

Präs. 1612-5/94

An das
Präsidium des Nationalrates

Parlamentsgebäude
W i e n

Betrifft	GESETZENTWURF
Zl.	41 -GE/19-04
Datum:	30. JUNI 1994
Verteilt	- 1. Juli 1994 Krq

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

J. Bauer

Ich beehre mich, anliegend 25 Ausfertigungen der vom
Begutachtungssenat I am 24. Juni 1994 beschlossenen Stellungnahme des
Obersten Gerichtshofes zu übermitteln.

Wien, am 28. Juni 1994

Dr. S t e i n i n g e r

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung



Präs. 1612-5/94

S t e l l u n g n a h m e

des Obersten Gerichtshofes

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

1. Gegen den Entwurf des zitierten Bundesgesetzes bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, zumal die Neuregelung des Bundesgesetzes über die Rechtsverhältnisse der selbständigen Handelsvertreter (Handelsvertretergesetz-HVertrG 1993) BGBl 1993/88 nahelegt, auch die Bestimmungen der verwandten Institution des Maklers entsprechend anzupassen.

Der allgemeine Teil des Entwurfs enthält die erste umfassende Regelung des bürgerlich-rechtlichen Maklervertrages (vgl §§ 652 bis 656 BGB). Soweit nicht die Unterschiede zwischen Makler und Handelsvertreter (ständige bzw nicht ständige Betrauung; keine [generelle] Verpflichtung des Maklers, sich um einen Abschluß zu bemühen), voneinander abweichende Regelungen erfordern, sind die Bestimmungen des Entwurfes vielfach dem HVertrG 1993 nachgebildet. Neu ist im Entwurf insbesondere die Regelung des Alleinvermittlungsauftrages, zu dem es bereits umfangreiche Rechtsprechung gibt.

Die weiteren Teile betreffen den Immobilienmakler, den Handelsmakler, den Versicherungsmakler und den Personalkreditvermittler. Da die Materien "Immobilienmakler" und "Personalkreditvermittler" wegen der sachlichen Nähe zum Konsumentenschutz eher dem bürgerlichen Recht zuzurechnen sind, wäre es aus Gründen der Systematik vorzuziehen, den Handelsmakler und den Versicherungsmakler in Art I des Gesetzes erst am Schluß zu behandeln. Erwägenswert erscheint überdies, die

handelsrechtlichen Regelungen - so wie dies bei der Schaffung des Rechnungslegungsgesetzes und teilweise auch bei der Schaffung des Firmenbuchgesetzes praktiziert wurde - im Stammgesetz zu belassen und damit den kodifikatorischen Charakter des HGB nicht weiter zu schwächen.

2. Zum ersten Teil: Allgemeiner Teil:

a) Die Regelung der Sanktionen bei verbotener Doppeltätigkeit des Maklers in § 5 des Entwurfes (weitere Paragraphenbezeichnungen ohne nähere Angaben beziehen sich auf Art 1 des Gesetzesentwurfes) kann zu Schwierigkeiten führen, wenn beide Auftraggeber die Herausgabe der unrechtmäßig empfangenen Belohnung begehren, außerdem aber eine Mäßigung des Provisionsanspruches verlangen (§ 3 Abs 4 zweiter Satz) und darüber nicht gleichzeitig entschieden wird. Wird nämlich dem Mäßigungsbegehren stattgegeben, verringert sich auch jeweils die dem anderen Auftraggeber herauszugebende Belohnung.

b) Im § 15 Abs 1, 2 und 3 müßte es statt "kann" richtig "darf" lauten (so wie zB in § 18). Daß die Übertretung dieses Verbotes zur (Teil-)Nichtigkeit führt, ergibt sich aus § 15 Abs 1 des Entwurfes ohnehin. In der Wendung "ausdrücklich und schriftlich" ist das Wort "ausdrücklich" nur dann sinnvoll, wenn es nicht als das Gegenteil von "schlüssig", sondern - wie öfter im ABGB (§ 901; § 1353) - im Sinne von "hinreichend deutlich" (zB SZ 51/9) verstanden wird. Es wäre daher besser durch "hinreichend deutlich" oder ein Wort gleicher Bedeutung zu ersetzen.

3. Zum zweiten Teil: Immobilienmakler

a) Die besondere Aufklärungspflicht des Maklers nach § 17 Abs 1 ist grundsätzlich zu bejahen. Vereinzelt der in den Erläuterungen angeführten Fälle (S 22) könnten jedoch zu einer Überspannung der Sorgfaltspflicht führen, wie etwa die Erwähnung einer dem Verkäufer drohenden Besteuerung des Spekulationsgewinnes. Da den "Gesetzesmaterialien" bei der Auslegung einer Norm erhebliche Bedeutung zukommt (- sie haben jedenfalls die Vermutung für sich, die Absicht des Gesetzgebers ist des § 6 ABGB zum Ausdruck zu bringen -), sollte eine allzu

kasuistische Aufzählung der Aufklärungspflichten des Maklers in der Regierungsvorlage besser entfallen, um der späteren Rechtsprechung nicht vorzugreifen.

Unklar ist, wie sich die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Aufwandsersatzes mit der - nach dem Inkrafttreten des MaklerG freilich mindestens teilweise zu ändernden - Immobilienmaklerverordnung (IMV) verträgt, die in § 8 ausdrücklich Höchstbeträge für Provisionen und sonstige Vergütungen vorsieht. Diese Höchstsätze, die wohl auch in Zukunft aufrechterhalten werden sollen, könnten durch die Vereinbarung eines Aufwandsersatzes mühelos umgangen werden. § 9 gehört nicht zu den Bestimmungen, von denen gemäß § 19 zu Ungunsten des Auftraggebers nicht abgegangen werden kann.

b) In der Praxis soll es wiederholt vorkommen, daß sich Makler von ihrem Auftraggeber eine Option geben lassen, mit der sie bei Erzielung eines höheren Verkaufserlöses unschwer die Vorschriften über die Provisionshöchstsätze umgehen können. Es sollten daher Überlegungen angestellt werden, wie solchen Mißständen vorgebeugt werden könnte.

4. Zum dritten Teil: Handelsmakler

a) Die §§ 21, 23-28 entsprechen im wesentlichen den §§ 93-96 und 99-102, 104 HGB und Art 6 Nr.13 4.EVHGB. Im Evidenzbüro des Obersten Gerichtshofes ist zu dieser Materie eine einzige Entscheidung (2 Ob 542/81 vom 23.2.1982) indiziert, die die §§ 94, 98 HGB betrifft. Dies könnte dafür sprechen, daß es sich bei diesen Regelungen weitgehend um totes Recht handelt; es könnte aber auch sein, daß die Verpflichtung des Maklers zur Ausstellung von Schlußnoten und zur Führung des Tagesbuchs der Rechtssicherheit so wirkungsvoll dient, daß Prozesse zwischen den Parteien des vermittelten Rechtsgeschäftes bzw zwischen Auftraggeber und Makler eher selten sind. Da der Makler die Interessen beider Vertragsteile zu vertreten hat, dienen die Bestimmungen, die den Makler zum genauen Festhalten des Inhaltes des vermittelten Rechtsgeschäftes verpflichten, nicht nur der Rechtssicherheit, sondern auch der Vermeidung von

Interessenkonflikten, in die der Makler insbesondere im Zusammenhang mit nachvertraglichen Sorgfaltspflichten hineingezogen werden kann. Die Bestimmungen sollten daher im Gleichklang mit dem deutschen HGB aufrechterhalten werden.

b) Durch § 31 wird ein Dauerschuldverhältnis besonderer Art zwischen Versicherungsmakler und Versicherungskunden begründet. Wenn diese Bestimmungen Ausdruck besonderer Schutz- und Sorgfaltspflichten des Versicherungsmaklers sind, kann ihre Verletzung sehr weitreichende Folgen haben (zB Schadenersatzpflicht des Maklers allein deswegen, weil er den Kunden nicht rechtzeitig an die Erneuerung oder Erhöhung einer Versicherung erinnert hat). Ob man den Makler tatsächlich auf Jahre hinaus so weitgehende Verpflichtungen auferlegen will, sollte allenfalls noch überlegt werden.

5. Zum vierten Teil: Personalkreditvermittler

a) § 35 ist umzuformulieren. Nicht die Kreditwerber, sondern die Kreditgeschäfte sind "nicht durch Hypotheken sichergestellt."

b) Personalkreditvermittlungen werden wohl weitestgehend von Verbrauchern in Anspruch genommen, sodaß die Schutzbestimmungen des Entwurfes der Sache nach meistens Konsumentenschutzvorschriften sind. Anders als § 33 BWG beziehen sich aber die §§ 35 ff nicht nur auf die Vermittlung von Verbraucherkreditverträgen (so wie auch § 31 KSchGaF), sondern auf die Vermittlung nicht hypothekarisch gesicherter Kreditverträge schlechthin, so daß als Vertragspartner des Kreditvermittlers auch Unternehmer (Vollkaufleute, Minderkaufleute, Landwirte, Freiberufler etc) in Frage kommen. Die Personalkreditvermittlungsverordnung (PKVV) beschränkt hingegen einzelne Bestimmungen auf "Privatpersonen" (vgl § 1 Abs 3, §§ 5, 8 PKVV). Schutzbestimmungen für bestimmte Bevölkerungsgruppen haben zwar mitunter die Tendenz, sich zu allgemein verbindlichen Schutzvorschriften zu entwickeln; doch sollte eine solche Erweiterung nur bei einer eindeutigen gleichartigen Interessenlage vorgenommen werden. Fehlt sie, so werden ungleiche Sachverhalte in

wesentlichen Belangen gleich behandelt, was verfassungsrechtlich bedenklich erscheint.

c) Die dem § 5 PKVV nachgebildeten Vorschriften über die Wirksamkeit des Kreditvermittlungsvertrages (§ 36) erscheinen - insbesondere im Hinblick auf ihre unterschiedslose Anwendung auf "Verbraucher" und "Unternehmer" - teilweise überzogen. Soll tatsächlich schon das Fehlen eines Abschlußdatums Nichtigkeit bewirken, auch wenn etwa die Befristung des Vertrages (§ 37) aus der Urkunde zu entnehmen ist? Die Vorschrift, daß der Vertrag "in ein und derselben Sprache" verfaßt sein muß, betrifft einen praktisch kaum vorkommenden Fall. Entscheidend ist doch, ob der Kreditwerber das Schriftstück versteht. Warum soll ein in deutscher Sprache abgefaßter Kreditvermittlungsvertrag (vgl § 33 Abs 2 BWG) unwirksam sein, weil der ausländischer Kreditwerber in türkischer Sprache vor der Unterfertigung einen einschränkenden Zusatz anbringt?

Auch die Regelung, daß das Fehlen irgendeiner Bedingung für die Kreditgewährung, die der Kreditwerber zu akzeptieren bereit ist, im schriftlichen Vermittlungsvertrag diesen rechtsunwirksam macht, ist bedenklich. Warum sollte etwa ein Kreditvermittlungsvertrag, in dem die Beibringung eines Bürgen nicht vorgesehen war, selbst gegenüber einem Unternehmer unwirksam sein, wenn der Kreditvermittler dem Kreditwerber nach Vertragsabschluß brieflich bekannt gibt, er könne ihm nur gegen Beistellung eines Bürgen den gewünschten Kredit verschaffen und der Kreditwerber diese Änderung mündlich akzeptiert? Auch wenn Kreditvermittler in aller Regel weniger schutzwürdig sind als ihre Vertragspartner und Auswüchse in diesem Geschäftszweig häufig sind ("Kredithaie"), erscheint es doch nicht angemessen, daß § 36 Z 6 bei strenger Auslegung schon bei geringen Formulierungsabweichungen zwischen dem Kreditvermittlungsvertrag und dem späteren Kreditvertrag - auch wenn dieser den besonderen Schutzvorschriften für Verbraucherkreditverträge nach dem BWG entspricht - zur Nichtigkeit des Kreditvermittlungsvertrages führt.

Auch sprachlich wäre § 36 zu vereinfachen (Vorschlag: "Der Kreditvertrag hat bei sonstiger Unwirksamkeit folgende Angaben zu enthalten: 16."; sechsmal die Worte "er bedarf" bzw "er muß" zu wiederholen, ist schwerfällig). Insgesamt scheint es überhaupt erforderlich, bei der Transformierung einer von einer Verwaltungsbehörde aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften erlassenen Verordnung über die Ausübungsregeln eines Gewerbes in eine privatrechtliche Schutznorm im einzelnen entsprechende Überlegungen darüber anzustellen, welche Verstöße zur Gesamtnichtigkeit und welche nur zur Teilnichtigkeit des Vertrages führen sollen oder überhaupt nur bloße *leges imperfectae* sind.

d) Die Formulierung des § 38 ist unklar. Es geht daraus nicht hervor, ob der Kreditvermittlungsvertrag nur dann unzulässig ist, wenn er eine der nach Z 1 - 4 verbotenen Bedingungen enthält, oder ob die Unwirksamkeit des Kreditvermittlungsvertrages auch dann eintritt, wenn der Kreditgeber (abweichend vom Kreditvermittlungsvertrag) - unter Umständen auch erst nachträglich (vgl Punkt 23 AGBKr) - eine nach Z 1 - 4 unzulässige Sicherheit verlangt. Die Formulierung "wenn vom Darlehenswerber ... verlangt wird" läßt alle diese Möglichkeiten offen. Nachträgliche Sicherungen, die das Kreditinstitut verlangt, sollten jedenfalls nicht mehr auf die Gültigkeit des Vermittlungsvertrages durchschlagen. Im übrigen sollten statt der Worte Akzeptierung eines Blankowechsels besser die Worte "Unterfertigung eines Blankowechsels" gewählt werden, da es sich ja auch um einen eigenen Wechsel handeln kann.

e) Eine Vereinbarung, mit der der Personalkreditvermittler die Einziehung des Kredites übernimmt (§ 39), ist, auch wenn sie im Vertrag unter den Bedingungen für die Kreditgewährung aufscheint, offenbar nur als solche nichtig. Sie führt anscheinend nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, was durchaus sachgerecht ist, aber im Widerspruch zu § 36 Z 6 steht (siehe oben).

6. Zu Art II: Änderung des Konsumentenschutzgesetzes

Die Bestimmung über den Rücktritt bei Immobiliengeschäften wäre besser nach § 3 KSchG in dieses Gesetz einzuordnen.

Wien, am 24. Juni 1994