den anzuwenden, der von einem Auftraggeber ständig betraut ist oder der eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübt.

Besondere Aufklärungspflicht

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

Zwingende Bestimmungen

§ 18. Von § 4 Abs. 2, § 6, § 7 und § 13 kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgegangen werden.

3. Teil: HANDELSMAKLER

Allgemeine Bestimmungen

Begriff

§ 19. (1) Handelsmakler ist, wer als Makler gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt.

(2) Die für Freie Makler im Sinn des § 57 BörseG, BGBl. Nr. 555/1989, geltenden Vorschriften und Handelsbräuche bleiben unberührt.

Doppeltätigkeit

§ 20. (1) Der Handelsmakler kann grundsätzlich für beide Parteien des zu vermittelnden Geschäfts tätig werden und hat in diesem Fall die Interessen beider Auftraggeber redlich und sorgfältig zu wahren.

(2) Wird der Handelsmakler auftragsgemäß nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig, so hat er dies dem Dritten mitzuteilen.

Schlußnote

§ 21. (1) Der Handelsmakler hat, sofern nicht die Parteien des Geschäfts ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschluß des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, die die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung enthält.

(2) Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

(3) Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmakler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

Vorbehalt der Bezeichnung des Vertragspartners

§ 22. (1) Nimmt der Auftraggeber eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmakler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist er an das Geschäft mit der Partei, welche ihm nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

(2) Die Bezeichnung der anderen Partei ist innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist vorzunehmen.

(3) Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Partei begründete Einwendungen zu erheben, so ist der Auftraggeber befugt, den Handelsmakler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich der Auftraggeber über Aufforderung des Handelsmaklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob er die Erfüllung verlange.

Provision

§ 23. Ist der Handelsmakler für beide Parteien tätig und fehlen eine besondere Vereinbarung und ein abweichender Ortsgebrauch, so gebührt ihm nach Maßgabe der §§ 6 bis 8 eine Provision, die von beiden Auftraggebern je zur Hälfte zu entrichten ist.

Tagebuch

§ 24. (1) Der Handelsmakler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle geschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken: sie haben die im § 21 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist vom Handelsmakler täglich zu unterzeichnen.

(2) § 190 und die §§ 212 bis 216 HGB über die Aufbewahrung und Vorlage von Unterlagen sind auch auf das Tagebuch des Handelsmaklers anzuwenden.

(3) Der Handelsmakler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuch zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist. Dies gilt auch für den Fall der automationsunterstützten Führung des Tagebuchs, bei welcher der Handelsmakler für die inhaltsgleiche, vollständige und geordnete Wiedergabe zu sorgen hat.

Krämermakler

§ 25. Auf Handelsmakler, die die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen, sind die Bestimmungen über Schlußnoten und Tagebücher nicht anzuwenden.

Besondere Bestimmungen für Versicherungsmakler

Begriff

§ 26. (1) Versicherungsmakler ist, wer als Handelsmakler Versicherungsverträge vermittelt. Eine bloße Rahmenprovisionsvereinbarung mit einem Versicherer ändert nichts an der Eigenschaft als Versicherungsmakler, ebensowenig eine ständige Betrauung durch den Versicherungskunden.

(2) Die für Versicherungsmakler geltenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf den anzuwenden, der eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübt.

(3) Soweit die §§ 43 ff. des Versicherungsvertragsgesetzes 1958, BGBl. Nr. 2/1959, anzuwenden sind, ist dieses Bundesgesetz auf die dort geregelten Fragen nicht anzuwenden.

(4) Die Bestimmungen über Schlußnoten und Tagebücher sind auf den Versicherungsmakler nicht anzuwenden.

Doppeltätigkeit mit überwiegender Interessenwahrung; Vermittlungspflicht

§ 27. (1) Der Versicherungsmakler hat trotz Tätigkeit für beide Parteien des Versicherungsvertrags überwiegend die Interessen des Versicherungskunden zu wahren.

(2) Der Versicherungsmakler hat gegenüber dem Versicherungskunden die Pflicht, sich nach Kräften um die Geschäftsvermittlung zu bemühen.

(3) Der Versicherungsmakler ist mangels abweichender Vereinbarung mit dem Versicherer nicht befugt, Erklärungen und Zahlungen des Versicherungskunden für den Versicherer rechtswirksam entgegen-

zunehmen. § 2 Abs. 2 bleibt unberührt. Er hat kein Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht an Zahlungen, die er für den Versicherungskunden oder für den Versicherer entgegennimmt.

Wahrung der Interessen des Versicherungskunden

§ 28. Die Interessenwahrung gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 3 und gemäß § 27 Abs. 1 umfaßt die Aufklärung und Beratung des Versicherungskunden über den zu vermittelnden Versicherungsschutz sowie insbesondere auch folgende Pflichten des Versicherungsmaklers:

1. Erstellung einer angemessenen Risikoanalyse und eines angemessenen Deckungskonzepts;
2. Beurteilung der Solvenz des Versicherers im Rahmen der einem Makler zugänglichen fachlichen Informationen;
3. Vermittlung des nach den Umständen des Einzelfalls bestmöglichen Versicherungsschutzes, wobei sich die Interessenwahrung aus sachlich gerechtfertigten Gründen auf bestimmte örtliche Märkte oder bestimmte Versicherungsprodukte beschränken kann, sofern der Versicherungsmakler dies dem Versicherungskunden ausdrücklich bekanntgibt;
4. Bekanntgabe der für den Versicherungskunden durchgeführten Rechtshandlungen sowie Aushändigung einer Durchschrift der Vertragserklärung des Versicherungskunden, sofern sie schriftlich erfolgte; Aushändigung des Versicherungsscheins (Polizze) sowie der dem Vertrag zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen einschließlich der Bestimmungen über die Festsetzung der Prämie;
5. Prüfung des Versicherungsscheins (Polizze);
6. Unterstützung des Versicherungskunden bei der Abwicklung des Versicherungsverhältnisses vor und nach Eintritt des Versicherungsfalls, namentlich auch bei Wahrnehmung aller für den Versicherungskunden wesentlichen Fristen;
7. laufende Überprüfung der bestehenden Versicherungsverträge sowie gegebenenfalls Unterbreitung geeigneter Vorschläge für eine Verbesserung des Versicherungsschutzes.

Wahrung der Interessen des Versicherers

§ 29. Im Verhältnis zum Versicherer hat der Versicherungsmakler vorwiegend jene Interessen zu wahren, die auch der Versicherungskunde selbst vor und nach Abschluß des Versicherungsvertrags dem Versicherer gegenüber zu beachten hat. Im besonderen ist der Versicherungsmakler verpflichtet, den Versicherer bei der Vertragsanbahnung über ihm bekannte oder erkennbare besondere Risiken zu informieren.

Provision

§ 30. (1) Wenn nicht ausdrücklich und schriftlich etwas Abweichendes vereinbart ist, steht dem Versicherungsmakler aus dem Maklervertrag mit dem Versicherungskunden keine Provision, sonstige Vergütung oder Aufwandsentschädigung zu. Bei erfolgreicher Vermittlung gebührt ihm Provision aus dem mit dem Versicherer geschlossenen Maklervertrag nach Maßgabe des § 6, § 7 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 und Abs. 3.

(2) Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts, wenn und soweit der Versicherungskunde die geschuldete Prämie bezahlt hat oder zahlen hätte müssen, hätte der Versicherer seine Verpflichtungen erfüllt. Wenn der Versicherer gerechtfertigte Gründe für eine Beendigung des Versicherungsvertrags oder eine betragsmäßige Herabsetzung der Versicherungsprämie hat, entfällt bzw. vermindert sich der Provisionsanspruch.

(3) Eine überwiegende Verdienstlichkeit im Sinn des § 6 Abs. 5 liegt bei dem Versicherungsmakler vor, der den vom Versicherungskunden unterfertigten Antrag an den Versicherer weitergeleitet hat.

(4) Ist im Maklervertrag mit dem Versicherer bestimmt, daß dem Versicherungsmakler nach Beendigung des Vertragsverhältnisses für bereits erfolgreich vermittelte Versicherungsverträge weitere Abschlußprovisionen nicht mehr zustehen, so ist diese Vereinbarung insoweit unwirksam, als der Versicherer den Maklervertrag einseitig aufgelöst hat, ohne daß dafür wichtige, vom Versicherungsmakler verschuldete Gründe vorliegen.

Abrechnung und Fälligkeit

§ 31. Die Abrechnung der Provisionsansprüche durch den Versicherer hat längstens einen Monat nach der Entstehung des Provisionsanspruchs zu erfolgen. Die Fälligkeit tritt an dem Tag ein, an dem die Abrechnung erfolgt oder spätestens zu erfolgen hat.

Zwingende Bestimmungen

§ 32. Von § 4 Abs. 2, § 13, § 27 und § 28 erster Satz und Z 1 bis Z 3 kann nicht zum Nachteil des Versicherungskunden abgegangen werden.

4. Teil: PERSONALKREDITVERMITTLER

Begriff

§ 33. Personalkreditvermittler ist, wer als Makler gewerbsmäßig für Kreditwerber Kreditgeschäfte (Geldkreditverträge und Gelddarlehen) im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 3 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993 (BWG), vermittelt, die nicht durch Hypotheken sichergestellt sind.

Wirksamkeit des Kreditvermittlungsvertrags

§ 34. (1) Der Kreditvermittlungsvertrag ist nur rechtswirksam, wenn er schriftlich in ein und derselben Sprache verfaßt ist und ausdrücklich auf die Vermittlung eines Kredits oder eines Darlehens lautet. Eine durch den Kreditvermittler für den Kreditwerber hergestellte Übersetzung des Kreditvermittlungsvertrags oder sonstiger damit im Zusammenhang stehender Schriftstücke in eine andere Sprache muß den gesamten Text erfassen.

(2) Der Kreditvermittlungsvertrag hat bei sonstiger Unwirksamkeit folgende Angaben zu enthalten:

1. Die genaue Bezifferung der gewünschten Kredithöhe; dies ist jener Betrag, der ohne Abzüge tatsächlich an den Kreditnehmer ausbezahlt wird (Nettokredit); diese Bezifferung darf durch den ausdrücklichen Zusatz ergänzt werden, daß der Kreditwerber mit der Vermittlung des Kredits in einer geringeren als der genau bezifferten Höhe einverstanden ist; in diesem Fall ist jedoch die Kredithöhe, die zumindest vermittelt werden muß, genau zu beziffern;
2. als Höchstbeträge die in § 33 Abs. 2 Z 1, 2 und 5 BWG angeführten Angaben sowie die ziffernmäßig ausgedrückte Höchstprovision; die höchstmögliche Gesamtbelastung, aufgegliedert in die höchstmögliche Kreditbelastung und die höchstmögliche Provision;
3. den spätesten Zeitpunkt für das Vorliegen der Kreditzusage, die Mindest- und Höchstlaufzeit des Kredits und sämtliche Bedingungen für die Kreditgewährung, die der Kreditwerber zu akzeptieren bereit ist, wie eine Zinsgleitklausel, die an objektive Maßstäbe zu binden ist (§ 33 Abs. 2 Z 4 BWG), die Gehaltsverpfändung, die Bestellung eines Bürgen, die Ausstellung eines Blankowechsels und die Vereinbarung der Folgen des Zahlungsverzugs unter Angabe des höchstmöglichen Verzugszinssatzes.

Befristung

§ 35. Der Kreditvermittlungsvertrag kann nur befristet auf die Dauer von höchstens vier Wochen abgeschlossen werden. Diese Frist beginnt zu dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem die vom Kreditwerber für die Einräumung des Kredits nachzuweisenden Voraussetzungen beim Personalkreditvermittler vorliegen.

Inkassotätigkeit des Personalkreditvermittlers

§ 36. Eine Vereinbarung, wonach der Vermittler gegenüber dem Kreditgeber die Einziehung fälliger Forderungen aus von ihm vermittelten Krediten übernimmt, ist unwirksam, es sei denn, daß es sich um eine für den Kreditnehmer kostenlose Einziehung fälliger Forderungen handelt.

Unzulässige Vergütungen

§ 37. Vergütungen wie Einschreib-, Vormerk- und Bearbeitungsgebühren sowie eine Vergütung für eine durch den Kreditvermittler für den Kreditwerber hergestellte Übersetzung des Kreditvermittlungsvertrags oder sonstiger damit in Zusammenhang stehender Schriftstücke können nicht rechtswirksam vereinbart werden. Dasselbe gilt für Ablichtungen oder Gleichschriften des Kreditvermittlungsvertrags.

Vermittlung unzulässiger Kreditverträge

§ 38. Die Vermittlung eines Kreditvertrags oder eines Darlehens ist unzulässig, ein Provisionsanspruch entsteht nicht, wenn

1. vom Darlehenswerber die Unterfertigung eines Blankowechsels verlangt wird, in dem nicht das Kreditinstitut, das das Darlehen gewährt, als Wechselnehmer (Remittent) angeführt ist;
2. bei einem nicht von einem Kreditinstitut zu gewährenden Darlehen vom Darlehenswerber die Unterfertigung eines Blankowechsels verlangt wird und die Begebung dieses Blankowechsels

nicht Zug um Zug mit der Zuzählung des gesamten Darlehensbetrags, sondern zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen soll;

3. vom Kreditwerber die Unterfertigung eines Blankowechsels verlangt wird und die Begebung dieses Blankowechsels vor der Einigung über die Einräumung des Kredits erfolgen soll;
4. entgegen § 11 KSchG die Übergabe eines Orderwechsels vereinbart ist.

Informationspflicht

§ 39. (1) Der Personalkreditvermittler ist verpflichtet, spätestens bei der Zuzählung des vermittelten Kredits dem Kreditwerber Namen und Anschrift des Kreditgebers mitzuteilen.

(2) Verletzt der Kreditvermittler diese Pflicht, so hat der Kreditnehmer

1. dem Kreditvermittler keine Provision oder sonstigen Vergütungen und
2. dem Kreditgeber die vereinbarten Zinsen und sonstigen Vergütungen nur soweit zu zahlen, als sie das Zweifache des im Zeitpunkt der Schließung des Kreditvertrags von der Oesterreichischen Nationalbank festgesetzten Eskontzinsfußes nicht übersteigen.

(3) Ist der Kreditvermittler nur auf Veranlassung des Kreditwerbers tätig geworden, so gilt der Abs. 2 Z 2 nicht. Hat infolgedessen der Kreditnehmer mehr zu zahlen, als er bei dessen Geltung zu zahlen hätte, so hat der Kreditvermittler den Kreditwerber von der Pflicht zur Zahlung dieser Mehrbeträge an den Kreditgeber zu befreien beziehungsweise dem Kreditnehmer bereits gezahlte Beträge zu vergüten.

(4) Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditvermittler bleiben davon unberührt.

Zwingende Bestimmungen

§ 40. Von § 4 Abs. 2, § 6, § 7 und § 13 kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgegangen werden.

Artikel II

Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes

Das Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden, BGBl. Nr. 140/1979, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 247/1993, wird wie folgt geändert:

An die Stelle des § 31 und seiner Überschrift treten folgende §§ 30a bis § 31 samt Überschriften:

„Rücktritt von Immobiliengeschäften

§ 30a. (1) Gibt ein Verbraucher eine Vertragserklärung, die auf den Erwerb eines Bestandrechts, eines sonstigen Gebrauchs- oder Nutzungsrechts oder des Eigentums an einer Wohnung oder an einem Einfamilienwohnhaus gerichtet ist, am selben Tag ab, an dem er das Vertragsobjekt das erste Mal besichtigt hat, so kann er von seiner Vertragserklärung zurücktreten, sofern der Erwerb der Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Verbrauchers oder eines nahen Angehörigen dienen soll und im Fall des Erwerbs des Eigentums ein Gesamtpreis von 3 Millionen S nicht überschritten wird.

(2) Der Rücktritt kann binnen einer Woche nach der Vertragserklärung des Verbrauchers erklärt werden. Ist ein Makler eingeschritten und wird die Rücktrittserklärung an diesen gerichtet, so gilt der Rücktritt auch für einen im Zug der Vertragserklärung geschlossenen Maklervertrag. Im übrigen gilt für die Rücktrittserklärung § 3 Abs. 4.

(3) Die Frist des Abs. 2 beginnt erst zu laufen, sobald der Verbraucher eine Zweitschrift seiner Vertragserklärung und eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht erhalten hat. Das Rücktrittsrecht erlischt jedoch spätestens einen Monat nach dem Tag der erstmaligen Besichtigung.

(4) Die Zahlung eines Angelds, Reugelds oder einer Anzahlung vor Ablauf der Rücktrittsfrist kann nicht wirksam vereinbart werden.

(5) Der in Abs. 1 genannte Betrag vermindert oder erhöht sich in dem Maß, das sich aus der Veränderung des vom Österreichischen Statistischen Zentralamt verlautbarten Verbraucherpreisindex 1986 oder des an seine Stelle tretenden Index gegenüber dem für Juli 1996 kundgemachten Wert ergibt, wenn sich dieser gegenüber der für Juli 1996 verlautbarten oder der für die letzte Erhöhung maßgebenden Indexzahl um mindestens 10 v.H geändert hat. Der jeweilige neue Betrag gilt ab dem der Verlautbarung der Indexveränderung durch das Österreichische Statistische Zentralamt folgenden übernächsten Monats-

2 der Beilagen

9

ersten. Der Bundesminister für Justiz hat den Betrag, aufgerundet auf 10 000 S, sowie den Zeitpunkt, an dem er wirksam wird, im Bundesgesetzblatt kundzumachen.

Besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers

§ 30b. (1) Der Immobilienmakler hat vor Abschluß des Maklervertrags dem Auftraggeber, der Verbraucher ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Immobilienmaklers eine schriftliche Übersicht zu geben, aus der hervorgeht, daß er als Makler einschreitet, und die sämtliche dem Verbraucher durch den Abschluß des zu vermittelnden Geschäfts voraussichtlich erwachsenden Kosten, einschließlich der Vermittlungsprovision, ausweist. Die Höhe der Vermittlungsprovision ist gesondert anzuführen; auf ein allfälliges wirtschaftliches oder familiäres Naheverhältnis im Sinn des § 6 Abs. 4 dritter Satz MaklerG ist hinzuweisen. Wenn der Immobilienmakler kraft Geschäftsgebrauchs als Doppelmakler tätig sein kann, hat diese Übersicht auch einen Hinweis darauf zu enthalten. Bei erheblicher Änderung der Verhältnisse hat der Immobilienmakler die Übersicht entsprechend richtigzustellen. Erfüllt der Makler diese Pflichten nicht spätestens vor einer Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft, so gilt § 3 Abs. 4 MaklerG.

(2) Zu den erforderlichen Nachrichten, die der Immobilienmakler dem Auftraggeber nach § 3 Abs. 3 MaklerG zu geben hat, zählen jedenfalls auch sämtliche Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind.

Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen

§ 30c. (1) Die Dauer von Alleinvermittlungsaufträgen (§ 14 Abs. 2 MaklerG) von Verbrauchern darf höchstens vereinbart werden mit

1. drei Monaten für die Vermittlung von Bestandverträgen über Wohnungen oder sonstigen den Gebrauch oder die Nutzung von Wohnungen betreffenden Verträgen;
2. sechs Monaten für die Vermittlung von Verträgen zur Veräußerung oder zum Erwerb des Eigentums an Wohnungen, Einfamilienwohnhäusern und einzelnen Grundstücken, die zum Bau eines Einfamilienwohnhauses geeignet sind.

(2) Wenn besondere Umstände vorliegen, die die Vermittlung wesentlich erschweren oder verzögern, darf auch eine entsprechend längere als die in Abs. 1 bestimmte Frist vereinbart werden.

Provisionsvereinbarung bei fehlendem Vermittlungserfolg

§ 30d. Abweichend von § 15 Abs. 2 Z 3 MaklerG kann in einem Alleinvermittlungsauftrag mit dem Verbraucher nur vereinbart werden, daß er höchstens die Hälfte der vereinbarten oder ortsüblichen Provision zu bezahlen hat, wenn

1. der Verbraucher beweist, daß das während der Dauer des Alleinvermittlungsauftrags geschlossene Geschäft auf andere Art als durch die Vermittlung eines anderen von ihm beauftragten Maklers zustandegekommen ist und
2. Geschäftsgegenstand ein Objekt im Sinn des § 30a Abs. 1 ist.

Schriftlichkeit und zwingende Bestimmungen beim Maklervertrag

§ 31. (1) Die folgenden Vereinbarungen sind nur rechtswirksam, wenn sie ausdrücklich und schriftlich erfolgen:

1. Vereinbarung des Ersatzes von Aufwendungen auf Grund von zusätzlichen Aufträgen (§ 9 MaklerG);
2. Abschluß und Verlängerung von Alleinvermittlungsaufträgen (§ 14 MaklerG);
3. besondere Vereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs (§ 15 MaklerG).

(2) Von § 2 Abs. 2, § 3, § 9, § 10, § 28 Z 4 und Z 5 und § 39 MaklerG darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgegangen werden.“

Artikel III

Inkrafttreten, Übergangsbestimmungen, Aufhebung von Rechtsvorschriften, Verweisungen und Vollziehungsklausel

- (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Juli 1996 in Kraft.

10

2 der Beilagen

(2) Die Bestimmungen des Artikels I und des Artikels II, ausgenommen dessen § 30a, sind auf vor seinem Inkrafttreten geschlossene Maklerverträge nicht anzuwenden.

(4) Die Bestimmung des § 30a in Artikel II ist auf Vertragserklärungen anzuwenden, die ein Verbraucher nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes abgegeben hat.

(5) Mit Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes treten folgende Rechtsvorschriften außer Kraft:

1. § 29 des Handelsvertretergesetzes, BGBl. Nr. 348/1921, in der bei Ablauf des 31. Dezember 1995 geltenden Fassung, das ist die Fassung der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBl. I S 1999/1938, des Bundesgesetzes vom 13. Juli 1960, BGBl. Nr. 153, und des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1978, BGBl. Nr. 305 und die in dieser Bestimmung angeführten für andere Geschäftsvermittler geltenden Bestimmungen, soweit sie für andere Geschäftsvermittler in Kraft sind.
2. Die §§ 93 bis 104 des Handelsgesetzbuches, dRGBl. 1897 S 219, sowie Art. 6 Nr. 13 der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, dRGBl. I S 1999/1938.

(6) Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

(7) Soweit in anderen Bundesgesetzen und Verordnungen auf Bestimmungen verwiesen ist, die durch dieses Bundesgesetz geändert oder aufgehoben werden, erhält die Verweisung ihren Inhalt aus den entsprechenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.

(8) Der Begriff „Handelsmäkler“ wird in allen bundesgesetzlichen Regelungen durch den Begriff „Handelsmakler“ ersetzt. Dasselbe gilt für Wortformen und Wortverbindungen.

(9) Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

(3) Die in Abs. 5 angeführten Rechtsvorschriften bleiben auf am 1. Juli 1996 bestehende Vertragsverhältnisse betreffend Versicherungsmakler bis 30. Juni 1997 weiterhin anwendbar.

VORBLATT

1. Problem

Der Maklervertrag ist im österreichischen Recht nicht geregelt. Es bestehen unterschiedliche, nicht aufeinander abgestimmte Bestimmungen für Zivilmakler und Handelsmakler. Für den Versicherungsmakler als Sonderfall des Handelsmaklers gibt es noch keine privatrechtliche Regelung.

2. Ziel

Kodifizierung und Vereinheitlichung des Maklerrechts in einem Gesetz.

3. Inhalt

Das Maklergesetz normiert die Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag in einem Allgemeinen Teil. Den wichtigsten Maklertypen wird anschließend in Sonderbestimmungen für Immobilienmakler, für Handelsmakler einschließlich der Versicherungsmakler und für Personalkreditvermittler Rechnung getragen. Vor allem für Verträge mit Immobilienmaklern werden im KSchG einige besondere Schutzbestimmungen zugunsten der Verbraucher normiert. Unter bestimmten Umständen soll auch ein Rücktritt von Immobiliengeschäften möglich sein.

4. Alternativen

Keine. Ohne das Maklergesetz bliebe die Rechtslage weiterhin uneinheitlich und unübersichtlich.

5. Auswirkungen auf den Bundeshaushalt

Keine.

6. Konformität mit EU-Recht

Die privatrechtliche Regelung des Maklerrechts ist dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen.

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

Einleitung:

1. Der Maklervertrag ist im österreichischen Recht als solcher nicht geregelt. Lehre und Rechtsprechung haben seine Charakteristika herausgearbeitet, die nun in einem Maklergesetz festgeschrieben werden sollen. Damit wird eine Regelungslücke geschlossen, zugleich werden allgemeine, für alle Maklertypen gültige Normen geschaffen. Auf dieser Grundlage können in weiteren drei Teilen des Gesetzes Sonderbestimmungen für die Immobilienmakler, die Handelsmakler einschließlich der Versicherungsvermittler und für die Personalkreditvermittler getroffen werden.

Unter den selbständig tätigen Vermittlern ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob sie von einem bestimmten Auftraggeber oder Geschäftsherrn ständig mit der Vermittlung von Rechtsgeschäften betraut sind oder nicht. Wer von einem anderen ständig mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften (ausgenommen über unbewegliche Sachen) betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt, ist Handelsvertreter. Dagegen ist für den Makler eine von einem bestimmten Geschäftsherrn rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Position typisch.

Innerhalb der Makler unterscheidet das österreichische Recht zwischen Zivilmaklern und Handelsmaklern. Die Rechtsverhältnisse der Handelsmakler sind in den §§ 93 bis 104 des Handelsgesetzbuchs geregelt, wobei diese aus dem deutschen Recht stammenden Normen vor dem Hintergrund des im deutschen BGB in den §§ 652 bis 656 geregelten Mäklervertrags zu sehen sind. Es mußten auch zur Ergänzung dieser Bestimmungen einige Regelungen des deutschen Maklervertrags in die Vierte Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch (Art. 6 Nr. 13) aufgenommen werden. Handelsmakler ist gemäß § 93 HGB (vgl. nun § 19 des Entwurfs), wer als Makler – also ohne von einem bestimmten Auftraggeber ständig betraut zu sein – gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt.

Alle anderen Makler nennt man Zivilmakler.

Die Zivilmakler sind zur Zeit noch im Handelsvertretergesetz, BGBl. Nr. 348/1921 iVm § 29 Abs. 2 des Handelsvertretergesetzes 1993, BGBl. Nr. 88, „mitgeregelt“: Dies in der Form, daß § 29 Abs. 1 des Handelsvertretergesetzes 1921 (in der Folge HVG 1921) neun Paragraphen anführt, die nicht nur für Handelsvertreter, sondern auch für „andere Geschäftsvermittler“ gelten.

2. Im Hinblick auf das EWR-Abkommen mußte das Handelsvertretergesetz 1921 durch das Handelsvertretergesetz 1993, BGBl. Nr. 88, ersetzt werden. In den Übergangsbestimmungen wurden die für andere Geschäftsvermittler geltenden Rechtsvorschriften im Sinn des § 29 des Handelsvertretergesetzes 1921 – also die auch für Zivilmakler geltenden Bestimmungen – nicht außer Kraft gesetzt. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (578 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats XVIII. GP) heißt es dazu:

„..... § 29 sowie die darin verwiesenen Bestimmungen des bisherigen Handelsvertretergesetzes bleiben in Geltung.

Von einer Einbeziehung des Maklerrechts in das neue Handelsvertretergesetz wurde abgesehen, weil das Maklerrecht eine andere Regelungsmaterie betrifft; insbesondere das Recht der Realitätenvermittlung paßt kaum zur Regelungsentention des Handelsvertreterrechts. Wegen der erheblichen sachlichen Unterschiede von Handelsvertreterrecht einerseits und Maklerrecht, insbesondere Immobilienmaklerrecht, andererseits, soll diese Einbeziehung des Zivilmaklerrechts nicht fortgeschrieben werden“

Das geltende Zivilmaklerrecht sollte daher als Übergangsregel – bis zu einer Neugestaltung des Maklerrechts – aufrechterhalten bleiben.

Der Gesetzgeber hat sich also selbst durch diese Trennung zwischen Handelsvertreter- und Maklerrecht zu einer Regelung des Maklerrechts aufgerufen. Diese neue Situation hat sich zeitlich mit rechtspolitischen Forderungen getroffen, die im Zusammenhang mit der Diskussion um das Wohnrecht erhoben wurden: Es sind dies Forderungen nach der Beseitigung verschiedener behaupteter Mißstände bei der Berufsausübung der Immobilienmakler.

2 der Beilagen

13

3. Im Bundesministerium für Justiz wurde daher eine Arbeitsgruppe zur Vorbereitung eines Maklergesetzes eingerichtet. Teilnehmer dieser fallweise unter Vorsitz von Sektionschef Dr. Helmuth Tades, sonst unter Vorsitz von Generalanwalt Dr. Peter Zetter tagenden Arbeitsgruppe waren:

Dr. Ulrike Assem (Landesinnung Wien der Immobilienreuhänder), Dr. Franz Aust (Österreichischer Verband der Versicherungsmakler), Dr. Gerhard Bacovsky (Wirtschaftskammer Österreich), Senatspräsident Dr. Dietrich Derbolav (Oberlandesgericht Wien, Fachgruppe Mietrecht der Richtervereinigung), Kommerzialrat Josef Edlauer (Bundesinnung der Immobilienreuhänder), Dr. Ruth Enthofer (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Direktor Rudolf Ertler (Bundesinnung der Immobilienreuhänder), Rat Dr. Christian Forster (Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten), Dr. Eduard Fürst (Bundesgremium der Versicherungsmakler und Versicherungsagenten), Univ.DoZ. Dr. Hanspeter Hanreich (Wirtschaftskammer Österreich), Dr. Rudolf Hörweg (Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs), Univ.Prof. Dr. Peter Jabornegg (Universität Linz), der ein Arbeitspapier erstellte, Mag. Helene Kanta (Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs), Dr. Carl Knittl (Bundesinnung der Immobilienreuhänder), MR Dr. Walter Malousek (Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten), MR Dr. Gottfried Mayer (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Mag. Ursula Pachl (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Mag. Beate Pirker (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Dr. Jutta Repl (Bundesarbeitskammer), Ronald Riedl (Wirtschaftskammer Österreich), Mag. Walter Rosifka (Bundesarbeitskammer), Dr. Peter Rustler (Österreichischer Verband der Immobilienreuhänder), Dr. Sven Teichmeister (Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs), OKmsr. Dr. Gerhard Schuster (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Mag. Martin Vatter (Wirtschaftskammer Österreich), Veronika Zumrawi (Verein für Konsumenteninformation). Als Schriftführerin und Sachbearbeiterin nahm an den Sitzungen StA Dr. Sonja Bydlinski teil.

Inhalt:

Der Entwurf erfaßt in seinem Artikel I (MaklerG) in den 15 Paragraphen des Allgemeinen Teils die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag. Viele Bestimmungen haben ihre Vorgänger in den im § 29 des Handelsvertretergesetzes 1921 aufgezählten Paragraphen. Zum Teil wurden aber auch vornehmlich im Bereich der Immobilienvermittlung entwickelte Rechtsinstitute übernommen, wie der Alleinvermittlungsauftrag und das zweckgleichwertige Geschäft. Generell ist zu sagen, daß das Recht der Immobilienmakler, der bei weitem wichtigsten Berufsgruppe innerhalb der Zivilmakler, die Normen des Allgemeinen Teils sehr geprägt hat. Viele der zivilrechtlich relevanten Bestimmungen, die gegenwärtig in der Immobilienmaklerverordnung, BGBl. Nr. 323/1978, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 66/1994, in der Folge IMV, enthalten sind, finden sich nun im Allgemeinen Teil des Maklergesetzes. Dadurch soll nun auch der verfassungsrechtlich bedenkliche Zustand beendet werden, daß eine auf der Gewerbeordnung beruhende Verordnung – mit nur sehr allgemeiner gesetzlicher Determinierung – Normen mit zivilrechtlicher Wirkung enthält.

Die Sorgfaltspflichten der Vertragspartner werden im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung konkretisiert und damit die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erleichtert. Bei Pflichtverstößen des Maklers soll der Auftraggeber ein Mäßigungsrecht entsprechend der geringeren Verdienstlichkeit haben. Wie bisher ist beim Zivilmakler die Doppeltätigkeit nur bei ausdrücklicher Einwilligung des Auftraggebers zulässig, dem abweichenden Geschäftsgebrauch bei Immobilienmaklern wurde aber Rechnung getragen. Handelsmakler (und damit auch der Versicherungsmakler) sind dagegen grundsätzlich auch nach geltender Rechtslage als Doppelmakler tätig. 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.

Zum Abschnitt über die Immobilienmakler (Artikel I §§ 16 bis § 18 des Entwurfs MaklerG) ist zu erwähnen, daß sich die besonderen Aufklärungspflichten und die spezielle Regelung der Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen als Verbraucherschutzbestimmungen in Artikel II des Entwurfs (§ 30b und § 30c KSchG) finden. Von besonderer Bedeutung ist unter den verbleibenden Sonderbestimmungen für Immobilienmakler § 18 im Entwurf des MaklerG (Artikel I), der einige Paragraphen des Allgemeinen Teils zugunsten des Auftraggebers für zwingend erklärt.

Der Handelsmakler (§§ 19 bis 25 des Entwurfs eines MaklerG) ist derzeit im HGB in den §§ 93 bis 104 geregelt. Das Maklergesetz soll in Zukunft in seinem Allgemeinen Teil alle Maklerverhältnisse erfassen und bietet nun auch für den Handelsmakler eine bisher fehlende Grundlage, sodaß einige Spezialbestimmungen – die größtenteils aus dem HGB stammen – ausreichen, um das Handelsmaklerrecht zu re-

geltn. Hervorzuheben ist, daß der Handelsmakler – wie bisher nach dem HGB – kraft Gesetzes als Doppelmakler tätig sein kann. Seine Auftraggeber müssen also – wie beim Immobilienmakler kraft Geschäftsgebrauchs – von einer Doppeltätigkeit ausgehen; eine abweichende Vereinbarung wäre hier die Ausnahme; in diesem Fall müßte der Makler den Dritten ausdrücklich darauf aufmerksam machen, daß er nicht als Doppelmakler, sondern als einseitiger Interessenvertreter agiert.

Auch die Versicherungsmakler sind nach überwiegender Ansicht Handelsmakler. Ihre Geschäftspraxis hat sich aber vom Handelsmaklerrecht wie auch vom allgemeinen Zivilmaklerrecht entfernt; in jahrzehntelanger Geschäftsübung wurde ein eigenes Tätigkeitsprofil und damit verbunden abweichende Regeln entwickelt, die in Österreich bisher nur in der Berufsordnung der Versicherungsmakler formuliert sind. Diese Berufsordnung der österreichischen Versicherungsmakler wurde in ihrer derzeitigen Fassung am 14.9.1993 vom Bundesgremialtag der Versicherungsmakler beschlossen. Die Berufsordnung ist keine verbindliche Norm, sondern als eine Festschreibung der Verhaltensregeln und Leistungspflichten zu sehen, die üblicherweise von einem Versicherungsmakler zu erwarten sind. Sie ist bei der Vertragsauslegung als Übung des redlichen Verkehrs im Sinn des § 914 ABGB durchaus von Bedeutung. Bei einer Neuregelung des Maklerrechts kann der Gesetzgeber diese bedeutende Regelungslücke nicht übergehen, zumal diesem Berufsstand durch den Beitritt Österreichs zur EU und die Öffnung der Versicherungsmärkte im europäischen Binnenmarkt wachsende Bedeutung zukommen wird.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen zur Regelung der Rechte und Pflichten des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherungskunden einerseits und gegenüber dem Versicherer andererseits berücksichtigen weitgehend die bestehende Geschäftspraxis. Hier finden sich daher zahlreiche vom Allgemeinen Teil abweichende Sonderbestimmungen; sie ersetzen als *leges speciales* die Bestimmungen des Allgemeinen Teils.

Die Tätigkeit der Personalkreditvermittler ist angesichts der meist vorliegenden wirtschaftlichen Zwangslage der Kreditwerber eher für Mißbräuche anfällig als andere Vermittlungstätigkeiten. Aus diesem Grund wurde sie bereits durch die Personalkreditvermittlungsverordnung BGBl. Nr. 304/1977, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 815/1992, in der Folge PKVV, umfangreichen Ausübungsregeln unterworfen, die nun als zivilrechtliche Tatbestände formuliert wurden. Dem Schriftformgebot kommt hier eine besondere Warnfunktion zu, der schriftliche Vermittlungsvertrag soll eine umfassende Information des Kreditwerbers gewährleisten; damit in Verbindung zu sehen sind die präzisen Inhaltserfordernisse dieses Vermittlungsvertrags, die dem Kreditwerber die Konsequenzen seiner Bestrebungen vor Augen führen sollen.

Mit Artikel II werden fünf Paragraphen in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt. Besonders bedeutend ist hier das Rücktrittsrecht bei Immobiliengeschäften in § 30a KSchG. Damit soll der Überrumpelungsgefahr begegnet werden, die entsteht, wenn der am Kauf oder an der Miete einer Liegenschaft oder Wohnung interessierte Konsument schon bei der ersten Besichtigung des Objekts eine verbindliche Vertragserklärung abgeben soll.

Schon in der IMV vorgesehene besondere Aufklärungspflichten des Immobilienmaklers werden nun als zivilrechtliche Sorgfaltspflichten normiert. So muß der Immobilienmakler noch vor Abschluß des Maklervertrags dem Auftraggeber eine schriftliche Übersicht über sämtliche dem Auftraggeber durch den Geschäftsabschluß voraussichtlich erwachsende Kosten einschließlich der Höhe der Vermittlungsprovision übergeben. Weiters muß er den Auftraggeber über sämtliche Umstände informieren, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind; das Fachwissen des Immobilienmaklers soll damit dem in Immobiliengeschäften unerfahrenen Verbraucher zugute kommen.

Für gewisse Vereinbarungen stellt § 31 KSchG das Schriftformgebot auf, im zweiten Absatz dieser Bestimmung werden einige weitere Paragraphen des Maklergesetzes zugunsten von Verbrauchern für zwingend erklärt.

Kompetenz des Bundes:

Die Zuständigkeit zur Erlassung des Bundesgesetzes stützt sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

Besonderer Teil**Zu Artikel I****Zu § 1:**

Wesentlich für die Tätigkeit des Maklers ist die Vermittlung von Geschäften. Unter dem im Maklerrecht allgemein üblichen Begriff des Geschäfts sind entgeltliche Rechtsgeschäfte zu verstehen. Im Unterschied zum Handelsvertreter ist der Makler nicht ständig mit der Vermittlung für einen bestimmten Auftraggeber betraut. Eine langjährige Geschäftsbeziehung zu einem bestimmten Auftraggeber ändert aber nichts an der Maklereigenschaft; dies wäre nur dann der Fall, wenn der Makler in einer ihn verpflichtenden Weise laufend mit der Vermittlung von Rechtsgeschäften betraut wäre. Da dies beim Immobilienmakler aber hin und wieder vorkommen kann, trifft § 16 Abs. 2 dazu eine Sonderregelung. Auch für den Versicherungsmakler wird in § 26 Abs. 1 zweiter Satz der Praxis Rechnung getragen.

Ein Makler ist in dieser Funktion grundsätzlich selbständig tätig.

In den Geltungsbereich des Gesetzes sollen alle Makler fallen, die gewerbsmäßigen wie die reinen Gelegenheitsmakler, die Zivilmakler wie die Handelsmakler (zur Abgrenzung vgl. Allgemeinen Teil).

Nicht erfaßt sind die Börsesensale als amtlich bestellte Geschäftsvermittler; sie werden nicht auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung tätig. Ihre Rechtsverhältnisse sind im Börsegesetz (BGBl. Nr. 555/1989, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 917/1993) bzw. im Börsesensale-Gesetz (BGBl. Nr. 3/1949, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 555/1989) geregelt. Dagegen sind die Freien Makler (vgl. § 57 Börsegesetz) Handelsmakler und fallen daher in den Anwendungsbereich des Maklergesetzes. Die Vorschriften und die Geschäftsgebräuche, die sich auf sie bezogen an der Börse entwickelt haben, sollen jedoch gemäß § 19 Abs. 2 durch das Maklergesetz unberührt bleiben.

Obwohl der Maklervertrag kein Auftragsverhältnis begründet, da der Makler grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sich um die Vermittlung zu bemühen (vgl. § 4 Abs. 1), soll der Begriff Auftraggeber beibehalten bleiben, der sich im Bereich des Immobilienmaklerrechts eingebürgert hat.

Der Maklervertrag ist in der Regel ein entgeltlicher Vertrag. In die Definition wurde die „entgeltliche“ Vermittlung aber nicht aufgenommen, da beim Doppelmakler im Verhältnis zu einem Auftraggeber auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann. So kommt es z.B. in Zeiten eines starken Nachfrageüberhangs auf dem Wohnungssektor vor, daß Verkäufer oder Vermieter zu keiner Provisionszahlung bereit sind und den Makler an den zukünftigen Käufer oder Mieter als Provisionszahler verweisen. Es handelt sich hier aber nicht um Unentgeltlichkeit im Sinn von Freigebigkeit; wirtschaftlich gesehen ist es letztlich für den Gesamtpreis nicht entscheidend, wer die Maklerprovision zu zahlen hat. Auch der Versicherungsmakler erhält in aller Regel die Provision nur vom Versicherer (vgl. § 30 Abs. 1, der den bisherigen – auch internationalen – Geschäftsgebrauch festschreibt). Dabei ist zu bedenken, daß zwar juristisch der Versicherer die Courtage schuldet, daß sie aber wirtschaftlich der Versicherungsnehmer aufbringt, und zwar mit der Prämie, aus der sie bezahlt wird. Eine einseitige Unentgeltlichkeit in diesem Sinn ändert daher nichts an den wechselseitigen Rechten und Pflichten der Parteien.

Der Makler ist ein Geschäftsvermittler. Die Vermittlungstätigkeit selbst entzieht sich einer gesetzlichen Definition, da die an sie zu stellenden Anforderungen je nach Geschäftszweig und Lage des Falls sehr variieren. Selbstverständlich ist, daß der Begriff „vermitteln“ hier bedeutet, zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluß zu bewegen. Inwieweit der Makler dabei beratend und aufklärend tätig sein muß, um die Willensbildung der Parteien in Richtung eines Abschlusses des in Aussicht genommenen Geschäfts zu fördern, hängt von vielen Umständen ab, nicht zuletzt von der Geschäftserfahrung der Parteien. Möglich ist es allerdings, eine Untergrenze wie in § 6 Abs. 2 einzuziehen: Danach begründet die bloße Namhaftmachung eines Dritten grundsätzlich keinen Provisionsanspruch, sofern nicht – wie derzeit bei den Immobilienmaklern – ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht. 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 des Auftraggebers noch ohne Zusammenhang mit einem konkreten Interessenten korrigiert; schon auf diese Weise fördert er die Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses.

Nur eine ausreichend verdienstliche Vermittlungstätigkeit, die für das Zustandekommen des Geschäfts ursächlich und adäquat ist, begründet den Provisionsanspruch. (Näheres zu § 6.) An die Vermittlungstätigkeit können vertraglich auch besondere Anforderungen gestellt werden, von deren Erfüllung dann die Verdienstlichkeit und damit der Provisionsanspruch abhängt. Falls nur der Nachweis einer Geschäftsgelegenheit den Provisionsanspruch begründen soll, müßte dies abweichend von § 6 Abs. 2 vereinbart werden, sofern nicht ein entsprechender Geschäftsgebrauch besteht. Eine solche Vereinbarung ist gemäß § 40 zwischen Personalkreditvermittler und Kreditwerber unwirksam.

Der Maklervertrag unterliegt dem Recht, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig vereinbaren (§ 35 Abs. 1 IPRG). Wenn keine ausdrückliche oder schlüssige Rechtswahl getroffen wurde und auch keine Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung als maßgebend angenommen haben, dann ist der Vertrag § 36 IPRG zu unterstellen. Danach sind gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet, nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die andere Partei (– die also die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt –) ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; schließt sie den Vertrag als Unternehmer, so ist statt des gewöhnlichen Aufenthalts die Niederlassung maßgebend, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wird. Für die Anwendung dieser Bestimmung kommt es nicht auf das Bestehen zweier Leistungspflichten an, sondern auf den geplanten Leistungsaustausch als solchen, auch wenn er durch eine nicht geschuldete Leistung (vgl. § 4, keine Tätigkeitspflicht und keine Abschlußpflicht) ausgelöst wird, wie beim Maklervertrag (Schwimmann, Grundriß des IPR, 122). (Nicht ausjudiziert ist die Frage, ob bei einem Doppelmakler der Maklervertrag mit jener Partei, mit der Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, § 36 oder § 37 IPRG zu unterstellen ist. Am Ergebnis würde sich jedenfalls nichts ändern, da gemäß § 37 IPRG das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung des Schuldners maßgeblich ist.)

Zu § 2:

Abs. 1 geht davon aus, daß der Makler in der Regel nicht zum Abschluß und zum Inkasso bevollmächtigt ist. Eine gegenteilige Vereinbarung müßte ausdrücklich, das heißt besonders deutlich und unmißverständlich getroffen werden (vgl. E 1a zu § 901 in Dittrich-Tades, ABGB³⁴).

Diese Regelung deckt sich hinsichtlich der Abschlußbefugnis mit § 2 Abs. 1 HVertrG 1993 und hinsichtlich der Inkassovollmacht mit § 3 Abs. 1 HVertrG 1993 (vgl. die entsprechenden § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 des HVG 1921).

In der Praxis werden manche Makler von ihren Auftraggebern ermächtigt, nicht nur Verhandlungen zu führen, sondern auch Erklärungen mit Rechtswirksamkeit für den Auftraggeber entgegenzunehmen. Andererseits sind manche Auftraggeber – oder auch deren Makler – daran interessiert, die Identität eines zukünftigen Vertragspartners möglichst spät offenzulegen. Es kann daher bei einem Doppelmakler zu der Situation kommen, daß einem Auftraggeber A sein zukünftiger Vertragspartner (Auftraggeber B) nicht bekannt ist, der Makler aber berechtigt ist, Erklärungen für diesen Auftraggeber B entgegenzunehmen. Wenn diese Ermächtigung auch Erklärungen umfaßt, die zum Abschluß des Vertrags führen können, dann soll der Makler – ex lege – auch Empfänger für Erklärungen des Auftraggebers A sein, dem der Dritte (Auftraggeber B) weder bekannt ist noch bekannt sein muß. Die Erklärungen zur Wahrung der Rechte des Auftraggebers A gegenüber seinem unbekanntem (zukünftigen) Vertragspartner (Auftraggeber B) werden vor allem Erklärungen nach Vertragsschluß (Rücktrittserklärung) sein.

Zu § 3:

Vorgänger des ersten Absatzes sind § 2 Abs. 1 HVG 1921, § 5 HVertrG 1993 und § 2 IMV. In diesen Bestimmungen wird die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als Maßstab für die Interessenwahrungspflichten des Maklers aufgestellt. Nachdem die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aber für den Gelegenheitsmakler kein passendes Kriterium wäre, wurde auf die Formulierung in § 1009 ABGB zurückgegriffen, wonach der Gewalthaber verpflichtet ist, das Geschäft „emsig und redlich“ zu besorgen. Da die „Emsigkeit“ auch eine Pflicht zur Bemühung bedeuten würde, dies aber dem normalen Maklervertrag nicht entspricht, wurde dieser Begriff durch „sorgfältig“ ersetzt. Eine Konkretisierung dieser Sorgfaltspflicht erfolgt in den besonderen Abschnitten des Gesetzes – oft in Anlehnung an die IMV bzw. die PKVV und an die jeweiligen Standesrichtlinien der Berufsgruppen.

Aus dem zweiten Satz des Abs. 1 ergibt sich, daß der Gesetzgeber eine Doppeltätigkeit grundsätzlich für möglich hält. Auch in diesem Fall ist eine redliche und sorgfältige Interessenwahrung gegenüber beiden Auftraggebern gefordert, wobei sich der Makler allerdings auf einen neutralen Standpunkt zurückziehen muß. Dieser Satz ist als Appell an die Unparteilichkeit des Doppelmaklers zu verstehen, zu dessen

2 der Beilagen

17

Aufgaben unter anderem gehört, seine Auftraggeber zu informieren, sobald die Funktion als Doppelmakler eintritt. Diese spezielle Informationspflicht besteht aber in der Regel nicht, wenn der Makler kraft Gesetzes oder kraft Geschäftsgebrauchs als Doppelmakler tätig sein kann und er daher annehmen kann, daß seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist (§ 5 Abs. 3 zweiter Satz).

Hier ist zu beachten, daß gemäß der in Artikel II vorgeschlagenen Bestimmung des § 30b Abs. 1 KSchG beim Immobilienmakler ein Aufklärungsbedürfnis für diesen Geschäftsgebrauch angenommen wird, wenn der Auftraggeber Verbraucher ist. Bei Unternehmern wird die Kenntnis dieses Geschäftsgebrauchs vorausgesetzt. Da der Auftraggeber von einer Doppeltätigkeit ausgehen muß, kann er die Funktion des Maklers von vornherein entsprechend einschätzen. Wünscht er eine vor allem seine Interessen berücksichtigende Vermittlungstätigkeit, so hat er dies mit dem Immobilienmakler oder Handelsmakler zu vereinbaren – und wahrscheinlich auch entsprechend zu honorieren. Wenn in einem solchen Fall der Handelsmakler oder der Immobilienmakler auftragsgemäß nur einseitig tätig werden sollen, haben sie dies dem Dritten mitzuteilen (vgl. Erläuterungen zu § 5 Abs. 3).

Die Möglichkeit, als Doppelmakler tätig zu sein und von beiden Parteien eine Provision lukrieren zu können, könnte den Makler dazu verleiten, seinem Auftraggeber Interessenten nicht bekanntzugeben, die sich weigern, ihrerseits mit dem Makler einen Maklervertrag zu schließen. Dieses Verschweigen von Interessenten wird in aller Regel als Verletzung der Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Auftraggeber zu beurteilen sein.

Die Pflichten des Abs. 1 umfassen Aufklärungs- und Beratungspflichten sowie Unterlassungspflichten, so vor allem die Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Gerade diese Pflicht wird aber von Informationspflichten überlagert, sobald der Makler als Doppelmakler tätig ist. Ab diesem Zeitpunkt darf er ihm vom ersten Auftraggeber anvertraute nachteilige Umstände nicht mehr für sich behalten, da er nun auch die Interessen des anderen Vertragspartners zu wahren hat.

Abs. 2 normiert eine Unterstützungspflicht des Auftraggebers. Der Makler ist bei der Ausübung seiner Tätigkeit in vielfältiger Weise von der Kooperation des Auftraggebers abhängig. Der Auftraggeber darf dem Makler für eine erfolgreiche Geschäftsanbahnung wichtige Informationen nicht vorenthalten und muß zur Kontaktaufnahme mit potentiellen Geschäftspartnern in einer ihm zumutbaren Weise bereit sein.

Der Auftraggeber verletzt berechnete Interessen des Maklers, wenn er ihm mitgeteilte Geschäftsgewinnchancen auch anderen Personen bekanntgibt. Die schuldhaftige Weitergabe kann zur Schadenersatzpflicht führen (vgl. § 3 Abs. 4 erster Satz).

Für beide Seiten ist es im Stadium der Geschäftsanbahnung besonders wichtig, daß der gegenseitige Informationsaustausch rasch und zuverlässig funktioniert. Abs. 3 stellt daher die beiderseitige Verpflichtung auf, die für die andere Seite jeweils erforderlichen Nachrichten zu geben. Für die Tätigkeit des Maklers ist auch die Nachricht erforderlich, daß der Auftraggeber das in Aussicht genommene Geschäft bereits anderweitig abgeschlossen hat oder aus anderen Gründen nicht mehr daran interessiert ist. Über den Abschluß eines vom Makler vermittelten Geschäfts hat der Auftraggeber den Makler zu informieren (vgl. dazu auch § 11 zweiter Satz).

Eine erforderliche Nachricht für den Auftraggeber ist die Information über die jeweilige Funktion des Maklers (vgl. auch die Erl. zu § 5 Abs. 3).

Der erste Satz des Abs. 4 entspricht allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen und dient nur der Klarstellung. Gerade im Stadium der Geschäftsanbahnung wird es oft schwer sein, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung des Maklers und einem konkreten Schaden zu beweisen. Abs. 4 zweiter Satz sieht daher als Sanktion bei einer Verletzung wesentlicher Pflichten die Mäßigung der Provision vor. In einem solchen Fall war der Makler – unabhängig von einem konkreten beweisbaren Schaden – nicht (voll) verdienstlich tätig, weshalb der Auftraggeber zu einer entsprechenden Mäßigung berechnete sein soll. Ob es sich um die Verletzung einer wesentlichen Pflicht handelt, muß im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers beurteilt werden. Der Anspruch auf Mäßigung besteht neben einem allfälligen Schadenersatzanspruch.

Mit dieser neuen Bestimmung wird es möglich, auf die Vorwerfbarkeit des Pflichtverstoßes im Einzelfall besser Bedacht nehmen zu können. Bisher konnte die Rechtsprechung nur auf der Basis eines Alles- oder Nichts-Prinzips entscheiden, indem sie bei schwerwiegenden Pflichtverstößen ohne nachweisbaren Schaden mit der „negativen Verdienstlichkeit“ operieren mußte. Durch Abs. 4 soll nun größere Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet werden.

Der Gedanke einer Verwirkung der Provision ist dem Maklerrecht nicht fremd; so verliert der Handelsmakler gemäß Abs. 4 des Art. 6 Nr. 13 EVHGB seinen Provisionsanspruch, wenn er vereinbarungswidrig auch für den Dritten tätig gewesen ist. Das Zivilmaklerrecht des deutschen BGB sieht im § 654 eine Verwirkung des Provisionsanspruchs vor („Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“). Die deutsche Rechtsprechung hat diesen Verwirkungstatbestand auch auf andere subjektiv schwerwiegende Treueverletzungen ausgedehnt. Das Mäßigungsrecht des Abs. 4 beruht auf dem Gedanken einer teilweisen Verwirkung, die in schwerwiegenden Fällen bis zum Verlust des Provisionsanspruchs gehen kann.

Zur Frage der Beweislastumkehr gemäß § 1298 ABGB bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten ist auf die neuere Rechtsprechung und Lehre zu verweisen, die in Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung (1993), 60 ff. zusammengefaßt dargestellt ist.

Zu § 4:

Hier werden grundlegende Charakteristika des Maklervertrags – wie sie in Lehre und Rechtsprechung entwickelt wurden – festgehalten.

Der normale Maklervertrag begründet – anders als der Alleinvermittlungsauftrag (vgl. § 14) – keine Tätigkeitspflicht des Maklers.

Abs. 2 hält den Grundsatz der Abschlußfreiheit ausdrücklich fest. Der Auftraggeber bleibt stets „Herr des Geschäfts“. Eine Einschränkung der Abschlußfreiheit ist – unter dem Aspekt des Provisionsanspruchs – nur in den engen Grenzen des § 15 Abs. 1 Z 1 möglich. Schon bisher stand es nach ständiger Rechtsprechung dem Auftraggeber grundsätzlich frei, den Abschluß des vermittelten Geschäfts zu unterlassen. Einen Schadenersatzanspruch gewährte der OGH nur dann, wenn der Auftraggeber den Geschäftsabschluß zumindest ganz überwiegend in der Absicht unterlassen hat, den Vermittler um seine Provision zu bringen (OGH 11.6.1981, 7 Ob 549/81, MietSlg 33.569).

Zu § 5:

Wie das bisherige Zivilmaklerrecht geht auch dieser Entwurf eines Maklergesetzes davon aus, daß der Zivilmakler grundsätzlich nur für einen Auftraggeber tätig ist (vgl. § 5 Abs. 1 HVG 1921, nun wortgleich im § 7 HVertrG 1993).

Das Verbot des Handelsvertreterrechts betreffend alle Doppeltätigkeiten des Maklers, die ohne Einwilligung des Auftraggebers durchgeführt werden, soll aufrecht bleiben. Für den Geschäftszweig der Immobilienmakler und der Versicherungsmakler besteht allerdings ein abweichender Gebrauch. Für den Handelsmakler ist von Gesetzes wegen die Doppeltätigkeit – wie schon bisher – der Regelfall (vgl. § 20 Abs. 1).

Beim Handelsmakler war bisher nach Abs. 4 des Art. 6 Nr. 13 EVHGB eine vertragswidrige Doppeltätigkeit des Maklers in der Form sanktioniert, daß der Makler seinen Provisionsanspruch und seinen etwaigen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen verwirkte. Diese Regelung entstammt § 654 BGB.

Es ist unzweifelhaft, daß die Doppeltätigkeit beim Vermittlungsmakler problematischer ist als beim reinen Nachweismakler. Die Einwilligung des Auftraggebers zu einer Doppeltätigkeit muß daher ausdrücklich, das heißt in einer Irrtum und Zweifel ausschließenden Form erfolgen. Für diese ausdrückliche Einwilligung ist der Makler beweispflichtig, der sohin im eigenen Interesse in der Regel eine schriftliche Zustimmungserklärung verlangen sollte.

Aus Gründen der Übereinstimmung mit dem erst kürzlich novellierten Handelsvertreterrecht übernimmt der vorliegende Entwurf die in § 7 Abs. 2 HVertrG 1993 vorgezeichnete Sanktion. Daß der Makler auch seinen Provisionsanspruch ganz oder teilweise verwirken kann, ergibt sich aus § 3 Abs. 4 zweiter Satz, auf den § 5 Abs. 2 hinweist.

Nach Abs. 3 hat der Makler jeden Auftraggeber zu informieren, sobald er als Doppelmakler tätig ist. Dieser Zeitpunkt ist nämlich durchaus von rechtlicher Relevanz, da er die Funktion des Maklers verändert: Er ist nicht mehr einseitiger Interessensvertreter seines Auftraggebers, sondern hat die Interessen beider Auftraggeber zu berücksichtigen, wobei er sich auf einen neutralen Vermittlerstandpunkt zurückziehen muß. Bei Maklern, die wie der Handelsmakler kraft Gesetzes oder wie der Immobilienmakler kraft Geschäftsgebrauchs als Doppelmakler tätig sind, wird der Auftraggeber aber ohnehin kaum mit einer

2 der Beilagen

19

einseitigen Interessenvertretung zu seinen Gunsten rechnen. In der Regel wird daher bei diesen Doppelmaklern die Mitteilungspflicht gemäß § 5 Abs. 3 entfallen.

Um aber in diesen Fällen das Vertrauen des Dritten, mit dem der Makler zwecks Geschäftsanbahnung Kontakt aufnimmt, zu schützen, sehen § 17 und § 20 Abs. 2 spiegelbildlich eine entsprechende Aufklärung vor: Sowohl der Immobilienmakler als auch der Handelsmakler haben es dem Dritten mitzuteilen, wenn sie auftragsgemäß nur für einen Auftraggeber tätig sind.

Zu § 6:

Typisch für den Maklervertrag ist das in Abs. 1 festgeschriebene Erfolgsprinzip. Der Makler wird grundsätzlich nicht tätigkeitsbezogen entlohnt, sondern nur für den Fall, daß durch seine Vermittlungstätigkeit das in Aussicht genommene Geschäft zustandekommt. Ein Vertrag mit einem Makler, der eine tätigkeitsbezogene Entlohnung vorsieht, wäre demnach kein Maklervertrag, sondern müßte nach den Regeln des Auftragsvertrags beurteilt werden. Mit den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs hat sich Jabornegg, Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644 ff., auseinandergesetzt. Jabornegg zählt dort sechs Punkte als Voraussetzungen für den Provisionsanspruch auf:

- „1. Es muß ein Vermittlungsvertrag (ein Maklervertrag) vorliegen;
2. Der Makler muß eine dem Maklervertrag gemäße ausreichend verdienstliche Vermittlungstätigkeit entfaltet haben („Verdienstlichkeit“);
3. Das nach dem Vermittlungsvertrag zu vermittelnde Geschäft muß tatsächlich zustande gekommen sein („Vermittlungserfolg“);
4. Zwischen verdienstlicher Vermittlungstätigkeit und Geschäftsabschluß muß ein Kausalzusammenhang bestehen („Kausalität“);
5. Die Vermittlungstätigkeit des Maklers darf für das letztlich zustandegekommene Geschäft nicht völlig inadäquat gewesen sein („Adäquanz“);
6. Das vermittelte Geschäft muß entweder wirklich ausgeführt worden sein oder deshalb nicht ausgeführt worden sein, weil auf Seite des vermittelten Dritten wichtige Gründe vorliegen.“

Vier dieser sechs Voraussetzungen werden in Abs. 1 unmittelbar aufgegriffen: auf Grund eines Maklervertrags muß der Makler eine verdienstliche Tätigkeit entfaltet haben, durch die das vermittelte Geschäft zustande gekommen ist. Daß die vertragsgemäße verdienstliche Tätigkeit für den Geschäftsabschluß auch adäquat gewesen sein muß, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen für die rechtlich relevante Kausalität. Die Frage der Ausführung des Geschäfts ist im § 7 Abs. 2 besonders geregelt.

Die Bestimmung des Abs. 2 betrifft die Verdienstlichkeit. Darunter ist die mindestens zu entfaltende Vermittlungstätigkeit des Maklers zu verstehen. Grundsätzlich ist sie nur dann verdienstlich, wenn sie über die bloße Namhaftmachung eines Dritten hinausgeht. Die reine Bekanntgabe einer Geschäftsgelegenheit begründet keinen Provisionsanspruch, sofern nicht zulässigerweise (vgl. aber § 40) Gegenteiliges vereinbart wurde oder – wie beim gewerblich tätigen Immobilienmakler – ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht. Davon zu unterscheiden ist der Verkauf von Adressen durch sogenannte Adressenbüros. Ein dadurch zustande gekommenes Geschäft führt schon mangels Maklervertrags zu keinem Provisionsanspruch.

In der Praxis kommt es vor, daß Immobilienmakler sich auf private Zeitungsanzeigen hin als Wohnungssuchende ausgeben und sich nicht als Makler deklarieren. So kann es ihnen gelingen, eine Geschäftsgelegenheit ausfindig zu machen, die sie dann einem Dritten vermitteln. Wenn sie mit diesem Dritten einen Maklervertrag geschlossen haben, so genügt es für das Entstehen ihres Provisionsanspruchs, wenn sie ihrem Auftraggeber die so ausgeforschte Geschäftsgelegenheit mitteilen, und es in der Folge zu einem Geschäftsabschluß kommt. Es wurde erörtert, ob in solchen Fällen nicht der Provisionsanspruch des Maklers entfallen sollte. Aus zivilrechtlicher Sicht kann es aber im Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber nicht relevant sein, auf welche Art und Weise sich der Makler Kenntnis von einer Geschäftsgelegenheit verschafft hat. Im Verhältnis zum Auftraggeber kann der Makler allein durch die Namhaftmachung einer Geschäftsgelegenheit verdienstlich tätig sein, sodaß ihm – unter der Voraussetzung, daß ein Maklervertrag geschlossen wurde – die vereinbarte oder ortsübliche Provision zusteht. Dabei spielt der Aufwand, den der Makler zur Herbeiführung des Geschäftsabschlusses hatte, grundsätzlich keine Rolle. Gegenüber der Partei, die ein Objekt auf privatem Weg gesucht oder angeboten hat, besteht mangels Maklervertrags ohnehin kein Provisionsanspruch.

Der Immobilienmakler verhält sich standeswidrig, wenn er eine Geschäftsgelegenheit ohne Einverständnis des Verfügungsberechtigten vermittelt (vgl. § 4 Abs. 1 Z 1 IMV).

Entgegen dem Geschäftsgebrauch kann freilich vertraglich auch beim Immobilienmakler der Provisionsanspruch von einer Vermittlungstätigkeit abhängig gemacht werden, die über die bloße Bekanntgabe der Geschäftsgelegenheit hinausgeht.

In Abs. 3 wird das von der Judikatur entwickelte Institut des zweckgleichwertigen Geschäfts aufgegriffen. Nach herrschender Auffassung mußte schon nach der bisherigen Rechtslage das abgeschlossene Geschäft dem aufgetragenen nicht in allen Punkten entsprechen, auch bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit war ein Vermittlungserfolg anzunehmen. Wirtschaftliche Gleichwertigkeit kann nicht nur vorliegen, wenn statt eines ursprünglich in Aussicht genommenen Kaufes schließlich ein Mietvertrag zustandekommt, sondern auch, wenn der Geschäftsabschluß mit einer vom Auftraggeber verschiedenen dritten Person erfolgt, in deren Interesse der Auftrag erteilt wurde (vgl. OGH 27.4.1987, 1 Ob 597/87, MietSlg 39.706).

Über die Grenzen der Zweckgleichwertigkeit im Sinn des Abs. 3 hinaus kann gemäß § 15 Abs. 1 Z 2 vereinbart werden, daß der Auftraggeber provisionspflichtig wird, wenn mit dem vermittelten Dritten ein anderes als das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft zustandekommt, sofern die Vermittlung des Geschäfts in den Tätigkeitsbereich des Maklers fällt.

Die Bestimmung des Abs. 4 erster Satz ist eine Verdeutlichung des sich schon aus § 1 ergebenden Grundsatzes, daß der Makler Geschäfte mit Dritten vermittelt. Ein Eigengeschäft kann prinzipiell – mangels Vermittlungstätigkeit – keine Provisionspflicht auslösen. Damit Umgehungsversuche verhindert und wirtschaftliche Verflechtungen besser erfaßt werden können, wird im zweiten Satz ausdrücklich normiert, daß hier auf den wirtschaftlichen Zweck des jeweiligen Geschäfts für den Makler abzustellen ist.

Bei einer Vermittlungstätigkeit für Angehörige des Maklers wird für die Qualifikation als Eigengeschäft sowohl die Nähe der Verwandtschaft und die Intensität der Beziehung als auch der Zweck des jeweiligen Geschäfts zu prüfen sein. Ein jedenfalls unter Abs. 4 dritter Satz zu subsumierender Fall liegt vor, wenn ein Immobilienmakler einen Kaufvertrag mit seiner Ehegattin betreffend ein Haus vermittelt, in dem beide Ehegatten zu wohnen gedenken. Bei konzernmäßiger Abhängigkeit zwischen Makler und vermitteltem Dritten wird es von der Intensität der wirtschaftlichen Verflechtung abhängen, ob ein Provisionsanspruch entsteht.

Davon zu unterscheiden ist hier – wie bei der familiären „Verflechtung“ – die Frage, ob angesichts der möglichen Interessenkollision eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit entfaltet werden kann. In Fällen, in denen das vermittelte Geschäft seinem wirtschaftlichen Zweck nach zwar nicht einem Abschluß durch den Makler gleichkommt, aber dennoch enge Beziehungen zu einer Partei des Geschäfts vorliegen (wie z.B. auch beim Verhältnis zwischen Hausverwalter und Eigentümer), muß der Makler diese Nahebeziehung zum vermittelten Dritten dem Auftraggeber offenlegen, um seinen Provisionsanspruch zu wahren. Wenn der Auftraggeber auch unter diesen Umständen mit der weiteren Vermittlungstätigkeit des Maklers einverstanden ist, kann von einer vertragsgemäß verdienstlichen Tätigkeit des Maklers ausgegangen werden. So kann zum Beispiel der makelnde Hausverwalter seinen Provisionsanspruch gegenüber einem zukünftigen Mieter dadurch wahren, daß er auf seine Stellung als Hausverwalter hinweist und damit sein Naheverhältnis zum vermittelten Dritten offenlegt. Beim Hausverwalter, der zugleich als Makler eine von ihm verwaltete Wohnung vermittelt, bleibt trotz dieser Hinweispflicht das Unbehagen bestehen, welches neben der möglichen Interessenkollision durch das größere Naheverhältnis zum Hauseigentümer noch andere Ursachen hat: von Konsumenten- und Mieterschutzseite wird vorgebracht, daß die Vermietung freier Wohnungen ohnehin zur Aufgabe eines Hausverwalters gehöre und die daneben entfaltete Tätigkeit als Makler schon durch das Hausverwalterhonorar abgedeckt sei. Die Provisionsforderung des makelnden Hausverwalters verteuere die Wohnungssuche zusätzlich. Dazu ist zu sagen, daß eine gesetzliche Regelung, wonach bei Zusammentreffen von Hausverwalter- und Maklertätigkeit kein Provisionsanspruch bestehen solle, nicht zielführend wäre, sondern daß dem in aller Regel geringeren Aufwand des Maklers, der zugleich Hausverwalter ist, am besten durch entsprechend herabgesetzte Provisionshöchstsätze in der Immobilienmaklerverordnung Rechnung getragen werden könnte. Diese Herabsetzung soll allerdings nur dem typischerweise geringeren Aufwand bei der Vermittlung Rechnung tragen, die Pflicht zur Wahrung auch der Interessen des Wohnungsinteressenten bleibt unberührt. Eine Vernachlässigung dieser Pflicht – besonders auf Grund einer zu engen Bindung an die andere Vertragspartei – wäre eine Pflichtverletzung im Sinn des § 3 Abs. 4 MaklerG, die in gravierenden Fällen auch zum gänzlichen Provisionsentfall führen kann (vgl. dazu OGH vom 29.10.1985, 4 Ob 366/85, SZ 58/157).

2 der Beilagen

21

Entsprechend der Überlegung, beim Verbrauchergeschäft die Schriftlichkeit des zum Erhalt des Provisionsanspruchs erforderlichen Hinweises auf ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten zu verlangen, wurde daher im Artikel II (§ 30b KSchG zweiter Satz) die Schriftlichkeit der Hinweispflicht (gemäß § 6 Abs. 4 dritter Satz MaklerG) normiert; sie soll den Kunden eines Maklers vor möglichen Interessenkollisionen warnen.

Der Abs. 5 greift die bisher nur im § 8 Abs. 4 IMV vorhandene Regelung für den Fall der verdienstlichen Vermittlungstätigkeit mehrerer Makler auf. Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß der beauftragte Makler die Hilfstätigkeit eines weiteren Maklers, also eines Untermaklers in Anspruch nimmt. Dieser Untermakler ist für den Auftraggeber als Erfüllungsgehilfe des beauftragten Maklers anzusehen. Nur für das Innenverhältnis zwischen dem beauftragten Makler und dem beziehungsweise den von ihm beigezogenen Berufskollegen ist relevant, ob ein Gemeinschaftsgeschäft im Sinn eines Metageschäfts vorliegt, bei dem Gewinn und Verlust unter den Geschäftspartnern gleichmäßig verteilt wird (vgl. OGH 16.12.1986, 1 Ob 700/86, MietSlg 38.730). Die Bundesinnung der Immobilien- und Vermögensstreuhänder hat „Gemeinsame Richtlinien für den Verkehr mit Berufskollegen“ herausgegeben, die im Punkt 3 das Gemeinschaftsgeschäft – allerdings ohne normative Wirkung – behandeln. Gemeinsame Auftragsbearbeitung wird in Form von sogenannten Immobilienbörsen vorgenommen. Ein gesetzliches Regelungsbedürfnis für diese und andere Formen der Zusammenarbeit ist nicht gegeben.

Geregelt wird im Abs. 5 sohin nur der Fall, daß einem Auftraggeber zwei oder mehrere Makler gegenüberstehen, die aus einem mit dem Auftraggeber geschlossenen Maklervertrag provisionsberechtigt sind, weil sie eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit entfaltet haben. Abs. 5 schützt den Auftraggeber davor, die Provision mehrmals zahlen zu müssen. Er schuldet sie grundsätzlich nur dem Makler, dessen Verdienstlichkeit eindeutig überwogen hat. Anders als nach § 8 Abs. 4 IMV soll es aber bei gleicher Verdienstlichkeit nicht darauf ankommen, welcher Makler als erster den Partner des Rechtsgeschäfts benannt hat. Dieses zur Beurteilung der Verdienstlichkeit im Grunde wenig aussagekräftige Kriterium hat der OGH bisher so ausgelegt, daß die Nennung des Vertragspartners wörtlich zu verstehen sei. Es sollte daher nicht auf das Kennenlernen der Geschäftsgelegenheit durch Übermittlung von Unterlagen oder Besichtigung der Liegenschaft ankommen, sondern auf die individuelle Bezeichnung des Vertragspartners (OGH 13.5.1987, 1 Ob 539/87, MietSlg 39.711). Dagegen sieht nun der dritte Satz des Abs. 5 vor, daß die Provision je nach Verdienstlichkeit aufzuteilen ist, im Zweifel zu gleichen Teilen. Diese Regelung erspart dem Auftraggeber weitgehend Auseinandersetzungen über die richtige Aufteilung der Provision: Sofern er ohne grobe Fahrlässigkeit einem beteiligten Makler zu viel an Provision bezahlt hat, kann sich der dadurch verkürzte Makler nur mehr an die anderen Makler halten, der Auftraggeber ist von seiner Schuld auch im Betrag der Überzahlung befreit. Der Auftraggeber hat gemäß § 3 Abs. 3 anderen beteiligten Maklern darüber Auskunft zu geben, an welchen Makler er bereits Provision gezahlt hat.

Es wird sich für den Auftraggeber dennoch empfehlen, vor einer Provisionszahlung unter Einbeziehung aller Anspruchsberechtigten eine Einigung zu versuchen. Im Zweifel besteht auch die Möglichkeit, die Provision gemäß § 1425 ABGB gerichtlich zu hinterlegen.

Für Versicherungsmakler gilt die Sonderbestimmung des § 30 Abs. 3, wonach eine überwiegende Verdienstlichkeit bei dem Versicherungsmakler vorliegt, der den vom Versicherungskunden unterfertigten Antrag an den Versicherer weitergeleitet hat.

Zu § 7:

Abs. 1 definiert im ersten Satz das schon im § 6 Abs. 1 aufgestellte Tatbestandselement des Zustandkommens eines Geschäfts mit dem Begriff der Rechtswirksamkeit. Zugleich enthält Abs. 1 eine zeitliche Komponente, der Provisionsanspruch entsteht danach zugleich mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Daraus ergibt sich, daß ein aufschiebend bedingtes, z.B. von einer behördlichen Genehmigung abhängiges Geschäft den Provisionsanspruch noch nicht auslöst. Wenn aber der bedingte Vertrag vor Eintritt der Bedingung aufgelöst wird, ist der Provisionsanspruch dennoch erworben, wenn der Makler beweist, daß die Bedingung eingetreten wäre (vgl. OGH 26.2.1980, MietSlg. 32.585). Einer aufschiebenden Bedingung kommt es auch gleich, wenn die Rechtsbeständigkeit des Vertrags in ähnlicher Weise unsicher bleibt. Ein der aufschiebenden Bedingung vergleichbarer Schwebezustand liegt etwa vor, wenn vertraglich ein vorbehaltloses Rücktrittsrecht eingeräumt wurde. Anders als in § 652 BGB und Abs. 1 zweiter Satz des Art. 6 Nr. 13 EVHGB erscheint es daher nicht erforderlich, ausdrücklich den ohnehin offensichtlichen Fall zu regeln, wonach bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts unter einer aufschiebenden Bedingung der Provisionsanspruch erst bei deren Eintritt erworben wird.

Diffiziler ist die Frage nach dem Entstehen oder Wegfall des Provisionsanspruchs bei unter auflösender Bedingung geschlossenen Verträgen. Hier wird dem OGH zu folgen sein, der in seiner Entscheidung vom 26.6.1985, SZ 58/111, darauf abgestellt hat, ob der vermittelte Vertrag für den Auftraggeber trotz Eintritts der auflösenden Bedingung wirtschaftlich von Wert war. Auch in der Lehre wird überwiegend dahingehend differenziert, ob das auflösend bedingte Hauptgeschäft einem unbedingten wirtschaftlich gleichzuhalten ist. Die Provision sei insbesondere dann rückforderbar, wenn die auflösende Bedingung praktisch einer aufschiebenden gleichkomme. War sohin das später durch Bedingungseintritt aufgelöste Rechtsgeschäft für den Auftraggeber von Nutzen, so kann er die schon bei rechtswirksamem Vertragsabschluß fällige Provision nicht zurückfordern. Ohne wirtschaftlichen Nutzen wird es darauf ankommen, ob der Auftraggeber den Eintritt der auflösenden Bedingung im Sinn des Abs. 2 zu vertreten hat. Wenn dies nicht der Fall war, entfällt der Provisionsanspruch nachträglich.

Nach dem zweiten Satz des Abs. 1 hat der Makler angesichts der Ungewißheit, ob er ein Rechtsgeschäft vermitteln wird, keinen Anspruch auf eine Anzahlung auf die Provision. Diese dispositive Bestimmung erlangt besondere Bedeutung durch § 18 bzw. § 40. Danach können Immobilienmakler und Personalkreditvermittler unter anderem keine von § 7 abweichenden Vereinbarungen zu Lasten des Auftraggebers treffen und sohin auch keine Vorschußzahlung vereinbaren.

Abs. 2 ist eine Nachfolgebestimmung zu dem bisher für Zivilmakler geltenden § 6 Abs. 3 HVG 1921. Dessen Inhalt findet sich nun modifiziert im § 9 Abs. 3 HVertrG 1993 wieder. Diese Bestimmung kann auch für den Maklervertrag inhaltlich unverändert übernommen werden. Vom Auftraggeber wird dabei verlangt, alle zumutbaren Schritte zu unternehmen, um seinen Vertragspartner zur Ausführung des Geschäfts zu veranlassen. Die Beurteilung der Zumutbarkeit muß im Einzelfall der Rechtsprechung überlassen bleiben. Wie bisher kann das – unter Umständen – auch die Klagsführung gegen den leistungsunwilligen Vertragspartner bedeuten. Bei berechtigten Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit des Dritten wird dem Auftraggeber aber eine Klagsführung nicht zumutbar sein (vgl. Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht [1987], 289 ff.).

Zu § 8:

Der erste Satz des Abs. 1 greift die Regelung des § 11 Abs. 1 HVG 1921 auf, wonach sich die Provisionshöhe mangels Vereinbarung nach der Ortsüblichkeit richtet (nunmehr § 10 Abs. 1 HVertrG 1993). Maßgeblich ist die am Sitz des Maklers ortsübliche Provision. Diese Bestimmung wird durch die subsidiäre Regelung des zweiten Satzes ergänzt, wonach eine angemessene Provision zu leisten ist, wenn die ortsübliche Provision nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten festgestellt werden könnte. Diese Wendung entspricht § 273 Abs. 1 erster Satz ZPO. Dem Kriterium der Ortsüblichkeit wird gegenüber jenem der Angemessenheit der Vorrang gegeben, weil damit die Höhe der Provision leichter feststellbar ist und die ortsübliche Provision im allgemeinen nicht unangemessen sein wird. Nach der bisherigen Rechtslage kam nur dann ein Rückgriff auf die angemessene Provision in Betracht, wenn keine ortsübliche Provision bestand. Der zweite Satz stellt nicht auf das Bestehen, sondern auf die Feststellbarkeit einer Ortsüblichkeit ab; wenn sie schwer festzustellen ist, kann eine – im Streitfall vom Richter gemäß § 273 ZPO festzusetzende – angemessene Provision bestimmt werden.

Abs. 2 knüpft an die Regelung des § 11 Abs. 2 HVG 1921 an (vgl. auch § 10 Abs. 2 erster Satz HVertrG 1993).

Abs. 3 verallgemeinert die bisher im § 8 Abs. 5 IMV enthaltene Bestimmung, die vor allem auf nach dem § 27 MRG unzulässige Ablösen abzielte, für alle Maklerverträge.

Für die Frage der Provisionshöhe ist auf § 917a ABGB hinzuweisen; danach ist eine Entgeltvereinbarung soweit unwirksam, als sie ein gesetzlich bestimmtes Höchstmaß überschreitet. Unter einem Gesetz im Sinn des § 917a ABGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinn zu verstehen, es genügt eine allgemeine Regelung in Vollziehung der Gesetze und damit eine Verordnung (vgl. SZ 59/65). Provisionsbegrenzungen enthalten die §§ 10 ff der IMV und § 7 Abs. 4 der PKVV.

Zu § 9:

Der erste Satz ist praktisch wortgleich mit § 12 Abs. 1 HVG 1921 und § 13 Abs. 1 HVertrG 1993. Er ist allerdings nur für den als selbständigen Kaufmann tätigen Makler von Bedeutung, da der private Gelegenheitsmakler ohnehin keinen Geschäftsbetrieb und daher von vornherein keine allgemeinen Kosten und Aufwendungen hat. Grundsätzlich soll dem Makler aus dem Maklervertrag kein Anspruch auf Auslagenersatz zustehen.

2 der Beilagen

23

Wenn der Auftraggeber aber besondere Zusatzaufträge erteilt, so kann dafür eine Ersatzpflicht vereinbart werden. Typischer Fall eines Zusatzauftrages ist etwa ein besonders aufwendiges Inserat. Für diese Vereinbarung ist gefordert, daß sie ausdrücklich zu schließen ist. Der Begriff „ausdrücklich“ ist hier im Sinn von deutlich erkennbar (wie in § 901 und § 1353 ABGB, vgl. EvBl. 1979/2) zu verstehen und nicht etwa als Gegenteil des Begriffs „stillschweigend“.

Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen berücksichtigt das Interesse des Maklers, sich in jenen Fällen abzusichern, in denen er für zusätzliche Aufträge auch besondere Aufwendungen hatte. In solchen Fällen könnte es eine unbillige Härte darstellen, daß ein Provisionsanspruch nur bei erfolgreicher Vermittlung zusteht.

Gemäß Artikel II (§ 31 Abs. 1 Z 1 KSchG) muß die Vereinbarung mit dem Verbraucher hinsichtlich des Ersatzes von Aufwendungen auf Grund von zusätzlichen Aufträgen nicht nur ausdrücklich, sondern auch schriftlich erfolgen.

Zu § 10:

Aus § 7 Abs. 1 ergibt sich, daß der Provisionsanspruch mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts entsteht. Die Fälligkeit soll an keine weiteren Voraussetzungen, insbesondere nicht an eine Abrechnung, geknüpft sein. Die entsprechenden Bestimmungen des Handelsvertreterrechts wurden nicht übernommen, da eine Abrechnung beim Gelegenheitsmakler unüblich ist. Nach diesen Bestimmungen wäre der Unternehmer, also der Auftraggeber und nicht der Makler, zur Abrechnung verpflichtet.

Die Abrechnungspflicht ist auf den gewerbsmäßig tätigen Handelsvertreter zugeschnitten und wäre bei vielen Maklervertragsverhältnissen nicht sachgerecht; so wäre es z.B. dem Kunden eines Immobilienmaklers in der Regel nicht zumutbar, eine Abrechnung zu legen.

Die Bestimmung ist nicht zwingend, die Parteien können daher abweichende Vereinbarungen über die Fälligkeit der Provision und den Ersatz von Aufwendungen treffen.

Zu § 11:

Eine Verjährungsregelung ist erforderlich, da Forderungen aus Maklerverträgen in der Aufzählung des § 1486 ABGB nicht enthalten sind und daher nur dann die dreijährige Verjährungsfrist anzuwenden wäre, wenn die Forderung aus sonstigen Leistungen in einem gewerblichen, kaufmännischen oder sonstigen geschäftlichen Betrieb stammt. Die Provisionsansprüche der Gelegenheitsmakler würden ohne die Bestimmung des § 11 sohin erst in 30 Jahren verjähren.

Der zweite Satz soll den Makler, der vom Geschäftsabschluß nicht erfahren konnte, vor dem Verlust seines Provisionsanspruchs durch Verjährung schützen. Auf Grund der gegenseitigen Interessenwahrungspflicht, speziell der Benachrichtigungspflicht gemäß § 3 Abs. 3, muß der Auftraggeber den Makler vom Abschluß eines erfolgreich vermittelten Geschäfts informieren.

Derzeit ist für Zivilmakler die Verjährung in § 29 Abs. 2 HVertrG 1993 iVm § 17 HVG 1921 geregelt und an die Abrechnung geknüpft, die aber – wie zu § 10 ausgeführt – im MaklerG nicht mehr vorgesehen ist.

Zu § 12:

Der auf bestimmte Zeit geschlossene Maklervertrag kann wie andere Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden. Ein wichtiger die vorzeitige Auflösung rechtfertigender Grund liegt immer dann vor, wenn das Vertrauensverhältnis zum Vertragspartner so schwer gestört ist, daß eine Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (vgl. Würth in Rummel, Kommentar zum ABGB, Rz 2 und 3 zu § 1118). Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn der Makler unzulässigerweise als Doppelmakler tätig ist. Die Auflösung erfolgt durch außergerichtliche Erklärung (EvBl. 1966/376). Da weder der Makler noch der Auftraggeber in ihrem Vertrauen auf den Weiterbestand des Vertrags besonders geschützt werden müssen, ist eine Fristsetzung nicht erforderlich.

Zu § 13:

Bei unbefristeter Vertragsdauer ist jederzeit eine fristlose Kündigung möglich. Schikanös wäre die Ausübung dieser Kündigungsmöglichkeit dann, wenn sie der Auftraggeber unmittelbar nach dem Nachweis einer Geschäftsgelegenheit durch den Makler einsetzt, ohne daß der Makler noch Gelegenheit zur Entfaltung einer Vermittlungstätigkeit gehabt hat. Kommt es in einem solchen Fall nach Beendigung des Maklervertrags zu einem Geschäftsabschluß, kann der Auftraggeber (insbesondere wegen treuwidriger

Verhinderung des Eintritts einer ihm nachteiligen Bedingung oder aus einem sonstigen Rechtstitel) provisionspflichtig sein. Eine solche mißbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts wird allerdings den Immobilienmakler weniger treffen, da er kraft Geschäftsgebrauchs seinen Provisionsanspruch durch bloße Namhaftmachung des Dritten erwerben kann.

Zu § 14:

Der Alleinvermittlungsauftrag hat sich im Bereich der Immobilienvermittlung herausgebildet, kommt aber auch in anderen Geschäftszweigen vor. Der Alleinvermittlungsauftrag war bisher gesetzlich nicht geregelt. Er unterscheidet sich vom „schlichten“ Maklervertrag vor allem dadurch, daß sich der Auftraggeber verpflichtet, für eine bestimmte Zeit keinen anderen Makler zu betrauen, wodurch sich die Erfolgsaussichten des alleinbeauftragten Maklers erhöhen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Makler zur Tätigkeit für den Auftraggeber. § 15 Abs. 2 ermöglicht dem alleinbeauftragten Makler in Anlehnung an § 9 Abs. 1 Z 1 IMV für bestimmte Fallgestaltungen spezielle Sanktionsmöglichkeiten durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe bzw. eines pauschalierten Aufwendersatzes (vgl. auch § 30d KSchG in Art. II).

Der Begriff der „angemessenen Dauer“ wird in § 35 und in § 30c KSchG durch eine gesetzliche Höchstfrist für bestimmte Geschäfte ersetzt. Nach allgemeinen Regeln ist wie bei jedem Dauerschuldverhältnis eine vorzeitige Beendigung des Alleinvermittlungsauftrags aus wichtigem Grund möglich. Ein wichtiger Grund wird vorliegen, wenn sich der Makler als untätig oder unverlässlich erweist, sodaß die Interessen des Auftraggebers bei einem Festhalten am Vertrag gefährdet wären.

Zu § 15:

Zulässige Provisionsvereinbarungen für Fälle fehlenden Vermittlungserfolgs sind schon in der IMV geregelt. Da diese Vereinbarungen nicht nur im Bereich der Immobilienmakler denkbar sind, wurden sie in den Allgemeinen Teil des MaklerG übernommen.

Diesen vom Gesetzgeber vorgezeichneten Provisionsvereinbarungen liegt der Gedanke zugrunde, daß dem Makler eine leicht geltend zu machende Entschädigung für vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers oder ein Ersatz für seine Aufwendungen und Mühehaltung ermöglicht werden soll. Die Vereinbarungen haben in der Regel die Funktion einer Vertragsstrafe (vgl. Erläuterungen zu Abs. 3).

§ 15 ist insofern zwingender Natur, als andere als die hier angeführten „Provisionsvereinbarungen“ nicht wirksam getroffen werden können.

In jedem Maklervertrag sind die in Abs. 1 Z 1 bis Z 4 angeführten Zusatzvereinbarungen möglich.

Die Z 1 enthält in modifizierter Form den Regelungsinhalt der Z 2 des § 9 Abs. 1 IMV. Die dort genannte Vereitelung des Rechtsgeschäfts wird nun aber konkreter formuliert: der Auftraggeber muß entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf wider Treu und Glauben einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt unterlassen haben. Aus dem Tatbestandselement „entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf“ ist zu schließen, daß diese überraschende Weigerung, das vermittelte Geschäft abzuschließen, erst relevant ist, wenn sie in einem eher späten Verhandlungsstadium ohne beachtenswerten Grund erfolgt. Ein solcher Grund für die überraschende Weigerung darf nicht darin liegen, nur den Maklervertrag nicht erfüllen zu wollen. Beachtenswert ist ein Grund aber auch, wenn er in der Privatsphäre des Auftraggebers liegt und von subjektiven Erwägungen getragen ist.

Z 2 gibt dem Makler die Möglichkeit, sich den Provisionsanspruch auch in Fällen zu sichern, in denen Vertragsgegenstand und/oder Vertragsart vom ursprünglich beabsichtigten Geschäft so weit abweichen, daß auch kein zweckgleichwertiges Geschäft im Sinn des § 6 Abs. 3 mehr vorliegt. Die Bestimmung wird in der Praxis vor allem für die oft nicht eindeutig zu beantwortende Frage relevant sein, ob die Grenzen der Zweckgleichwertigkeit überschritten wurden. In diesen Fällen wird auf die ortsübliche Provision zurückzugreifen sein, wenn die Provision nicht als Prozentsatz des Entgelts vereinbart wurde. Oft wird man aber auch davon ausgehen können, daß schon im Zuge der Verhandlungen der Vertragsgegenstand des Maklervertrags konkludent geändert wurde, eine Vereinbarung gemäß Z 2 kann dem Makler aber Beweisschwierigkeiten ersparen. Eine ähnliche Bestimmung findet sich schon in der IMV (vgl. § 9 Abs. 1 Z 4). Der zweite Halbsatz ist durch deren Aufnahme in den Allgemeinen Teil des MaklerG nun notwendig geworden; die hier ermöglichte Provisionsvereinbarung soll nicht auch für ein vollkommen anderes (nicht zum Tätigkeitsbereich des Maklers gehörendes) Geschäft als das im Maklervertrag bezeichnete gelten, mit dessen – zufälliger – Vermittlung der Auftraggeber nicht rechnen konnte. Wenn zum Beispiel ein Kunsthändler schließlich nicht den gewünschten Biedermeier-Tisch, sondern einen

2 der Beilagen

25

Gebrauchtwagen vermittelt, soll er dafür auf Grund einer Vereinbarung gemäß Z 2 keinen Provisionsanspruch haben. Anders zu beurteilen wäre der Fall, wenn die Parteien nachträglich – vielleicht nur konkludent – auch einen auf die Vermittlung eines Personenkraftwagens gerichteten Maklervertrag geschlossen hätten.

Die Z 3 betrifft Fälle der (insbesondere vertragswidrigen) Weitergabe von Informationen. Der Makler muß die Tatsache der Informationsweitergabe beweisen (vgl. bisher § 9 Abs. 1 Z 5 IMV und § 3 Abs. 2).

Bei den Tatbeständen der Z 4 handelt es sich um Vorkaufs-, Wiederkaufs- oder Eintrittsrechte auf Grund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen, wie sie bisher schon in § 9 Abs. 1 Z 3 IMV bestanden haben.

Vereinbarungen gemäß Abs. 2 sind nur beim Alleinvermittlungsauftrag möglich; diese Bestimmungen gehen auf § 9 Abs. 1 Z 1 lit. a und b IMV zurück. Die Fälle der vertragswidrigen vorzeitigen Auflösung des Alleinvermittlungsauftrags (Z 1) und des Vertragsschlusses auf Grund der Tätigkeit eines anderen vom Auftraggeber eingeschalteten Maklers (Z 2) sanktionieren vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers mit einer Konventionalstrafe in Höhe der sonst verdienten Provision.

Auch für den Fall, daß der Auftraggeber „auf andere Art“, also ohne die Tätigkeit des alleinbeauftragten oder die eines anderen von ihm beauftragten Maklers, den Abschluß des beabsichtigten Rechtsgeschäfts (auf Grund eigener Aktivitäten oder zufällig) zustandebringt, sieht Z 3 vor, daß eine Zahlung bis zur Höhe der Provision vereinbart werden kann. Wie bisher in der IMV macht es im Allgemeinen Teil des MaklerG keinen Unterschied, ob der Auftraggeber das im Alleinvermittlungsauftrag bezeichnete Rechtsgeschäft mit oder ohne Hilfe eines anderen Maklers geschlossen hat (vgl. § 9 Abs. 1 Z 1 lit. b IMV); für beide Fälle kann die volle Provision vereinbart werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß es für den Makler unter Umständen äußerst schwierig ist zu beweisen, daß ein Geschäftsabschluß auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist.

Im Verbrauchergeschäft soll aber berücksichtigt werden, daß sich der Auftraggeber im Alleinvermittlungsauftrag nur verpflichtet, keinen anderen Makler zu beauftragen (vgl. § 14 Abs. 1). Der Geschäftsabschluß ohne Einschaltung eines Maklers ist grundsätzlich nicht als Vertragsverletzung zu werten und soll den Verbraucher finanziell weniger belasten; für diesen Fall sieht daher der in Artikel II vorgeschlagene § 30d KSchG vor, daß -abweichend von der Z 3 des § 15 Abs. 2 – nur die Bezahlung der halben Provision vereinbart werden kann. Dies gilt allerdings nur für Objekte im Sinn des § 30a Abs. 1 KSchG.

Abs. 3 normiert, daß die nach § 15 möglichen Provisionsvereinbarungen als Vereinbarung eines Vergütungsbetrags im Sinn des § 1336 ABGB gelten und damit dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegen sollen. Gemäß § 348 iVm § 351 HGB kann allerdings eine von einem Vollkaufmann „im Betriebe seines Handelsgewerbes“ versprochene Vertragsstrafe nicht gemäßigt werden. Ein Verzicht auf die richterliche Mäßigung ist ungültig (EvBl. 1982/38).

Zu § 16:

Die Begriffsumschreibung dieser Bestimmung faßt die bisher im § 1 Abs. 1 der IMV aufgezählten Geschäfte zusammen. Auch Hypothekendarlehen sind als Geschäfte über unbewegliche Sachen anzusehen.

Da die ständige Betrauung durch einen Auftraggeber beim Immobilienmakler in der Praxis vorkommt und dieser Makler dann nicht von der Begriffsbestimmung des § 1 erfaßt wäre, trifft der erste Halbsatz des zweiten Absatzes eine Ausnahmeregelung, um eine ansonst bestehende Regelungslücke zu schließen.

Zum Schutz der Kunden von Immobilienmaklern, die nicht gewerbsmäßig, sondern nur gelegentlich entgeltlich tätig sind, bestimmt die zweite Alternative des Abs. 2, daß auch auf diese Makler die für Immobilienmakler geltenden Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden sind. Damit kommen vor allem Verbrauchern die in Artikel II vorgeschlagenen Schutzbestimmungen und Aufklärungspflichten zugute. Zur Frage der entgeltlichen Tätigkeit wird auf die Erl. zu § 1 verwiesen.

Für beide in Abs. 2 erfaßten Fälle, also den ständig betrauten und den nur gelegentlich entgeltlich tätigen Immobilienmakler, gelten damit auch die allgemeinen Bestimmungen des Maklergesetzes. Für den bloß gelegentlich tätigen Immobilienmakler ist dies ohnehin selbstverständlich. Ein von einem Auftraggeber ständig betrauter Makler fällt aber nur als Immobilienmakler (oder als Versicherungsmakler gemäß § 26 Abs. 1) unter das MaklerG.

Hervorzuheben ist beim Immobilienmakler, daß nach derzeitigem Geschäftsgebrauch die Namhaftmachung einer Geschäftsgelegenheit den Provisionsanspruch begründen kann. Vertraglich kann mit dem Immobilienmakler aber vereinbart werden, daß die Namhaftmachung des Dritten keine ausreichend verdienstliche Tätigkeit ist und daher keinen Provisionsanspruch begründet. Meist wird aber der Immobilienmakler ohnehin im eigenen Interesse am Geschäftsabschluß eine Vermittlungstätigkeit entfalten. Der erwähnte Geschäftsgebrauch schützt die Immobilienmakler davor, daß sie vom Auftraggeber nach der Namhaftmachung des Dritten von einer Vermittlungstätigkeit bewußt ausgeschlossen und so um ihren Provisionsanspruch gebracht werden könnten.

Wenn der Immobilienmakler nur eine Geschäftsgelegenheit namhaft macht, sind seine Sorgfaltspflichten in der Regel weniger gefordert als bei einer engagierten Vermittlungstätigkeit. Aber auch bei der Namhaftmachung wird er den Auftraggeber jedenfalls über alle ihm erkennbaren Vor- und Nachteile des Objekts zu informieren haben.

Zu § 17:

Die hier normierte Aufklärungspflicht hat folgende Warnfunktion: Ein von einem Immobilienmakler kontaktierter potentieller Vertragspartner geht in der Regel davon aus, daß der Immobilienmakler als Doppelmakler tätig sein kann und daher auch mit ihm einen Maklervertrag anstreben wird (vgl. Erl. zu § 5 Abs. 1). Wenn der Makler aber vereinbarungsgemäß einseitiger Interessenvertreter einer Partei zu bleiben hat, soll er dies dem Dritten unverzüglich mitteilen müssen. Damit soll dem zukünftigen Vertragspartner des Auftraggebers von allem Anfang an klar sein, daß er es nicht mehr mit einem neutralen Doppelmakler zu tun hat. Eine parallele Bestimmung findet sich in § 20 Abs. 2 für den Handelsmakler.

Zu § 18:

Zum Schutz des Auftraggebers werden mit dieser Bestimmung einige Normen des allgemeinen Teils zugunsten des Auftraggebers einseitig für zwingend erklärt. Das bedeutet zum Beispiel, daß der Immobilienmakler rechtswirksam keinen Vorschuß auf die Provision vereinbaren kann. Weitergehende Zwingendstellungen finden sich zugunsten von Verbrauchern in Art. II, § 31 Abs. 2 KSchG.

Zwingendes Recht enthalten aber auch § 15 und § 30d KSchG, da andere als die dort geregelten Fälle von Provisionsvereinbarungen nicht rechtswirksam getroffen werden können. Zwingenden Charakter hat auch § 14, wonach Alleinvermittlungsaufträge nur auf angemessene Dauer geschlossen werden können. Zwingend ist weiters die Befristung des Kreditvermittlungsvertrags in § 35 MaklerG und die in § 30c KSchG geregelte Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen beim Verbrauchergeschäft.

Zu § 19:

Die Definition übernimmt nicht die beispielhafte Aufzählung von Handelsgeschäften wie bisher im § 93 HGB, sondern begnügt sich mit einer Generalklausel. Am Norminhalt ändert sich dadurch nichts. Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs sind z.B. Verträge über die Anschaffung und Veräußerung von Waren und Wertpapieren, über Versicherungen und Güterbeförderungen.

Die gewerbsmäßige Tätigkeit ist hier nicht gewerberechtlich zu verstehen; es kommt also nicht darauf an, ob den Bestimmungen der Gewerbeordnung entsprochen wird. Maßgeblich für die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit ist vor allem ein dauernder, regelmäßiger berufsmäßiger Betrieb, die Gewinnerzielungsabsicht und die selbständige Tätigkeit (im einzelnen vgl. Straube in Straube, HGB I², § 1 Rz 4 ff.).

Im Gegensatz zu den amtlich bestellten Börsensensalen gilt für Freie Makler an der Börse das Maklergesetz. Sie sind Handelsmakler, haben aber auf Grund ihres Geschäftsgegenstandes abweichende Handelsbräuche entwickelt, denen in Abs. 2 Rechnung getragen wird. Zum Teil sind diese Handelsbräuche im Verordnungsblatt der Wiener Börse als Verordnungen der Wiener Börsekammer verlautbart.

Dem österreichischen Sprachgebrauch entsprechend soll der „Handelsmäkler“ des HGB auch sprachlich an das neue Maklergesetz angepaßt werden.

Zu § 20:

In Abs. 1 wird festgehalten, daß der Handelsmakler – wie seit jeher – grundsätzlich als Doppelmakler agiert. Dieses Prinzip ließ sich bisher eindeutig aus § 98 und § 99 HGB ableiten.

Soll der Handelsmakler aber nur für einen Auftraggeber tätig werden, hat er den Dritten gemäß Abs. 2 über diesen Umstand aufzuklären. Dem Dritten muß bewußt gemacht werden, daß er es – aus-

2 der Beilagen

27

nahmsweise – nicht mit einem unparteiischen Makler sondern mit einem Interessenvertreter des ersten Auftraggebers zu tun hat. Eine gleichgelagerte Aufklärungspflicht trifft gemäß § 17 auch den Immobilienmakler.

Zu den §§ 21 und 22:

Diese Bestimmungen sind inhaltlich unverändert aus dem HGB übernommen; dessen §§ 94 und 95 wurden nur sprachlich dem MaklerG angepaßt.

Nicht übernommen wurde hingegen § 96 HGB, der die Aufbewahrung der Warenprobe regelte. Diese Bestimmung soll als weitgehend totes Recht nicht aufrechterhalten werden.

Zu § 23:

Wenn der Handelsmakler als Doppelmakler tätig ist, so sind mangels einer besonderen Vereinbarung oder eines abweichenden Ortsgebrauchs beide Auftraggeber je zur Hälfte provisionspflichtig. Vorgänger dieser Bestimmung ist § 99 HGB. Dort wurde allerdings nicht differenziert, ob der Handelsmakler im konkreten Fall als Doppelmakler tätig war. Nach herrschender Meinung hatten vielmehr beide Parteien des Rechtsgeschäfts je zur Hälfte für den Lohn aufzukommen, auch wenn nur von einer Seite ein Maklervertrag vorlag. Dies wurde damit begründet, daß gemäß § 98 HGB der Handelsmakler auch dann beiden Parteien zu Schadenersatz verpflichtet war, wenn er nur von einer beauftragt worden war (vgl. Griß-Reiterer in Straube, HGB², § 98 HGB Rz 1).

Zu § 24:

Diese Bestimmung entspricht weitgehend den §§ 100 und 101 HGB und betrifft das Tagebuch.

Die im Abs. 2 zitierten §§ 190 und 212 HGB enthalten allgemeine Regeln über die Führung der Handelsbücher (§ 190) und die siebenjährige Aufbewahrungsfrist (§ 212).

Die §§ 213 bis 216 HGB betreffen die Aufbewahrung und Vorlage von Unterlagen. Für den Handelsmakler ist derzeit in § 102 HGB geregelt, daß das Gericht im Laufe eines Rechtsstreits ohne Antrag einer Partei die Vorlage des Tagebuchs anordnen kann, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Auch gemäß § 183 ZPO kann das Gericht ohne Antrag einer Partei verfügen, daß Urkunden, auf die sich die eine oder die andere Partei berufen hat, vorgelegt werden. Die Bestimmung des § 102 HGB geht aber etwas weiter, da die Vorlage des Tagebuchs auch angeordnet werden kann, wenn sich beide Parteien dagegen erklären (vgl. § 183 Abs. 2 ZPO). Die Anordnung zur Vorlage ist gemäß § 102 HGB nicht davon abhängig, daß sich das Tagebuch in Händen einer Partei befindet und daß sich eine der Parteien auf diese Urkunde berufen hat.

Diese Unterschiede erscheinen zwar nicht so bedeutend, daß sie die Aufrechterhaltung einer aus dem deutschen Rechtskreis stammenden Prozeßbestimmung rechtfertigen könnten, die ohnehin als *lex fugitiva* im MaklerG nicht zur Übersichtlichkeit der Rechtsordnung beiträgt. Andererseits spricht aber viel dafür, die Gleichbehandlung des Tagebuchs des Handelsmaklers mit den Handelsbüchern aufrechtzuerhalten. Da für Handelsbücher Sonderbestimmungen über die Vorlage im Rechtsstreit bestehen, sollen diese auch für das Tagebuch des Handelsmaklers gelten. Damit bleibt die entsprechend Artikel III Abs. 5 Z 2 aufzuhebende Bestimmung des § 102 HGB inhaltlich aufrecht.

Da in vielen Branchen die Aufzeichnungen nicht mehr händisch, sondern durch elektronische Datenverarbeitung geführt werden, wird dieser Praxis mit dem neuen zweiten Satz in Abs. 3 Rechnung getragen. In diesem Fall muß der Handelsmakler die jederzeitige schriftliche Wiedergabe des „Eingetragenen“ ermöglichen. Die in Abs. 1 zweiter Satz geforderte tägliche Unterzeichnung des Eingetragenen ist mit dieser Form der Dokumentation nicht vereinbar und daher als materiell derogiert zu betrachten.

Nicht fortgeschrieben wird § 103 HGB, der eine Geldstrafe für den Fall vorsieht, daß den Bestimmungen über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwidergehandelt wird.

Zu § 25:

Diese Bestimmung entspricht wörtlich § 104 HGB.

Zu § 26:

Wie im Allgemeinen Teil ausgeführt, ist die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers bisher gesetzlich nicht eigens geregelt, sondern beruht weitgehend auf Vereinbarung und Geschäftsgebrauch. Der ständig wachsenden Bedeutung dieser Berufsgruppe soll nun auch der Gesetzgeber Rechnung tragen und Grundregeln für die Rechte und Pflichten des Versicherungsmaklers fixieren.

Der zweckmäßigste Regelungsort dafür ist das MaklerG, da viele Bestimmungen des Allgemeinen Teils auch für Versicherungsmakler anwendbar sind. Soweit aber Praxis und Geschäftsgebrauch abweichende Regeln entwickelt haben, kann diesen mit Sonderbestimmungen in den §§ 26 ff. Rechnung getragen werden, die den Normen des Allgemeinen Teils vorgehen.

Die Streitfrage, ob der Versicherungsmakler angesichts seiner stark vom typischen Handelsmakler abweichenden Stellung (trotz der Aufzählung in § 93 Abs. 1 HGB) überhaupt als Handelsmakler qualifiziert werden kann (vgl. dazu Jabornegg, Der Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers, VR 1988, 273 ff.), soll nun vom Gesetzgeber in der Form entschieden werden, daß für den Versicherungsmakler als Handelsmakler Sonderregelungen aufgestellt werden. Ausgangspunkt für die Qualifikation des Versicherungsmaklers als Handelsmakler ist § 93 HGB, der ausdrücklich die gewerbsmäßige Vermittlung von Versicherungsverträgen anführt. § 19 enthält nun zwar nicht mehr die beispielhafte Aufzählung von Gegenständen des Handelsverkehrs, es ergibt sich aber aus § 1 Abs. 2 Z 3 HGB, daß darunter jedenfalls die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie zu verstehen ist. Aus der Natur des vom Versicherungsmakler vermittelten Geschäfts, des Versicherungsvertrags, hat sich eine vom sonstigen Maklervertrag abweichende Stellung des Versicherungsmaklers herausgebildet. Da der Versicherungsvertrag nicht mit dem einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung beendet ist, sondern sich als Dauerschuldverhältnis oft über viele Jahre erstreckt, bleibt der Makler in dieses Vertragsverhältnis länger eingebunden und hat neben seiner Vermittler- auch eine Betreuungsfunktion übernommen. Der zweite Satz stellt daher klar, daß der Versicherungsmakler trotz ständiger Betrauung durch den Versicherungskunden als Makler – und nicht vielleicht als Handelsvertreter – zu qualifizieren ist (vgl. zweiter Fall des zweiten Satzes in Abs. 1). Diese Ausnahmsregelung ist erforderlich, da die ständige Betrauung hier durchaus verpflichtenden Charakter hat. (Vgl. dazu die Ausführungen zu § 1, wonach eine wiederholte, praktisch ständige Betrauung eines Maklers nichts an seiner Maklereigenschaft ändert, sofern es sich nur um eine rein faktisch laufende Betrauung ohne Verpflichtungscharakter handelt.)

Der Begriff „Versicherungskunde“ umfaßt den Versicherungsinteressenten wie den Versicherungsnehmer und wurde gewählt, weil er sowohl für die Phase vor als auch nach Abschluß des Versicherungsvertrags zutrifft.

Zum Schutz des Versicherungskunden wurde im Abs. 2 nun auch – wie beim Immobilienmakler in § 16 Abs. 2 – die Regelung aufgenommen, daß auch dann die Bestimmungen über den Versicherungsmakler gelten, wenn eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit nur gelegentlich ausgeübt wird. Der Begriff „entgeltlich“ ist hier aber – wie auch zu § 1 ausgeführt – in einem wirtschaftlichen Sinn zu verstehen. Bei Doppelmaklern ist auch dann von einem beiderseitig entgeltlichen Maklervertrag auszugehen, wenn der Makler die Provision nur mit einer Seite vereinbart. Ausschlaggebend für die Entgeltlichkeit ist also, daß der Makler seine Tätigkeit mit Gewinnabsicht ausübt.

Entscheidend für die Maklereigenschaft des Versicherungsvermittlers ist aber die Stellung gegenüber dem Versicherer. Wenn der Vermittler von einem oder mehreren Versicherern ständig betraut ist, so ist er jedenfalls Versicherungsagent.

Auf eine deutliche Abgrenzung zwischen Versicherungsmakler und Versicherungsagenten legen auch die einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts der EU größten Wert. So heißt es in den Erwägungen der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.1976, Amtsblatt der EG Nr. L 26/14, über die Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für die Tätigkeiten des Versicherungsagenten und des Versicherungsmaklers (77/92/EWG): „Wegen der Unterschiede, die zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Abgrenzung der Tätigkeiten von Versicherungsagenten und Versicherungsmaklern bestehen, ist es wünschenswert, die Tätigkeiten, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, so genau wie möglich zu definieren.“ In der Empfehlung der Kommission vom 18.12.1991 über Versicherungsvermittler (92/48/EWG), Amtsblatt der EG Nr. L 19/32, heißt es ebenfalls in den Erwägungen, daß Versicherungsvermittler in ihren Mitgliedstaaten in ein Register eingetragen sein sollten. „Diese Eintragung sollte eine Voraussetzung für die Aufnahme und Ausübung der Versicherungsvermittlungstätigkeit sein. Gibt es ein zentrales Register, sollte in diesem zwischen abhängigen und unabhängigen Versicherungsvermittlern unterschieden werden.“ Im Anhang zu dieser Empfehlung heißt es im Art. 3, daß die unabhängigen Ver-

2 der Beilagen

29

mittler, wie sie in Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 77/92/EWG definiert sind, einer Offenlegungspflicht unterliegen sollten. Sie sollten ihren Versicherungskunden ihre etwaigen „unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Bindungen an ein Versicherungsunternehmen oder ihre Beteiligungen an solchen Unternehmen oder umgekehrt, soweit sie eine völlig freie Wahl des Versicherungsunternehmens beeinträchtigen könnten“, offenlegen. Gegenüber der zuständigen, vom Mitgliedstaat bestimmten Einrichtung sollten sie die Aufteilung ihres Vorjahresgeschäfts auf die verschiedenen Versicherungsunternehmen ebenfalls offenlegen.

In dieser Empfehlung vom 18.12.1991 werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Kommission binnen 36 Monaten über die wichtigsten inzwischen getroffenen rechtlichen Maßnahmen sowie über die von den berufsständischen Organisationen bzw. Versicherungsunternehmen getroffenen Maßnahmen zu informieren. Es ist zu erwarten, daß die Diskussion innerhalb der EU in nächster Zeit wieder intensiviert wird.

Auch in der österreichischen Rechtsordnung unterscheidet sich der Versicherungsagent vom Makler durch die in aller Regel ständige Betrauung durch den Versicherer und durch das dadurch entstehende Naheverhältnis zum Versicherer. Anknüpfungspunkt für diese Abgrenzung zwischen – nach der Terminologie der EU-Richtlinie – abhängigen und unabhängigen Versicherungsvermittlern ist im nationalen Recht § 43 VersVG. In Ausnahmefällen wurde von der Rechtsprechung (vgl. ZVR 1976/81, 82 ff) – zum Schutz des Versicherungskunden – auch ein nicht ständig von einem Versicherer betrauter Gelegenheitsvermittler als Versicherungsagent qualifiziert. Der Gesetzgeber hat in der Novelle zum VersVG, BGBl. Nr. 509/1994, diese Rechtsprechung bei der Fassung des § 43 Abs. 1 VersVG berücksichtigt.

Entscheidend für den Begriff des Versicherungsagenten ist die ständige Betrauung durch den Versicherer. In diesem Fall ist das Maklergesetz nicht anzuwenden. Von dieser ständigen Betrauung streng zu unterscheiden ist die Rahmenprovisionsvereinbarung, die der Versicherungsmakler mit möglichst vielen Versicherern trifft. Diese Rahmenprovisionsvereinbarung besagt im wesentlichen nur, daß dem Versicherungsmakler, falls er einen Versicherungsvertrag mit dem betreffenden Versicherer vermittelt, ein bestimmter Prozentsatz der Prämie als Provision zusteht (vgl. § 26 Abs. 1 erster Fall des zweiten Satzes). Das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsmakler entspricht im großen und ganzen dem schlichten Maklervertrag, der gemäß § 4 Abs. 1 keine Tätigkeitspflicht für den Makler begründet. Wenn der Makler aber einen Versicherungsvertrag vermittelt, steht ihm eine Provision zu. Die Besonderheit liegt nur darin, daß die Provisionshöhe in diesem Rahmenvertrag, der sogenannten Courtagevereinbarung, generell vorausbestimmt ist, sowie in dem Umstand, daß sich der Maklervertrag nicht auf die Vermittlung bestimmter vom Versicherer genannter Geschäfte bezieht, sondern allgemein auf die vom jeweiligen Versicherungsunternehmen angebotenen Verträge. Durch die neue gesetzliche Regelung wird daher auch das Verhältnis zwischen Versicherungsmakler und Versicherer im Sinn eines Maklervertrags mit eingeschränkten Interessenwahrungspflichten klargestellt (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 29 und Jabornegg, Der Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers, VR 1988, 282 f.).

Der dritte Absatz stellt klar, daß die besonderen Vollmachts- und Zurechnungsbestimmungen der §§ 43 ff. VersVG vom MaklerG unberührt bleiben. Durch die Formulierung „auf die dort geregelten Fragen“ soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Anwendbarkeit der §§ 43 ff. VersVG nicht bedeutet, daß nicht auf andere Aspekte des Vertragsverhältnisses das MaklerG anzuwenden wäre. Letztlich geht es um die Wahrung berechtigter Interessen der Versicherungskunden. So beurteilt sich etwa das Verhältnis zwischen Versicherungskunden und „Pseudomakler“ durchaus nach dem MaklerG, die sich aus § 43a VersVG ergebende Zurechnung des Verhaltens des Vermittlers zum Versicherer bietet dem Versicherungskunden zusätzlichen Schutz. Der Vermittler kann daneben aber auch selbst aus der Verletzung seiner Vertragspflichten gegenüber dem Versicherer haftbar gemacht werden. Auch für das Vertragsverhältnis zwischen dem Versicherungskunden und dem Gelegenheitsagenten, der gegenüber dem Kunden als Makler auftritt, bleibt das MaklerG anwendbar, soweit seine Bestimmungen nicht durch die Sondervorschriften betreffend die Vollmacht in § 43 Abs. 2 VersVG und die ergänzenden Regeln in den §§ 43 ff. VersVG ersetzt werden.

Im vierten Absatz wird nun ausdrücklich klargestellt, daß Versicherungsmakler weder zur Zustellung von Schlußnoten (vgl. § 21) noch zur Führung eines Tagebuchs (vgl. § 24) verpflichtet sind.

Zu § 27:

Hier wird das Tätigkeitsprofil des Versicherungsmaklers umrissen, wie es sich – abweichend vom Handelsmakler – auch international herausgebildet hat. Der Versicherungsmakler wird nicht als neutraler Vermittler, sondern als „Bundesgenosse“ des Versicherungskunden betrachtet, dessen Interesse er vor-

rangig zu vertreten hat. Als Doppelmakler treffen ihn aber auch gegenüber dem Versicherer eingeschränkte Interessenwahrungspflichten (siehe dazu § 29).

Abs. 1 schreibt diese überwiegende Interessenwahrungspflicht zugunsten des Kunden fest. Konkretisiert werden die Pflichten in § 28.

Abs. 2 normiert die Tätigkeitspflicht, die sich daraus ergibt, daß in der Regel das zu versichernde Risiko ohne Verzug gedeckt werden soll.

Nach dem ersten Satz des Abs. 3 hat der Versicherungsmakler keine passive Vertretungsmacht für den Versicherer. Von ihm entgegengenommene Zahlungen und ihm gegenüber abgegebene Erklärungen sind dem Versicherer grundsätzlich nicht zuzurechnen. Hier ist aber auf § 26 Abs. 3 und die Erläuterungen dazu zu verweisen. Diese Bestimmung trägt dem Interesse des Versicherers Rechnung, selbst darüber zu entscheiden, ob die einem Makler gegenüber abgegebenen Erklärungen und geleisteten Zahlungen ihm zurechenbar sind. Versicherer und Makler können dazu aber eine abweichende Vereinbarung treffen; diese ist im Regelfall für den Versicherungskunden vorteilhaft, da er dann mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber dem Versicherer an den Versicherungsmakler zahlen kann und fristgebundene Erklärungen unter Umständen dadurch noch rechtzeitig erfolgen. Eine solche vertraglich vereinbarte passive Vertretungsmacht ändert nichts an der Stellung des Maklers als Bundesgenosse des Versicherungsnehmers gemäß Abs. 1, der in § 32 für zwingend erklärt ist.

Durchbrochen wird der im ersten Satz dieses Absatzes aufgestellte Grundsatz durch den zweiten Satz. § 2 Abs. 2 gibt dem Versicherungskunden die Möglichkeit, unter den dort genannten Voraussetzungen Erklärungen zur Wahrung seiner Rechte gegenüber dem ihm nicht bekannten Versicherer mit Rechtswirksamkeit für diesen an den Versicherungsmakler zu richten.

Zu § 28:

Die grundsätzliche Interessenwahrungspflicht jedes Maklers gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 3 und gemäß § 27 Abs. 1 wird hier näher konkretisiert. Die Aufzählung ist demonstrativ; die im Einleitungssatz und in Z 1 bis Z 3 genannten Pflichten werden aber als Kernpflichten des Versicherungsmaklers in § 32 zwingend gestellt. Im Konsumentengeschäft können auch die in Z 4 und Z 5 genannten Pflichten vertraglich nicht abbedungen werden (Artikel II, § 31 Abs. 2 KSchG).

Z 6 und Z 7 betreffen die Phase nach dem Vertragsabschluß, hier sind größere Abweichungen von diesem gesetzlich vorgezeichneten Pflichtenkatalog denkbar.

Die schon im Einleitungssatz enthaltene Pflicht zur Aufklärung und Beratung des Versicherungskunden erstreckt sich auf alle in der Folge genannten Punkte, da dem Versicherungskunden einerseits die Fachkenntnis des Maklers zugutekommen soll und er andererseits aber „Herr des Geschäfts“ bleiben und zwischen verschiedenen Optionen selbst entscheiden können soll.

Für die hier normierten Sorgfaltsverbindlichkeiten ist zur Frage der Beweislast bei behaupteten Pflichtverletzungen auf die zusammengefaßte Darstellung der jüngeren Rechtsprechung und Lehre in Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung (1993), 60 ff. zu verweisen.

Die in den Z 1 bis Z 7 festgehaltenen Punkte haben sich aus Geschäftsgebrauch, Vertragspraxis und Rechtsprechung herausgebildet. Richtungsweisend ist hier eine deutsche Monographie von Matusche, Pflichten und Haftung des Versicherungsmaklers² (1991). Zum österreichischen Recht haben Fenyves und Koban den Sammelband „Die Haftung des Versicherungsmaklers“ 1993 herausgegeben. Darin erläutert Fenyves auf den Seiten 8 ff. den Pflichtenkatalog des Versicherungsmaklers. In verkürzter Form finden sich die Aufgaben des Versicherungsmaklers in der Berufsordnung der Versicherungsmakler vom 14.9.1993 folgendermaßen dargestellt:

Punkt 2.1.1. „Hauptaufgabe des Versicherungsmaklers als Fachmann auf dem Gebiet des Versicherungswesens ist es, dem Klienten mit Hilfe seiner Kenntnisse und Erfahrung bestmöglichen, den jeweiligen Bedürfnissen und Notwendigkeiten entsprechenden Versicherungsschutz zu verschaffen. Hiezu stellt der Versicherungsmakler mit Unterstützung des Klienten zunächst die Risiken, denen dieser ausgesetzt ist, fest und prüft gemeinsam mit dem Klienten die Möglichkeiten versicherungsmäßiger Abdeckung. Hiebei schlägt der Versicherungsmakler den Versicherer für den Klienten in dessen Interesse vor und verhandelt den Versicherungsvertrag so, daß der Klient unter dem Gesichtspunkt des Versicherungsschutzes und der Prämien-gestaltung in den Genuß ausgewogener auf dem Versicherungsmarkt erhältlicher Bedingungen kommt.“

2 der Beilagen

31

Aus der Stellung als Bundesgenosse des Versicherungskunden ergibt sich – wie zu Beginn des letzten Satzes des Punktes 2.1.1. der Berufsordnung angedeutet –, daß der Versicherungsmakler bei seiner Beratung den Versicherer keinesfalls nach dem Kriterium seiner Provisionserwartungen vorschlagen darf (vgl. Fenyves, aa0, Seite 14).

In jeder Phase seiner Tätigkeit, also auch schon in contrahendo, trifft den Versicherungsmakler die allgemeine Interessenwahrungspflicht als Bundesgenosse des Versicherungsnehmers. Nach Schließung des Maklervertrags unterscheidet die Lehre (vgl. Matusche, aa0, Seite 40 ff.) zwischen allgemeinen und phasenspezifischen Pflichten. Zuerst hat der Versicherungsmakler das Risiko zu prüfen und ein Deckungskonzept (Z 1) zu entwickeln. In dieser Phase setzt auch seine Tätigkeitspflicht ein, er hat ohne schuldhaftes Zögern einen geeigneten Versicherer zu suchen. Vom Versicherungsmakler wird eine angemessene Risikoanalyse und ein angemessenes Deckungskonzept verlangt. Damit soll ausgedrückt werden, daß der dafür geforderte Aufwand vom Einzelfall und der Schwierigkeit der Einschätzung des zu versichernden Risikos abhängt. So wird bei der Vermittlung einer KFZ-Haftpflichtversicherung die Erstellung einer Risikoanalyse und eines Deckungskonzepts in der Regel keinen gesondert faßbaren Arbeits-einsatz erfordern, sondern durch einige mit dem Versicherungskunden zu besprechende Fragen zu erledigen sein.

Bei der Auswahl des Versicherers hat der Makler dessen Solvenz zu beurteilen (Z 2). Wenn er bei zumutbarer Sorgfalt die drohende Zahlungsunfähigkeit eines Versicherungsunternehmens erkennen hätte können, haftet er im Versicherungsfall. Der Begriff „Beurteilung“ in Z 2 soll im Unterschied zu einem ursprünglich vorgeschlagenen Begriff „Prüfung“ auf das Element der Möglichkeit und Zumutbarkeit Rücksicht nehmen. Bei österreichischen Versicherern und in der Regel wohl auch bei Versicherern aus dem Europäischen Wirtschaftsraum kann auf Grund der behördlichen Versicherungsaufsicht prinzipiell von deren Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden, solange dem Makler nicht gegenteilige Hinweise bekannt sein müssen. Nähere Informationen wird der Makler bei Versicherern aus Drittländern einzuholen haben. Sollte auch im Ausland ein ähnlich effektives Aufsichtsmodell existieren, so wird der Makler ebenfalls darauf vertrauen dürfen. Die Pflicht zur Beurteilung der Solvenz ist auch durch die tatsächlichen Möglichkeiten des Versicherungsmaklers begrenzt. Er ist dabei auf die ihm zugänglichen Fachinformationen (z.B. Fachzeitschriften und sonst zugängliche Informationsstellen) angewiesen.

Unter dem Schlagwort „best advice“ wird allgemein verstanden, daß dem Versicherungskunden bestmöglicher Versicherungsschutz verschafft werden soll. Obwohl der Preis ein wichtiges Kriterium ist, wird in Z 3 bewußt nur der bestmögliche und nicht auch der günstigste Versicherungsschutz angeführt. Wenn die am Markt angebotenen „Produkte“ der Versicherungsunternehmen gleichwertig sind, dann wird der günstigste Versicherungsschutz zugleich der bestmögliche sein. Laut Fenyves, aa0, S. 16 f., „hat der Versicherungsmakler alle Facetten des Preis-Leistungsverhältnisses in Rechnung zu stellen. Neben der Prämie spielt also z.B. die fachliche Kompetenz des Versicherers, seine Gestion bei der Schadenbehandlung, seine Bereitschaft zu Kulanzleistungen, die Laufzeit des Vertrags, die Möglichkeit von Schadensfallskündigungen durch den Versicherer, die Höhe von Selbstbehalten und aggregate limits und dgl. eine Rolle“. Daß hier mehrere Kriterien abzuwägen sind, soll mit der Wendung „nach den Umständen des Einzelfalls“ zum Ausdruck gebracht werden.

Jedenfalls dürfen bei der Beurteilung des bestmöglichen Versicherungsschutzes die Vorliebe des Maklers für eine bestimmte Versicherung oder gar sein eigenes Verdienstinteresse nicht einfließen.

Da im europäischen Binnenmarkt die Kenntnis der Marktverhältnisse bei allen Versicherungsleistungen für einen Makler kaum möglich ist, kann der Versicherungsmakler seinen Pflichtenkreis durch eine ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Kunden örtlich und sachlich beschränken. So kann der Makler z.B. erklären, daß er seine Vermittlungstätigkeit auf Lebensversicherungen im deutschsprachigen Raum beschränkt und sohin nur in diesem Rahmen für die Kenntnis des Marktes und die Vermittlung des bestmöglichen Versicherungsschutzes einzustehen hat. Mit der Wendung „aus sachlich gerechtfertigten Gründen“ soll sichergestellt werden, daß die Beschränkung nicht willkürlich nur im Interesse der Haftungsbegrenzung vorgenommen werden darf.

Aber auch ohne die nach Z 3 mögliche Einschränkung der Interessenwahrungspflicht des Maklers haftet der Versicherungsmakler als Sachverständiger im Sinn des § 1299 ABGB nicht für außergewöhnliche Kenntnisse und außergewöhnlichen Fleiß. Der Sorgfaltsmaßstab wird durch die typischen und demnach objektiv bestimmten Fähigkeiten eines Angehörigen des betreffenden Verkehrskreises und die differenzierten Erwartungen des Verkehrs bestimmt (vgl. EvBl. 1981/159).

Die Z 4 konkretisiert die schon im Allgemeinen Teil in § 3 Abs. 3 MaklerG normierte Pflicht zur Erteilung der jeweils erforderlichen Nachrichten. Es liegt im Interesse des Versicherungskunden, rasch über alle rechtlich relevanten Schritte des Maklers unterrichtet zu werden und möglichst alle wesentlichen schriftlichen Unterlagen zu erhalten.

Nach Abschluß des Versicherungsvertrags trifft den Versicherungsmakler die Pflicht zur Prüfung der Polizze (Z 5). Zu überprüfen wird hier insbesondere die Übereinstimmung der Polizze mit dem Versicherungsantrag sein. Wurde eine vorläufige Deckungszusage eingeholt, so ist analog die Deckungsnote zu prüfen.

Für die Phase nach Abschluß des Versicherungsvertrags sind in Z 6 bis Z 7 weitere Pflichten aus dem folgenden Betreuungsverhältnis angeführt. Nach Z 6 hat der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalls seinen Auftraggeber bei der Abwicklung des Versicherungsfalls zu unterstützen; er hat den Schadensfall rechtzeitig anzuzeigen, bei der Schadensaufnahme hat er dem Versicherungsnehmer beizustehen und ihm bei seinen Verhandlungen mit dem Versicherer zu assistieren oder – je nach Vollmacht – ihn zu vertreten. Die Frage der Bevollmächtigung des Maklers ist auch für seine Möglichkeit zur „Wahrnehmung aller für den Versicherungskunden wesentlichen Fristen“ entscheidend. Der Versicherungsmakler hat sowohl Veränderungen in der Sphäre des Kunden als auch Veränderungen auf dem Versicherungsmarkt rasch zu registrieren und muß den Versicherungsschutz weiterhin bestmöglich gestalten. Maßstab für die Pflicht zur Überprüfung und – falls erforderlich – Erstattung von Verbesserungsvorschlägen ist der bestmögliche Versicherungsschutz gemäß Z 3.

Zur Frage der Vermittlung (Z 3) und späteren Um- oder Neugestaltung des bestmöglichen Versicherungsschutzes (Z 7) ist allgemein zu sagen, daß zu Lasten des Versicherungsmaklers hier keine ex post-Betrachtung angestellt werden darf; der Makler hat aber für einen Versicherungsschutz einzustehen, der bei zumutbarem Mitteleinsatz vernünftigerweise erwartet werden kann. Für diese Berufshaftung des Maklers wird ein strengerer Maßstab anzusetzen sein, wenn er sich als Spezialist für eine bestimmte Versicherungssparte deklariert.

Zu § 29:

Grundsätzlich ist zum Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsmakler festzuhalten, daß schon bisher nach der überwiegenden Lehre von einem Maklervertragsverhältnis auszugehen ist (vgl. dazu die Erl. zu § 26). Dies ergibt sich nun auch eindeutig aus der Wendung „trotz Tätigkeit für beide Parteien des Versicherungsvertrags“ in § 27 Abs. 1 und aus § 30 Abs. 5. Nach der Lehre kommt der Vertrag zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsmakler – vor dem Hintergrund einer als Courtagevereinbarung bezeichneten Rahmenvereinbarung zwischen Versicherungsmakler und Versicherer – in dem Zeitpunkt zustande, in dem der Versicherer ein ihm vom Versicherungsmakler „gebrachtes“ Vertragsangebot annimmt. Die Provisionshöhe ist in aller Regel schon durch die Courtagevereinbarung bestimmt.

Auf Grund dieses Vertragsverhältnisses hat der Versicherungsmakler grundsätzlich Interessenwahrungspflichten auch gegenüber dem Versicherer, von denen er aber zugunsten seines Bundesgenossen, des Versicherungskunden, beträchtliche Abstriche machen kann; in Österreich wie auch international hat sich jedoch die Verkehrsübung ausgebildet, daß der Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers allein dem Versicherer gegenüber entsteht (vgl. § 30 Abs. 1). Wirtschaftlich betrachtet ist allerdings im Ergebnis der Versicherungskunde im Wege der Prämiengestaltung mit den Provisionen der Makler, der Agenten und angestellten Versicherungsvermittler belastet.

Auch der Maklervertrag mit dem Versicherer hat – wie der mit dem Kunden – Dauercharakter.

Im Vergleich zum umfangreichen Pflichtenkatalog gegenüber dem Versicherungsnehmer hat der Versicherungsmakler im Verhältnis zum Versicherer nur eingeschränkte Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten. Seine Pflichten können am ehesten an denen eines ehrlichen Versicherungskunden gemessen werden; er darf also den Versicherer nicht schädigen. Daher ist er auch verpflichtet, den Versicherer über ihm bekannte – aber auch über ihm erkennbare – besondere Risiken zu informieren. Mit dieser Formulierung soll verhindert werden, daß der Versicherungsmakler die Augen vor „erkennbaren besonderen Risiken“ verschließt. Das Wort „besondere“ verweist auf den außergewöhnlichen Charakter eines solchen Risikos.

Allgemein anerkannt ist auch der Grundsatz, daß der Versicherungsmakler den Versicherungskunden bei der Durchsetzung offenbar unbegründeter Ansprüche nicht unterstützen darf. Dies läßt sich auch aus § 29 erster Satz ableiten.

Zu § 30:

Abs. 1 schreibt die jahrzehntelange Verkehrsübung fest, wonach der Versicherungsmakler seine Provision vom Versicherer erhält. Auf Grund dieser Erwartungshaltung des Versicherungskunden, seinen Makler nicht bezahlen zu müssen, verlangt der erste Halbsatz, daß eine abweichende Vereinbarung ausdrücklich und schriftlich erfolgen müßte.

Beim Versicherungsmakler ist daher eine Bestimmung zum Schutz der Auftraggeber, also der Versicherungskunden, im Sinn des § 18 oder des § 40 nicht erforderlich; nach diesen Bestimmungen darf unter anderem von den §§ 6 und 7 nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgegangen werden.

Das Entstehen des Provisionsanspruchs wird in Abs. 2 wie auch im Allgemeinen Teil an die Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts geknüpft, dann aber durch das Erfordernis der Vertragsausführung durch den Versicherungskunden eingeschränkt. Wenn Prämienzahlungen ausbleiben, weil der Versicherer seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat, wird der Provisionsanspruch aber nicht berührt. Eine solche Verpflichtung des Versicherers ist etwa die Aushändigung der Polizze. Wird sie nicht ausgehändigt, ist der Versicherungsnehmer gemäß § 35 zweiter Satz VersVG berechtigt, die Prämie zurückzubehalten. Auch in diesem Schwebezustand soll aber der Versicherungsmakler Anspruch auf seine Provision haben. Dasselbe soll gelten, wenn der Versicherer ungerechtfertigterweise nach Eintritt des Versicherungsfalls die Leistung verweigert und damit zusammenhängend Prämienzahlungen ausbleiben.

Gerechtfertigte Gründe des Versicherers für eine Beendigung oder Einschränkung des Versicherungsvertrags schlagen auf den Provisionsanspruch durch. Ein gerechtfertigter Grund für die Beendigung des Versicherungsvertrags ist jedenfalls die Nichtzahlung der Erstprämie. Angesichts des Versicherungsvertrags als Dauerschuldverhältnis kann dem Versicherer nicht zugemutet werden, auf die Zuhaltung eines Vertrags mit einem Kunden zu drängen, der sich von allem Anfang an als unzuverlässig erweist. Gründe für eine gerechtfertigte außerordentliche Kündigung des Versicherungsvertrags durch den Versicherer sind, neben dem Verzug mit einer Folgeprämie (§ 39 VersVG), zum Beispiel eine Obliegenheitsverletzung durch den Versicherungskunden (§ 6 VersVG), oder der Eintritt einer Gefahrenhöhung (§§ 23 ff. VersVG). Wenn der Versicherer den Versicherungsvertrag aber ohne gerechtfertigten Grund kündigt, hat der Makler weiterhin Anspruch auf die vereinbarte Provision.

Abs. 3 trifft eine Sonderregelung für den Fall, daß mehrere Versicherungsmakler verdienstlich waren. Um den Auftraggeber vor mehreren Provisionsansprüchen zu schützen, wurde im § 6 Abs. 5 bereits eine allgemeine Regelung für diesen Fall getroffen. Die überwiegende Verdienstlichkeit wird hier ex lege bei dem Versicherungsmakler angenommen, der den vom Versicherungskunden unterfertigten Antrag – der dann auch vom Versicherer angenommen worden sein muß – an diesen weitergeleitet hat. Diese Norm wird wohl analog nicht nur auf ein Konkurrenzverhältnis zwischen Maklern, sondern auch auf ein Konkurrenzverhältnis zwischen Makler und Versicherungsagenten angewendet werden können.

Abs. 4 stellt eine Inhaltskontrolle zugunsten des Maklers für eine Vereinbarung dar, nach der ihm keine Abschlußprovisionen mehr zustehen sollen, sobald das Vertragsverhältnis zum Versicherer beendet ist. Diese Vereinbarung ist nur insoweit wirksam, als der Versicherer den Maklervertrag gerechtfertigterweise aufgelöst hat. Diese Bestimmung betrifft nur jene Folgeprovisionen, die als Abschlußprovisionen zu qualifizieren sind. Eine Vereinbarung, wonach (vereinbarte) reine Bestandspflegeprovisionen nach Beendigung des Maklervertrags mit dem Versicherer nicht mehr zustehen, wäre auch bei Auflösung ohne Vorliegen wichtiger Gründe rechtswirksam. Dieser Absatz geht davon aus, daß auch der Maklervertrag mit dem Versicherer ein Dauerschuldverhältnis ist, das in der Regel mit Ablauf des vermittelten Versicherungsvertrags endet.

Zu § 31:

Die Bestimmung verpflichtet den Versicherer, innerhalb eines Monats ab Entstehung des Provisionsanspruchs dem Makler eine Abrechnung zu legen. Von der Abrechnungspflicht erfaßt sind alle Provisionsansprüche, also nicht nur die Abschlußprovision, sondern auch die vom laufenden Prämieingang grundsätzlich abhängigen und daher erst später fälligen Betreuungs- und Bestandspflegeprovisionen. Diese Bestimmung soll die Abrechnung zwischen Versicherer und Makler erleichtern. Der Abrechnungszeitpunkt deckt sich gemäß Satz 2 mit dem Beginn der Verjährungsfrist.

Zu § 32:

Zum Schutz des Versicherungskunden werden in dieser Bestimmung § 4 Abs. 2 und § 13 aus dem Allgemeinen Teil für zwingend erklärt. Damit soll die freie Entscheidung des Versicherungskunden, ein

angebahntes Geschäft nicht abschließen zu müssen, gesichert bleiben. Da der Maklervertrag mit dem Versicherungskunden nicht mit der Vermittlung des Versicherungsvertrags endet, sondern meist Dauercharakter hat, soll die in § 13 geregelte jederzeitige Kündigungsmöglichkeit nicht abbedungen werden können.

Auch die in § 27 normierten Pflichten und Befugnisse des Versicherungsmaklers sollen zwingendes Recht sein, sofern eine abweichende Vereinbarung zum Nachteil des Versicherungskunden wäre. Wie in den Erl. zu § 27 erwähnt, ist die gemäß § 27 Abs. 3 erster Satz mögliche abweichende Vereinbarung mit dem Versicherer betreffend die passive Vertretungsmacht des Maklers in der Regel zum Vorteil des Versicherungskunden, da er dann Zahlungen mit schuldbefreiender Wirkung an den Versicherungsmakler leisten kann und seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen dem Versicherer zugegangen gelten.

Im zweiten Satz des Abs. 3 wird die Bestimmung des § 2 Abs. 2 ausdrücklich aufrechterhalten. Dies ist eindeutig im Interesse des Versicherungskunden; eine abweichende Vereinbarung ist also nicht möglich. Zum Vorteil des Versicherungskunden wie auch des Versicherers ist die Bestimmung des dritten Satzes in Abs. 3 betreffend das Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht.

Bei den in § 28 in Z 1 bis Z 3 aufgezählten Pflichten handelt es sich um Kernpflichten des Versicherungsmaklers, ein vertraglicher Ausschluß wäre wohl ohnehin kaum denkbar. Auch die im Einleitungssatz für die gesamte Tätigkeit des Maklers aufgestellte Pflicht zur Aufklärung und Betreuung des Versicherungskunden soll nicht abdingbar sein.

Zu § 33:

Die gewerbsmäßige Vermittlung von Personalkrediten (vgl. § 228 GewO) ist derzeit nur durch die Personalkreditvermittlungsverordnung (PKVV) vom 16.5.1977, BGBl. Nr. 304 geregelt. Wie bei der Immobilienmaklerverordnung handelt es sich hier um Vorschriften verwaltungsrechtlicher Natur. Ihre zivilrechtliche Wirksamkeit könnte aber durch eine Reihe von Bestimmungen des ABGB (z.B. § 879 Abs. 1, § 917a, § 871 Abs. 2) begründet werden (vgl. Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht [1987], 603). Nunmehr sollen die zivilrechtlich relevanten Bestimmungen im vorliegenden Entwurf zusammengefaßt werden.

Der Begriff Personalkredit bedeutet im Unterschied zum Hypothekarkredit, daß der Kredit nicht grundbücherlich sichergestellt ist. Die Vermittlung hypothekarisch sichergestellter Kredite ist als Vermittlung eines Geschäfts über eine unbewegliche Sache zu beurteilen, hierauf wären die Regeln für den Immobilienmakler anzuwenden (vgl. auch § 225 GewO). Die Bestimmungen des vierten Teils sind ausdrücklich nur auf das Rechtsverhältnis zwischen Kreditvermittler und Kreditwerber zugeschnitten. In aller Regel sind Kreditvermittler nicht als Doppelmakler, sondern nur über Auftrag des Kreditwerbers tätig. Kreditvermittlungsverträge werden in der Praxis fast immer als Alleinvermittlungsaufträge im Sinn des § 14 geschlossen, sodaß eine Tätigkeitspflicht des Vermittlers besteht. Auch aus diesem Grund ist es zweckmäßig, die Schriftform generell als Gültigkeitsvoraussetzung zu verlangen (vgl. dazu § 34). Zur Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit ist auf die Ausführungen zu § 19 zu verweisen.

Der wirtschaftliche Begriff des Kredits kann vertragsrechtlich betrachtet ein Kreditvertrag oder ein Darlehensvertrag sein. Der Kreditvertrag ist ein Konsensualvertrag, der mit der Willenseinigung der Parteien zustandekommt, während der Darlehensvertrag als Realvertrag erst mit Zuzählung der Darlehenssumme rechtswirksam wird. Im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung wird die Definition des § 1 Abs. 1 Z 3 des Bankwesengesetzes – BWG, BGBl. Nr. 532/1993 aufgegriffen. Der Abschluß von Geldkreditverträgen und die Gewährung von Gelddarlehen wird unter dem Oberbegriff „Kreditgeschäft“ zusammengefaßt. Kreditwerber ist demnach, wer den Makler mit der Vermittlung eines Kreditvertrags oder eines Darlehens beauftragt.

Die Definition des § 33 und damit der Geltungsbereich der folgenden Bestimmungen ist einseitig nur auf das Verhältnis zwischen Personalkreditvermittler und Kreditwerber ausgerichtet; nur für den Kreditwerber besteht ein besonderes Schutzbedürfnis. Sollte – ausnahmsweise (auch) ein Maklervertrag zwischen Vermittler und Kreditgeber vorliegen, so wäre dieser nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. Ob der Kreditvermittler für eine etwaige Doppeltätigkeit die Einwilligung seiner Auftraggeber benötigt, hängt davon ab, ob er Zivilmakler oder Handelsmakler ist. Vermittelt er gewerbsmäßig Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs, wie Bankkredite, ist er Handelsmakler. Vermittelt er sonstige Personalkredite, ist er Zivilmakler.

Wenn in den folgenden Bestimmungen nur der Kreditvermittlungsvertrag, der Kreditwerber oder der Kreditvermittler angeführt ist, so ist dies jeweils als Oberbegriff zu verstehen.

2 der Beilagen

35

Zu § 34:

Hier sind zum Schutz der Kreditwerber vor unüberlegten Vertragsschlüssen die Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit des Vermittlungsvertrags aufgestellt. Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß nur die Sanktion der Nichtigkeit in der Praxis zur Einhaltung der in Abs. 1 und Abs. 2 genannten Vorgaben führt. Angesichts der wirtschaftlichen Zwangslage, in der sich Kreditwerber meist befinden, ist dieses „straffe Korsett“ für Personalkreditvermittlungsverträge gerechtfertigt. Inhaltlich stimmen diese weitgehend mit § 5 Abs. 1 Z 1 bis 4 der PKVV überein. Auch hier konnte im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auf Bestimmungen des BWG verwiesen werden.

Im ersten Absatz ist der wesentliche Inhalt des § 5 Abs. 1 Z 1, 3 und 8 der PKVV im ersten Satz zusammengefaßt. Zur Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung ist zu sagen, daß Kreditvermittlungsverträge in der Regel als Alleinvermittlungsaufträge geschlossen werden, für die im Verbrauchergeschäft gemäß Artikel II (§ 31 Abs. 1 Z 2 KSchG) die Schriftform vorgesehen ist; Kreditwerber sind überwiegend Verbraucher, das Schutzbedürfnis reicht aber hier weiter.

Ein Fehlen der im ersten Satz genannten Voraussetzungen führt zur Rechtsunwirksamkeit des Kreditvermittlungsvertrags. Im zweiten Satz wird angeordnet, daß eine vom Kreditvermittler hergestellte Übersetzung des Kreditvermittlungsvertrags und sonstiger damit im Zusammenhang stehender Schriftstücke den gesamten Text umfassen muß. Die Nichterfüllung dieser Voraussetzung soll aber nicht zur Unwirksamkeit des Kreditvermittlungsvertrags führen, sondern unter Umständen die Sanktionen des § 3 Abs. 4 auslösen.

Der zweite Absatz enthält weitere Wirksamkeitserfordernisse des Kreditvermittlungsvertrags, die alle ihre Vorbilder in der PKVV haben.

Die Z 1 entspricht der ersten Voraussetzung nach § 5 Abs. 1 Z 4 sowie den diese Bestimmung ergänzenden Abs. 3 und Abs. 4 der PKVV, die die Kredithöhe näher definieren.

Die Z 2 soll sicherstellen, daß dem Kreditwerber die höchstmögliche Belastung aus dem angestrebten Kreditvertrag bewußt wird. Abweichend von § 5 Abs. 1 Z 4 PKVV werden die Kreditzinsen und deren Berechnung durch einen Verweis auf das BWG näher bestimmt.

Neu gegenüber den Bestimmungen der PKVV ist in Z 3, daß auch die Mindestlaufzeit des Kredits festgelegt werden muß und daß unter den vom Kreditwerber akzeptierten Bedingungen für die Kreditgewährung auch – unter Verweis auf § 33 Abs. 2 Z 4 BWG – eine Zinsgleitklausel angeführt ist. Die Aufzählung der Bedingungen für die Kreditgewährung ist im Gesetzestext nur demonstrativ, so wäre auch zum Beispiel eine Kreditrestschuldversicherung schon im Vermittlungsvertrag anzuführen.

Als typische und einschneidende Folge des Zahlungsverzugs (letzter Fall der Z 3) wäre der Terminsverlust zu nennen.

Zu § 35:

Diese Befristung von höchstens vier Wochen trägt dem Umstand Rechnung, daß Kreditvermittlungsverträge in der Regel als Alleinvermittlungsaufträge geschlossen werden und daher eine länger dauernde Bindung des Kreditwerbers an einen Vermittler nicht zumutbar wäre. Für die Suche des Vermittlers nach einem Kreditgeber ist es allerdings wesentlich, daß dieser die vom Kreditwerber zur Verfügung gestellten Sicherheiten kennt und einer ersten fachmännischen Prüfung unterziehen kann. Unter den „nachzuweisenden Voraussetzungen“ ist z.B. eine Bürgschaftserklärung oder eine Gehaltsbestätigung zu verstehen. Erst wenn dem Vermittler diese Rahmenbedingungen vorliegen, kann er mit Kreditgebern zielführend verhandeln. Hinzuweisen ist hier auf § 34 Abs. 2 Z 3, wonach schon der Vermittlungsvertrag sämtliche Bedingungen für die Kreditgewährung enthalten muß, die der Kreditwerber zu akzeptieren bereit ist: Darunter sind auch die von ihm angebotenen Sicherheiten wie die Gehaltsverpfändung (die Gehaltsabtretung ist gemäß § 12 Abs. 1 KSchG unzulässig) und die Bestellung eines Bürgen genannt, sodaß schon bei Abschluß des Kreditvermittlungsvertrags klar sein muß, welche Voraussetzungen der Kreditwerber nachzuweisen hat.

Zu § 36:

Die unerwünschte Verknüpfung von Vermittlungstätigkeit und – für den Kreditnehmer mit Kosten belastete – Eintreibung fälliger Forderungen soll durch diese Bestimmung verhindert werden. Vorgänger dieser Bestimmung sind § 4 Abs. 1 Z 6 und § 6 Abs. 1 Z 9 PKVV.

Zu § 37:

Es handelt sich hier um eine ergänzende Sonderbestimmung zu § 9, der generell die Frage des Ersatzes von Aufwendungen regelt. Es werden branchentypische „Gebühren“ herausgegriffen und zur Klarstellung betont, daß die Vereinbarung einer Vergütung dafür unwirksam ist. (Vgl. bisher § 7 Abs. 1 letzter Satz und § 5 Abs. 8 letzter Satz PKVV.)

Zu § 38:

Während § 34 eine ganze Reihe von Wirksamkeitsvoraussetzungen aufstellt, normiert § 38 Tatbestände, die dazu führen, daß die Vermittlung als unzulässig zu qualifizieren ist und dem Vermittler für diese Tätigkeit kein Provisionsanspruch zusteht (vgl. § 38 erster Satz).

Diese Tatbestände waren bisher im § 6 der PKVV enthalten. Jabornegg, aaO, S. 604, ist zu den im § 6 PKVV aufgezählten Fällen unzulässiger Kreditvermittlung der Ansicht, daß diese standesrechtlichen Vorschriften inhaltliche Beschränkungen des Maklervertrags zum Schutz des Kreditwerbers bezwecken, weshalb insoweit von einem Gesetzesverbot im Sinn des § 879 Abs. 1 ABGB gesprochen werden müsse und daher ein Verstoß zur (Teil)Nichtigkeit der betreffenden Vertragsbestimmung führen müsse.

Es sollen nun ins MaklerG die gravierendsten Fälle des § 6 PKVV übernommen und mit dem Verlust des Provisionsanspruchs sanktioniert werden (zum Fall des § 6 Abs. 1 Z 2 PKVV s. § 39 Abs. 1 MaklerG, bisher § 31 Abs. 1 KSchG).

Die beiden ersten Zahlen betreffen zu vermittelnde Darlehen: gemäß Z 1 (bisher § 6 Abs. 1 Z 11 PKVV) darf vom Auftraggeber die Unterfertigung eines Blankowechsels nur dann verlangt werden, wenn das Darlehen von einem Kreditinstitut gewährt wird und wenn dieses auch Wechselnehmer ist.

Gemäß Z 2 darf bei einem nicht von einem Kreditinstitut zu gewährenden Darlehen die Unterfertigung eines Blankowechsels nur dann verlangt werden, wenn dessen Begebung Zug um Zug mit der Zuzählung des gesamten Darlehensbetrags erfolgen soll. In der bisherigen Z 10 des § 6 Abs. 1 PKVV ist neben der Zuzählung des gesamten Darlehensbetrags auch die Übergabe eines Schecks oder eines Überweisungsauftrags genannt. Diese beiden Vorgänge können aber gerade bei einem privaten Kreditgeber längst nicht dieselbe Sicherheit bieten wie die tatsächliche Zuzählung, sodaß sie in Z 2 nicht aufgenommen wurden.

Z 3 übernimmt fast wörtlich die Formulierung des § 6 Abs. 1 Z 12 PKVV; bei einem zu vermittelnden Kreditvertrag darf die Unterfertigung eines Blankowechsels nicht vor Schließung des Kreditvertrags verlangt werden.

Neu hinzugefügt wurde Z 4, die das Verbot des Orderwechsels gemäß § 11 Abs. 1 KSchG aufgreift. Z 4 ist nur relevant, wenn einander Kreditgeber und Kreditwerber als Unternehmer und Verbraucher gegenüberstehen.

Zu § 39:

Der vierte Teil des Maklergesetzes bietet nun die Möglichkeit, die bisher einzige zivilrechtliche Bestimmung betreffend die Personalkreditvermittler, nämlich § 31 KSchG, in das Maklergesetz zu übernehmen. Die Rechtslage wird dadurch nicht geändert, da schon bisher § 31 KSchG allgemein und nicht nur im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher gültig war. Die dadurch im KSchG entstehende „Lücke“ soll in einem durch die fünf neuen in Artikel II vorgeschlagenen §§ 30a bis 31 aufgefüllt werden. In § 31 Abs. 2 KSchG wird § 39 MaklerG zugunsten von Verbrauchern für zwingend erklärt.

Zu § 40:

Wie beim Immobilienmakler (§ 18) und beim Versicherungsmakler (§ 32) werden auch hier einige Bestimmungen zugunsten der Auftraggeber für zwingend erklärt. Von Bedeutung ist dies beim Personalkreditvermittler vor allem für den Provisionsanspruch, der gemäß § 7 Abs. 1 mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts entsteht, beim Kreditvertrag sohin mit der Einigung über die Einräumung des Kredits, beim Darlehensvertrag mit der Zuzählung der Darlehenssumme.

Die im § 34 angeführten Vorgaben für den zu vermittelnden Kredit – die vor allem auf die Festlegung der höchstmöglichen Belastung ausgerichtet sind – dürfen nicht zu dem Schluß verleiten, daß der Auftraggeber gezwungen sei, einen vermittelten Kredit- oder Darlehensvertrag annehmen zu müssen, weil er in den im Vermittlungsvertrag gesteckten Rahmen paßt. Der Personalkreditvermittler hat aber die

Möglichkeit, eine Vereinbarung gemäß § 15 Abs. 1 Z 1 zu treffen. Mit einem Verbraucher müßte dies gemäß § 31 Abs. 1 Z 3 KSchG ausdrücklich und schriftlich erfolgen.

Zu Artikel II

Zu § 30a KSchG:

Mit dem hier vorgeschlagenen Rücktrittsrecht bei Immobiliengeschäften soll die von Konsumentenschutzseite immer wieder beklagte Überrumpelung beim Besichtigungstermin verhindert werden.

Folgender typischer Sachverhalt rechtfertigt diese Bestimmung:

Bei einem von einem Immobilienmakler organisierten Besichtigungstermin – an dem gerade bei Mietwohnungen angesichts der starken Nachfrage oft mehrere Wohnungssuchende zugleich teilnehmen – wird der Interessent veranlaßt, sofort ein Anbot zu unterfertigen, das der Makler dann seinem Auftraggeber, dem Vermieter oder Verkäufer, überbringt. Oft wird bei diesem Besichtigungstermin auch erst der Maklervertrag geschlossen; Interessent und Makler hatten vorher meist keinen oder nur kurzen telefonischen Kontakt aus Anlaß eines Inserats.

Der neuen Bestimmung liegt die Wertung zugrunde, daß der bei der ersten Besichtigung eines bisher unbekanntem Objekts möglicherweise ausgeübte Druck zu einer raschen Entscheidung eine Überrumpelungssituation schafft, die der im § 3 KSchG bei einem Haustürgeschäft typischerweise anzunehmenden Überrumpelung gleichzuhalten ist.

Das Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG in dem oben geschilderten Sachverhalt ist gemäß Abs. 3 Z 1 ausgeschlossen, da der Verbraucher durch die Kontaktaufnahme mit dem Makler oder direkt mit dem Verkäufer oder Vermieter „selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer oder dessen Beauftragten zwecks Schließung dieses Vertrages angebahnt hat“.

Im Fall des § 3 Abs. 3 Z 1 KSchG ging der Gesetzgeber davon aus, daß bei Anbahnung durch den Verbraucher eine Überrumpelungsgefahr nicht vorliegt. Diese Überlegung ist für die meisten Verbrauchergeschäfte zutreffend, da sich der Konsument vor der Anbahnung schon Gedanken über Nützlichkeit, Wirtschaftlichkeit und Finanzierbarkeit des Vertragsgegenstands gemacht haben wird.

Anders liegt der Fall jedoch bei Immobilien: selbst wenn der Verbraucher das Geschäft angebahnt hat, kann er ohne Kenntnis des konkreten Objekts zunächst nur Überlegungen über seine Wohnbedürfnisse und seine finanziellen Möglichkeiten anstellen. Es liegt aber in der Natur des Immobiliengeschäfts, daß erst nach der Besichtigung des Objekts alle positiven und negativen Aspekte abgewogen werden können. Wenn dem Interessenten die Entscheidung aber sofort bei der ersten Besichtigung abverlangt wird, ist typischerweise von einer Überrumpelungsgefahr auszugehen. Neben dieser Eigenart von Immobiliengeschäften, die sie von den sonst typischen Verbrauchergeschäften wesentlich unterscheidet, ist noch der finanzielle Aspekt zu bedenken: Schon die Miete, besonders aber der Kauf einer Liegenschaft oder Wohnung ist in der Regel eine einschneidende wirtschaftliche Entscheidung. Für einen großen Teil der Bevölkerung ist der Kauf einer Eigentumswohnung die größte Anschaffung des Lebens; sie belastet die finanziellen Kräfte nachhaltig. Auch aus diesem Grund soll der Gesetzgeber der Gefahr einer Überrumpelung Rechnung tragen.

Nach dem vorgeschlagenen § 30a KSchG soll der Verbraucher immer dann von seiner Vertragserklärung über das angebotene Objekt zurücktreten können, wenn er sie bei der ersten Besichtigung abgegeben hat. Um allzu leichte Umgehungsmöglichkeiten zu unterbinden, wird der für die Frage des Rücktritts relevante Zeitraum nicht nur auf den Besichtigungstermin selbst begrenzt, sondern auf den Tag der ersten Besichtigung ausgedehnt.

Der letzte Halbsatz des Abs. 1 enthält eine gravierende Einschränkung des Rücktrittsrechts. Ein Rücktritt ist nur dann möglich, wenn mit dem Geschäft ein Objekt gemietet oder gekauft wird, das der „Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Verbrauchers oder eines nahen Angehörigen dienen soll“. Mit der Wendung „dienen soll“ wird zum Ausdruck gebracht, daß das „dringende Wohnbedürfnis“ in die Zukunft projiziert zu beurteilen ist. Es kommt also nicht darauf an, ob der Verbraucher oder ein naher Angehöriger, für den das Objekt erworben werden soll, zum Zeitpunkt seiner Vertragserklärung ein bestehendes dringendes Wohnbedürfnis nicht befriedigen kann, sondern ob der Erwerber des gegenständlichen Objekts an diesem ein dringendes Wohnbedürfnis haben wird. Bei der Auslegung dieses aus dem Mietrecht stammenden Begriffs des „dringenden Wohnbedürfnisses“ kann auf die dazu ergangene mietrechtliche Judikatur zurückgegriffen werden. Ziel der Bestimmung ist es, jene Objekte auszuschneiden, an denen der Auftraggeber oder sein naher Angehöriger in Zukunft kein dringendes Wohnbedürfnis im Sinn

des MRG hätten. Dies sind also vor allem Freizeitwohnsitze und Anlageobjekte. Auch zum Begriff des nahen Angehörigen wird der in § 14 Abs. 3 MRG, BGBl. Nr. 520/1981, genannte Personenkreis maßgeblich sein. Nicht vom Rücktrittsrecht erfaßt sollen Vertragserklärungen sein, die auf den Kauf einer Eigentumswohnung oder eines Hauses mit einer Vertragssumme von über 3 Millionen S gerichtet sind. Diese Betragsgrenze erscheint angebracht, um jene Objekte zu erfassen, bei denen es schon bei der ersten Besichtigung zu einer unbedachten Vertragserklärung des Verbrauchers kommen kann. Unter „Gesamtkaufpreis“ ist die insgesamt dem Veräußerer zufließende Summe unter Einrechnung einer eventuellen Anzahlung oder von Raten zu verstehen.

Obwohl in der Regel die oben beschriebene Überrumpelsituation durch das Einschreiten eines professionellen Vermittlers, also eines Immobilienmaklers, geschaffen wird, kann unter Umständen ein in Immobiliengeschäften versierter sonstiger Unternehmer, aber auch ein erfahrener Verbraucher auf „Abgeberseite“ dieselbe Situation schaffen. Wenn kein Makler eingeschritten ist, wird es für den Käufer oder Mieter in der Regel allerdings leichter sein, sein Anbot ohne rechtliche Konsequenzen zurückzunehmen, da Verkäufer oder Vermieter sich nicht an einen von Anfang an unzuverlässigen Vertragspartner binden wollen. In vielen Fällen wird das Provisionsinteresse des Maklers dafür ausschlaggebend sein, daß dem Interessenten kein Widerruf seines Anbots bzw. keine gütliche Auflösung des bereits zustande gekommenen Vertrags zugestimmt wird. Da es aber auch ohne Einschreiten eines Maklers zu vergleichbaren Situationen kommen kann, etwa wenn der private Verkäufer einer Eigentumswohnung mit einem Interessenten den Vertragsinhalt mit einem für ihn besonders günstigen Preis schon bei der ersten Besichtigung vereinbart hat, soll der Rücktritt immer dann möglich sein, wenn ein Verbraucher diese Vertragserklärung – wem immer gegenüber – abgibt. Daher soll die Bestimmung in das III. Hauptstück des KSchG eingebaut werden, da dort nicht nur Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmern geregelt sind. Bei Immobiliengeschäften soll daher nun auch im Verhältnis zwischen Verbraucher und Verbraucher ein Rücktrittsrecht bestehen. Entscheidend soll nur sein, ob der die Liegenschaft oder Wohnung besichtigende Vertragspartner Verbraucher oder Unternehmer im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 KSchG ist. Gerechtfertigt ist diese Differenzierung durch die typischerweise größere Unerfahrenheit eines Verbrauchers bei Immobiliengeschäften. Irrelevant soll hier wie allgemein im Konsumentenschutzrecht bleiben (vgl. Welser in JBl. 1980, 2 f. und EvBl. 1981/189), ob der Interessent seinerseits einen Unternehmer mit seiner Vertretung oder der Vermittlung beauftragt hat; in diesen Fällen wird es allerdings ohnehin nur selten zu überstürzten Vertragserklärungen und damit zu Rücktritten kommen. Grundsätzlich soll jedenfalls der Konsument durch die Einschaltung eines professionellen Vertreters oder Vermittlers nicht schlechter gestellt sein.

Anders als nach § 3 soll die Rücktrittsfrist nicht erst mit dem Zustandekommen des Vertrags, also der Annahmeerklärung zum Anbot des Verbrauchers, zu laufen beginnen, sondern schon mit der Vertragserklärung des Verbrauchers. Das soll es dem Abgeber oder dem Makler ermöglichen, alle bei einem Besichtigungstermin abgegebenen Vertragserklärungen zunächst zu sammeln, den Ablauf der Rücktrittsfrist abzuwarten und dann eines der Angebote anzunehmen, von denen der Erklärende nicht zurückgetreten ist. Die angemessene Frist im Sinn des § 6 Abs. 1 Z 1, bis zu deren Ablauf der Verbraucher an seine Vertragserklärung gebunden bleiben soll, wird also etwa zwei Wochen betragen, um nach Ablauf der Rücktrittsfrist dem Abgeber oder dem Makler noch hinreichend Zeit für seine Annahmeerklärung zu geben.

Für den Regelfall des von einem Makler organisierten Besichtigungstermins ergibt sich aus dem zweiten Satz des Abs. 2, daß die Rücktrittserklärung auch an den Makler gerichtet werden kann. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verbraucher seinerseits mit diesem Makler einen Maklervertrag geschlossen hat. Dadurch kann der Makler sehr rasch auf den Rücktritt reagieren und weitere Vermittlungstätigkeiten entfalten. Es handelt sich um eine gesetzliche Empfangsvollmacht des die Liegenschaft oder Wohnung anbietenden Maklers für die Rücktrittserklärung.

Da der Kauf- oder Mietinteressent den Maklervertrag in der Regel im Hinblick auf das besichtigte Objekt geschlossen hat, soll die Rücktrittserklärung auch für den Maklervertrag gelten, wenn der Verbraucher zugleich mit seiner Vertragserklärung betreffend das Objekt auch eine auf Abschluß des Maklervertrags gerichtete Erklärung abgegeben hat.

Den Vertragspartner des Verbrauchers und den eingeschalteten Makler trifft die Obliegenheit, dem Verbraucher eine Zweitschrift seiner Vertragserklärung betreffend die angebotene Liegenschaft oder Wohnung und eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht auszufolgen. Erst mit der – allenfalls späteren – Ausfolgung beginnt die Frist zu laufen. Geschieht dies überhaupt nicht, und wird daher die Rücktrittsfrist nicht ausgelöst, so erlischt das Rücktrittsrecht nach einem Monat. Diese Bestimmung soll auch einen Druck zur Schriftform für die Vertragserklärung des Interessenten ausüben, ohne die Schrift-

2 der Beilagen

39

form aber zum Gültigkeitserfordernis zu erheben. Die dem in Immobiliengeschäften meist unerfahrenen Verbraucher ausgehändigte Zweitschrift erleichtert diesem die Beurteilung der Situation und die Einholung sachverständiger Beratung.

Abs. 4 soll verhindern, daß der Makler oder der Verkäufer oder Vermieter im Hinblick auf den beabsichtigten Vertrag eine Zahlung entgegennimmt, obwohl der Verbraucher von diesem Vertrag noch zurücktreten kann. Eine dennoch erfolgte Zahlung kann zurückgefordert werden.

Das Verbot einer Anzahlung auf die Provision ergibt sich schon aus § 7 Abs. 1 zweiter Satz MaklerG, der gemäß § 18 MaklerG zum Nachteil des Auftraggebers nicht abbedungen werden kann. Abs. 4 ermöglicht aber durchaus die Vereinbarung einer Anzahlung, die erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist zu leisten ist.

Abs. 5 ist auf Grund des in Abs. 1 genannten Betrags von 3 Millionen S erforderlich. Die hier vorgesehene Wertanpassung soll gewährleisten, daß das Rücktrittsrecht nicht von Preissteigerungen „eingeholt“ wird.

§ 30b:

Vorbild des Abs. 1 ist § 4 Abs. 1 Z 5 IMV. Die Bestimmung konkretisiert die Sorgfaltspflicht des Maklers gemäß § 3 Abs. 1 und Abs. 3 MaklerG auch für das vorvertragliche Stadium. Die Wendung „vor Abschluß des Maklervertrags“ ist so zu verstehen, daß der Auftraggeber spätestens bis zu diesem Zeitpunkt über die in der Folge angeführten Kostenpunkte aufgeklärt sein muß. Diese zielen darauf ab, dem Konsumenten die typischerweise mit einem Immobiliengeschäft verbundenen Nebenkosten vor Augen zu führen. Da Geschäfte über Immobilien in der Regel große – oft existentielle – Bedeutung haben, ist diese besondere Betonung der Aufklärungspflicht gerechtfertigt. Dem Verbraucher sollen nicht nur die Kosten des Maklervertrags durch die gesondert auszuweisende Vermittlungsprovision, sondern auch die auf ihn zukommenden sonstigen finanziellen Belastungen vor Augen geführt werden, die er bei dem angestrebten Geschäftsabschluß zu erwarten hat. Zu diesen Belastungen gehören sämtliche durch die geplante Transaktion anfallenden Kosten, wie z.B. beim Kauf eines Hauses die Kosten der Vertragserrichtung, die Grunderwerbssteuer und die Eintragungsgebühr. Dem Immobilienmakler ist es aber auch zuzumuten, einen Verkäufer auf die drohende Besteuerung des Spekulationsgewinns hinzuweisen. Eine weitergehende steuerliche Beratung, die auch eine umfassendere Kenntnis der sonstigen finanziellen Umstände eines Auftraggebers voraussetzen würde, kann vom Immobilienmakler in der Regel nicht verlangt werden. Wenn er aber eine über den konkreten Geschäftsfall hinausgehende Beratung vornimmt, hat er auch dafür zu haften. Zu den voraussichtlich erwachsenden Kosten gehört auch die auf Grund der erforderlichen Kredite zu erwartende Dauerbelastung. Falls der Immobilienmakler zugleich mit einem Kaufvertrag auch ein Hypothekendarlehen vermittelt, ergibt sich eine genaue Informationspflicht über die dadurch entstehende Belastung ohnehin aus diesem zweiten Vermittlungsvertrag. Aber auch für nicht vermittelte Kredite hat der Makler seinem Kunden einen Überblick über die voraussichtlichen Kreditkosten zu geben, hier wird der Spielraum für die Richtigkeit dieser Einschätzung aber etwas weiter anzusetzen sein. Die dem Verbraucher auszufolgende schriftliche Übersicht über alle voraussichtlich zu erwartenden Kosten muß auch einen Hinweis auf den Geschäftsgebrauch der Immobilienmakler enthalten, wonach sie auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers als Doppelmakler tätig sein können. Auch diese Hinweispflicht auf den derzeit bestehenden Geschäftsgebrauch besteht nur gegenüber Verbrauchern, beim Unternehmer wird diese Kenntnis vorausgesetzt. Unabhängig davon kann sowohl Unternehmern als auch Verbrauchern gegenüber eine Aufklärungspflicht gemäß § 17 MaklerG bestehen, wenn der Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Partei tätig werden soll. Es ist nicht auszuschließen, daß ein Auftraggeber darauf Wert legt, daß der von ihm beauftragte Makler als sein Interessenvertreter tätig bleibt und nicht auch mit dem potentiellen Vertragspartner einen Maklervertrag schließt. In einem solchen Fall – der nach der derzeitigen Praxis eher die Ausnahme ist – erübrigt sich der Hinweis auf den Geschäftsgebrauch der Doppelmakerei.

Zwischen Abschluß des Maklervertrags und Abschluß des im Maklervertrag bezeichneten Geschäfts kann ein erheblicher Zeitraum liegen. Die in der schriftlichen Übersicht enthaltenen Informationen können überholt sein. Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse – die für die Entscheidung des Verbrauchers ausschlaggebend sein kann – hat der Immobilienmakler die Übersicht richtigzustellen. Spätestens muß dies vor einer Vertragserklärung des Auftraggebers zum vermittelten Geschäft erfolgen, um nicht die in § 3 Abs. 4 MaklerG vorgesehenen Sanktionen auszulösen.

Die Aussage in Abs. 1 erster Satz betreffend den Hinweis auf die Maklereigenschaft soll Streitfälle zur Frage, ob ein Maklervertrag konkludent zustande gekommen ist, möglichst hintanhaltend. Im zweiten

Satz soll durch die im zweiten Halbsatz geforderte Schriftlichkeit des Hinweises nach § 6 Abs. 4 dritter Satz MaklerG sichergestellt werden, daß dem Verbraucher das familiäre oder wirtschaftliche Naheverhältnis zwischen Makler und dem zu vermittelten Dritten bewußt wird.

Abs. 2 normiert eine weitere konkrete Sorgfaltspflicht des Immobilienmaklers:

Er hat seinem Auftraggeber alle Umstände mitzuteilen, die für die Beurteilung des vermittelten Geschäfts wesentlich sind. Diese Bestimmung spricht die Fachkenntnis des Immobilienmaklers an, der hier seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen hat. Vorbild der Regelung ist § 4 Abs. 1 Z 13 IMV; darin sind als für die Beurteilung wesentliche Kriterien beispielsweise die Beschaffenheit des Hauses oder der Wohnung und Immissionen von einem Nachbargrundstück genannt; gemeint sind hier somit vor allem jene Umstände, die dem Auftraggeber als Laien nicht erkennbar sind.

Zu § 30c:

Gemäß § 14 Abs. 2 MaklerG können Alleinvermittlungsaufträge nur befristet auf angemessene Dauer geschlossen werden; der Auftraggeber soll nicht zu lange an einen Makler gebunden bleiben. Abs. 1 ersetzt die „angemessene Dauer“ durch eine Höchstfrist für bestimmte von Immobilienmaklern mit Verbrauchern geschlossene Alleinvermittlungsaufträge. Sie beträgt drei Monate für Bestand- und Nutzungsverträge über Wohnungen und sechs Monate für Kaufverträge über Wohnungen, Einfamilienhäuser und zum Bau von Einfamilienhäusern geeignete Grundstücke.

Abs. 2 will besonderen Umständen Rechnung tragen, die die Vermittlung wesentlich erschweren oder verzögern. Diese können in der Natur des zu vermittelnden Rechtsgeschäfts liegen. So wird etwa bei der Vermittlung von Ferienwohnungen, für die nur ein von der jeweiligen Saison abhängiges Interesse besteht, eine über die gesetzlichen Höchstfristen von drei Monaten für die Vermietung bzw. sechs Monaten für den Verkauf hinausgehende Frist vereinbart werden können.

Zu § 30d:

Wie in den Erläuterungen zu § 15 Abs. 2 MaklerG ausgeführt, ist beim Alleinvermittlungsauftrag (vgl. § 14 Abs. 1 MaklerG) in einem „Eigengeschäft“ des Auftraggebers grundsätzlich kein vertragswidriges Verhalten zu sehen, da er sich im Alleinvermittlungsauftrag nur verpflichtet, während dessen Dauer keinen anderen Makler mit der Vermittlung desselben Geschäfts zu betrauen. Im Verbrauchergeschäft soll daher die Höhe der gemäß § 15 Abs. 2 Z 3 MaklerG möglichen Provisionsvereinbarung mit der Hälfte der vereinbarten oder ortsüblichen Provision begrenzt werden. In dieser Vereinbarung kann festgelegt werden, daß dem Verbraucher der Beweis dafür obliegt, daß das Geschäft nicht durch die Vermittlungstätigkeit eines anderen vom Verbraucher beauftragten Maklers zustandegekommen ist. Mit der Wendung „auf andere Art“ sind vor allem die Fälle erfaßt, in denen der Auftraggeber durch eigene Initiative oder durch Zufall das gewünschte Geschäft zustandebringt.

Eine solche Vereinbarung muß nach § 31 Abs. 1 Z 3 KSchG ausdrücklich und schriftlich getroffen werden. Die Zahlungspflicht gilt gemäß § 15 Abs. 3 MaklerG als Vergütungsbetrag im Sinn des § 1336 ABGB und unterliegt daher dem richterlichen Mäßigungsrecht. Ein Verzicht auf die richterliche Mäßigung ist ungültig (EvBl. 1982/38).

Zu § 31:

In einem Maklervertrag mit einem Verbraucher sollen die in Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Vereinbarungen ausdrücklich und schriftlich erfolgen müssen. Sie betreffen besonders einschneidende Gestaltungen des Vertragsverhältnisses zwischen einem Verbraucher und einem Makler. Bei bloß mündlichen Vereinbarungen können Irrtümer, Überraschungen oder falsche Vorstellungen über die besonderen Vertragsinhalte bei in der Regel nicht rechtskundigen Verbrauchern verursacht werden. Um dies und auch allfällige Beweisprobleme zu vermeiden, werden im Verbrauchergeschäft diese besonderen Formvorschriften statuiert. Der Begriff „ausdrücklich“ ist hier im Sinn von deutlich erkennbar (wie in § 901 und § 1353 ABGB, vgl. EvBl. 1979/2) zu verstehen und nicht als Gegenteil des Begriffs „stillschweigend“.

In Abs. 2 werden jene Bestimmungen des MaklerG angeführt, die im Verbrauchergeschäft zugunsten von Konsumenten der Parteiendisposition entzogen sein sollen. Bei Z 4 des § 28 handelt es sich um die Pflicht des Versicherungsmaklers, die Versicherungsbedingungen, eine Kopie der Vertragserklärung und die Versicherungspolizze auszuhändigen. Z 5 betrifft die Verpflichtung zur Prüfung der Polizze.

Zu Artikel III

Mit Abs. 5 werden die bisher für Zivilmakler (Z 1) und Handelsmakler (Z 2) geltenden Bestimmungen aufgehoben. Sie werden durch die in Artikel I vorgeschlagenen Bestimmungen des neuen MaklerG ersetzt.

Abs. 6 ist eine dynamische Verweisung, Abs. 7 enthält eine Transformationsklausel.

Nach Abs. 2 sollen die Bestimmungen des Artikels I und des Artikels II auf Maklerverträge anzuwenden sein, die nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geschlossen werden. Für Versicherungsmakler wurde aber in Abs. 3 angesichts der regelmäßig bestehenden Pflicht zu einer weiteren Betreuung des Kunden eine Übergangsregelung in Form eines Stichtags getroffen.

Die Übergangsbestimmung in Abs. 4 für das in Artikel II vorgeschlagene Rücktrittsrecht gemäß § 30a KSchG bedeutet, daß Verbraucher ab dem Inkrafttreten des Gesetzes von Vertragserklärungen zurücktreten können, die sie bei der ersten Besichtigung einer Wohnung oder Liegenschaft abgegeben haben.

§ 31 KSchG in der bisherigen Fassung wird inhaltlich unverändert in § 39 MaklerG (Artikel I) übernommen.