



9/SN-395/ME

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

ZL 164/94

An das
 Bundesministerium für Justiz
 Museumstraße 7
 A-1070 W i e n

St. Bernhard

Betrifft GESETZENTWURF
Zl. 1007/48-I-GE/19
Datum: 15. JULI 1994
Verteilt 18. Juli 1994

Betreff: GZ 10.067/48-I 3/94

Entwurf eines Bundesgesetzes über die Rechtsverhältnisse der Makler und über die Änderung des Konsumentenschutzgesetzes
(Maklergesetz - MaklerG)

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes eines Bundesgesetzes über die Rechtsverhältnisse der Makler und über die Änderung des Konsumentenschutzgesetzes, samt Erläuterungen und erstattet hiezu fristgerecht nachstehende

STELLUNGNAHME

- I) Der vorliegende Gesetzesentwurf wird grundsätzlich begrüßt, weil die bisherige Rechtslage sehr unübersichtlich und damit schwer nachvollziehbar ist. Der Rechtsbereich der Versicherungsmakler ist bisher privatrechtlich nicht geregelt und war nicht zuletzt deshalb oft Anlaß gerichtlicher Auseinandersetzungen. Da die Berufsordnung der österreichischen Versicherungsmakler keine verbindliche Norm, sondern als eine Festbeschreibung der Verhaltensregeln und Leistungspflichten anzu-

sehen ist, stellt der vorliegende Gesetzesentwurf geradezu ein Muß dar. Die zivilrechtlich relevanten Normen für den Immobilienmakler wurden der Immobilienmaklerverordnung entnommen und sowohl im allgemeinen Teil des Maklerrechtes als auch in die Sonderbestimmungen für die Immobilienmakler eingegliedert.

Der Bereich der Personalkreditvermittler wurde zivilrechtlich in der Form von Sonderbestimmungen neu beschrieben.

Bedenken weckt, trotz grundsätzlicher Zustimmung, die Änderung des Konsumentenschutzgesetzes, womit dem Verbraucher bei Immobiliengeschäften ein Rücktrittsrecht binnen dreier Tage eingeräumt wird, wenn am Tag der ersten Besichtigung des zum Erwerb stehenden Objektes eine Vertragserklärung abgegeben wird. Diese Bestimmung führt eher zu einer Überspannung des Verbraucherschutzes. Eine Erläuterung dazu findet sich tieferstehend.

II) Bei einigen aus dem Handelsgesetzbuch übernommenen Bestimmungen, nämlich dem § 25 Aufbewahrung der Warenprobe, sowie den §§ 27 Tagebuch und 28 Krämermakler handelt es sich um totes Recht, dessen Aufrechterhaltung nicht zweckmäßig erscheint. Die Verpflichtung des Handelsmaklers zur Aufbewahrung einer Warenprobe ist deshalb besonders lebensfremd, weil jene Vertragspartei, die Einwendungen gegen die Beschaffenheit der Ware hat, dies auch beweisen muß und schon deshalb für eine Aufbewahrung der Warenprobe sorgen wird. Die Führung eines Tagebuchs (§ 27 des Entwurfes) scheint entbehrlich, da ohnehin eine Rechnungslegungspflicht besteht. Die Pflichteintragungen täglich persönlich zu unterzeichnen ist im Zeitalter der elektronischen Datenverarbeitung unzumutbar. Überdies wird die Pflicht zur Führung eines Tagebuchs als zu bürokratisch abgelehnt. Der Handelsmakler wird seinen Anspruch vor Gericht mit der Schlußnote und der damit im Zusammenhang stehenden Korrespondenz beweisen, ohne daß es dazu eines Vergleiches mit dem Tagebuch bedarf.

Hingegen erscheint die Bestimmung des § 23 des Entwurfes über die Legung einer Schlußnote insoweit sinnvoll, als sie auch einen Schutz des Handelsmaklers selbst bewirkt. Die Bestimmungen der §§ 23 und 24 des Entwurfes sollten daher aufrecht bleiben.

III) § 1

Wesentlich ist, daß der Nachweis einer Geschäftsgelegenheit einen Provisionsanspruch nur mehr dann begründen soll, wenn dies abweichend vom § 6 Abs 2 ausdrücklich vereinbart wurde. Für Immobilienmakler und Personalkreditvermittler ist eine solche abweichende Vereinbarung nicht möglich, da sie per Gesetz für unwirksam erklärt wird (Vgl. §§ 19 und 41 des Entwurfes). Für die Praxis bedeutet das, daß ein Vermitteln im Sinne eines Verhandeln mit beiden Seiten, um das vom Auftraggeber beabsichtigte Geschäft herbeizuführen, nur mehr beim Immobilienmakler und Personalkreditvermittler notwendig ist, weil alle anderen Makler die bloße Nachweisprovision schriftlich mit dem Auftraggeber vereinbaren werden. Unerfahrene Auftraggeber könnten damit auch dann provisionspflichtig werden, wenn sie sich weigern an namhaft gemachte, aber möglicherweise am Rand einer Insolvenz stehende Dritte, zu liefern.

§ 3 Abs 2

Der Auftraggeber hat den Makler bei der Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit nicht nur redlich, sondern auch sorgfältig zu unterstützen, wie auch der Makler im Absatz 1 zur entsprechenden Interessenswahrung verpflichtet ist. Auch der Auftraggeber hat sorgfältig vorzugehen, weil wesentliche Vertragsbestimmungen dem Dritten gegenüber sofort, das heißt, schon vom Makler selbst, bekanntgegeben werden müssen. Eine Unterscheidung im Sorgfaltsmaßstab ist deshalb nicht gerechtfertigt.

§ 3 Abs 4, 2. Satz

Soweit dem Makler ein Provisionsanspruch zusteht, kann der Auftraggeber derzeit wegen jeder Verletzung der in den Absätzen 1 und 3 genannten Pflichten eine Mäßigung des Provisionsanspruches verlangen. Der Gesetzestext ist derzeit zu weit gefaßt und sollte auf wesentliche Pflichtverletzungen eingeschränkt werden. Schon unbedeutende Pflichtverstöße könnten theoretisch eine Mäßigung der Provision auf Null bedeuten.

§ 4 Abs 2

Der Auftraggeber ist entsprechend dieser Bestimmung nicht verpflichtet, das angebahnte Geschäft abzuschließen. Bei schriftlicher Vereinbarung einer Nachweisprovision wird er auch ohne Abschluß des angebahnten Geschäftes provisionspflichtig. Dies nur abgesehen von den Berufsgruppen der Immobilienmakler und Personalkreditvermittler.

§ 6 Abs 2

Außer für die Berufsgruppen der Immobilienmakler und Personalkreditvermittler handelt es sich bei dieser Bestimmung um dispositives Recht, weshalb der Abfassung von Maklerverträgen künftig besonderes Augenmerk gebühren wird.

Nicht geregt sind jene Fälle, in denen zulässigerweise im Maklervertrag die bloße Namhaftmachung eines Dritten nicht als provisionsbegründend vereinbart wurden und dieser Makler sowie auch die Immobilienmakler und Personalkreditvermittler von den Vertragsparteien aktiv von einer verdienstlichen Vermittlungstätigkeit ausgeschlossen werden. Wenn diese Makler von ihren Auftraggebern und/oder dem Interessenten zum Beispiel von der Verhandlungsführung ausgeschlossen werden, so liegt trotz eines erfolgreichen oder zweckentsprechenden Ergebnisses, mangels verdienstlicher Tätigkeit, kein Anspruch auf Provision vor.

§ 6 Abs 3

Gemäß dieser Bestimmung hat der Makler auch dann Anspruch auf Provision, wenn aufgrund seiner Tätigkeit zwar nicht das vertragsgemäß zu vermittelnde Geschäft, wohl aber ein diesem nach seinem Zweck wirtschaftlich gleichwertiges Geschäft zustandekommt. Dieser Bestimmung wird inhaltlich beigetreten, obwohl der Makler damit Anspruch auf Provision erhält, ohne wirklich für das tatsächlich zustande gekommene Geschäft kausal vermittelnd tätig gewesen zu sein. Vom Kausalzusammenhang zwischen verdienstlicher Vermittlungstätigkeit und Geschäftsabschluß wird hier bewußt abgesehen, weshalb überlegt werden sollte, den Gesetzestext anders zu formulieren. In diesem Zusammenhang wird auf den Formulierungsvorschlag der steiermärkischen Rechtsanwaltskammer verwiesen, deren Stellungnahme beigelegt ist.

§ 7

Entsprechend dem Entwurf entsteht der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Wie in den Erläuternden Bemerkungen zutreffend ausgeführt wird, löst ein aufschiebend bedingtes Geschäft keinen Provisionsanspruch aus. Der einer aufschiebenden Bedingung ähnlich in Schwebe bleibende Vertrag bewirkt gleichfalls keine Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Der Auftraggeber und der vermittelte Dritte können unabhängig von diesem auch auf Dauer bestehenden Zustand das vermittelte Geschäft ausführen und daraus die Vorteile lukrieren, ohne daß dem Makler eine Provision zustünde.

Schon aus diesem Grunde muß auch die bloße Ausführung des Geschäfts, in diesem Fall einen Anspruch auf Provision entstehen lassen.

§ 8

Ohne Einholung eines Sachverständigengutachten wird wahrscheinlich weder die ortsübliche noch die angemessene Provision festzustellen sein.

§ 9

Für die durch den Geschäftsbetrieb entstandenen allgemeinen Kosten und Auslagen kann der Makler keinen Ersatz verlangen. Hingegen sind die Aufwendungen des Maklers aufgrund von besonderen Aufträgen dann zu ersetzen, wenn die Ersatzpflicht ausdrücklich vereinbart worden ist. Dem widersprechend ist den Erläuternden Bemerkungen zu entnehmen, daß der Terminus "besondere Aufträge" als "besondere Zusatzaufträge" zu lesen sein wird.

Hier sollte deutlich festgehalten werden, daß ein besonderer Auftrag jener ist, der mit einem besonderen Einsatz und damit auch entsprechenden Aufwendungen verbunden ist. Ein Zusatzauftrag allein darf nicht das entscheidungsrelevante Kriterium sein.

§ 10

Die Fälligkeit der Provision und des Ersatzes besonderer Aufwendungen tritt ein, sobald der Anspruch entstanden ist. Im § 9 wird zutreffenderweise der Ersatz besonderer Aufwendungen auch dann zugelassen, wenn die Ersatzpflicht zum einen ausdrücklich vereinbart worden ist und zum anderen auch dann, wenn das angestrebte Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen ist. Für diesen Fall wäre eine gesonderte Fälligkeit zu normieren, weil der Ersatz besonderer Aufwendungen mangels Entstehung des Anspruches nie fällig werden kann. Für diesen Fall liegt ein Regelungsbedarf vor.

§ 15 Abs 2

Im Absatz 2 dieser Bestimmung wird normiert, daß im Maklervertrag bestimmt werden kann, daß der Auftraggeber die vereinbarte oder ortsübliche Provision zu bezahlen hat, wenn 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 unterläßt, es sei denn, daß dies nicht ohne Grund geschehen ist.

Diese Bestimmung benachteiligt den Makler, weil der Auftraggeber nur allzu leicht immer einen Grund finden wird, weshalb er einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt unterlassen hat. Irgendein Grund darf den Auftraggeber deshalb nicht befreien. Der Grund muß ein wichtiger sein, damit der Auftraggeber von der Provisionszahlungspflicht befreit ist. Aus diesem Grund regen wir die Einfügung des Wortes "wichtigen" im § 15 Abs 2 Zif 1 an.

§ 15 Abs 3

Im § 15 Abs 3 Zif 2 wird geregelt, daß der Auftraggeber eines Alleinvermittlungsauftrages höchstens die Hälfte der vereinbarten oder ortsüblichen Provision zu zahlen hat, wenn er nicht beweist, daß das Geschäft ohne Einschaltung eines Maklers zustande gekommen ist.

- 7 -

Diese Beschränkung der Provisionspflicht auf 50 % greift unzulässig in den jeweiligen Einzelfall ein. Ohne Bedachtnahme auf Einsatz und Bemühung des Maklers ist es nur ungerecht die Provision schon durch das Gesetz höchstens auf die Hälfte zu reduzieren.

§ 17

Ohne Frage treffen den Immobilienmakler besondere Aufklärungspflichten. Unverständlich ist, warum in dieser Sonderbestimmung für Immobilienmakler nicht auch eine besondere Informationspflicht für den Auftraggeber normiert wird. Gerade der Verkäufer einer Liegenschaft verfügt oft alleine über wesentliches Detailwissen, auf das der Dritte schon in contrahendo Anspruch hat.

Aus diesem Grund sollte die besondere Aufklärungspflicht in diesem Rahmen, auch für den Auftraggeber gesetzlich normiert werden.

Zu den §§ 23 bis 28 wird auf das in der Einleitung Gesagte verwiesen.

Artikel II

Änderung des Konsumentenschutzgesetzes

§ 31

Bei dieser Bestimmung sollte nochmals überdacht werden, ob das Recht des Verbrauchers vom Anbot auf Kauf einer Liegenschaft zurückzutreten, nicht etwas überspannt wird. Zugegebenermaßen gab es in der Vergangenheit zahlreiche gerichtliche Auseinandersetzungen, die sich mit Fällen einer Überrumpelung des Dritten befaßt haben. Die Einräumung eines Rücktrittsrechtes, welches binnen dreier Tage, die nicht Sonntag oder Feiertag sind, auszuüben ist, bedeutet ein pauschales Eingreifen, um Mißbräuchen einzelner Makler zu begegnen.

Das relevante Kriterium für diesen Rücktritt soll derzeit die Tatsache der Anbotstellung bei der ersten Besichtigung der Liegenschaft oder Wohnung sein. Wenn auch grundsätzlich keine Bedenken gegen eine weitere Verbesserung der Rechtsstellung des Verbrauchers bestehen, sollte bedacht werden, daß ein Bedarf zum Rücktritt allenfalls auch am Tag der zweiten Besichtigung gegeben sein könnte. In Hinkunft wird

sich nichts ändern, außer, daß automatisch eine zweite Besichtigung, oder am nächsten Tag ein Termin im Büro des Immobilienmaklers vereinbart wird. In diesen Fällen wäre dem Verbraucher das 3-tägige Rücktrittsrecht nicht eingeräumt.

Die Bestimmung des § 31 Abs 4 ist nur schwer nachvollziehbar, da der Erwerb eines Bestandrechtes in der Dauer von höchstens zwei Monaten wahrscheinlich bloß für einen Musiker oder Schauspieler während der Festspielzeit relevant ist. Warum gerade diesem kein Rücktrittsrecht eingeräumt werden soll, ist nicht einsichtig, weil der Schutz des Verbrauchers von der Dauer des Bestandverhältnisses, als gänzlich untaugliches Beurteilungskriterium, unabhängig sein muß. Unerfindlich ist auch, wie es zu einer Höchstfrist von gerade zwei Monaten kommt.

Bei Abwägung aller beteiligten Interessen, muß das Gesetz für die Einräumung eines 3-tägigen Rücktrittsrechtes allein auf den Tatbestand der Überrumpelung, sowie des Vorliegens einer vom Makler verschuldeten Zwangs- oder Drucksituation auf Seiten des Verbrauchers abstellen.

- IV) Zusammenfassend wird angeregt mit dem vorliegenden Gesetz gleichzeitig die Immobilienmaklerverordnung und die Personalkreditvermittlungsverordnung anzupassen, damit gemeinsam auch mit der Berufsordnung der Versicherungsmakler ein einheitliches aufeinander abgestimmtes Normensystem vorliegt.

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Wien, am 30. Juni 1994

Dr. Hoffmann

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Generalsekretär

