

Verbraucherorganisationen, aber auch mit staatlichen Einrichtungen und Maklervertretern Kontakt aufgenommen, um die Situation in den europäischen Ländern zu erheben.

2. Die Doppeltätigkeit von Immobilienmaklern

2.1. Immobilienmakler - Wohnungsvermittler

Wenn im folgenden durchgehend der Begriff „Immobilienmakler“ verwendet wird, dann folgt dies der österreichischen gewerbe- und auch zivilrechtlichen Terminologie, in der zwischen der Vermittlung des Kaufs bzw Verkaufs einerseits und der Vermittlung von Mietrechten andererseits nicht unterschieden wird. Im Unterschied dazu differenzieren zahlreiche andere europäische Rechtsordnungen zwischen Immobilienmaklern im engeren Sinne (etwa den „estate agents“ in Großbritannien) und Wohnungsvermittlern (zB „letting agents“), die auf die Vermittlung von Mietwohnungen spezialisiert sind.

Nach österreichischem Recht umfaßt das bewilligungspflichtige Gewerbe des Immobilienmaklers gemäß § 127 Z. 19 und § 225 GewO 1994 unter anderem die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von bebauten und unbebauten Grundstücken und von Wohnungen sowie von Rechten an Immobilien ebenso wie die Vermittlung von Bestandverträgen über Immobilien (einschließlich Wohnungen). Auch das Maklergesetz erfaßt mit dem Begriff des Immobilienmaklers (§ 16 Abs 1) all jene, die gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sache vermitteln; zu diesen Geschäften zählen unter anderem natürlich auch Wohnungsmietverträge.

2.2. Das gesetzliche „Leitbild“ des Maklers

§ 1 MaklerG definiert allgemein den Maklerbegriff: „Makler ist, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne damit ständig betraut zu sein.“ Diese Definition grenzt nicht nur - juristisch betrachtet - den Anwendungsbereich des Maklergesetzes ab, sie enthält gewissermaßen auch ein „Leitbild“, das allgemein für die Tätigkeit des Maklers von Bedeutung ist:

- Der Kern der Maklertätigkeit liegt im Vermitteln; dazu gehört jedenfalls, daß zwei potentielle Vertragspartner zusammengeführt und zum Vertragsabschluß bewogen werden.⁷ Unter Vermittlungstätigkeit versteht man im allgemeinen, daß der Makler an die entsprechende Person herantreten, auf sie einwirken, ihre Meinung erkunden, Bedenken zerstreuen, ihr die Vorteile des Geschäfts vor

⁷RV 2 BlgNR 20. GP.

Augen führen, ihr Interesse wecken und den Vertragsabschluß schmackhaft machen muß⁸.

- Der Makler vermittelt Geschäfte „mit einem Dritten“, somit mit jemandem, der außerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen Makler und Auftraggeber steht und dem gegenüber daher nur die im rechtsgeschäftlichen Verkehr allgemein vorausgesetzten Sorgfaltspflichten (etwa hinsichtlich seiner körperlichen Sicherheit oder seines Eigentums) bestehen. Der Dritte kann daher keine für ihn interessewahrende Tätigkeit des Maklers erwarten und verlangen.
- Der Makler ist, zum Unterschied vom Handelsvertreter, nicht ständig einem Auftraggeber verbunden. Aufgabe des Maklers ist es, im Einzelfall einen Geschäftsabschluß zu vermitteln, er profitiert daher nicht von einer schon durch eine längerfristige Bindung aufgebauten Vertrautheit mit dem Auftraggeber und dessen Interessenlage, und hat idealtypisch auch nicht etwaige Folgegeschäfte im Auge.
- Der Makler wird nur über Auftrag tätig, es liegt seiner Arbeit somit ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde, der - neben den im Maklergesetz an anderer Stelle noch explizit festgelegten Vertragspflichten - auch Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners auslöst.

Das Maklergesetz selbst bricht mit diesem „Leitbild“ in mehreren Fällen, insbesondere für den Bereich der Immobilienmakler. So wird zwar die Vermittlungstätigkeit allgemein nicht näher umschrieben; eine Zweifelsregel hält jedoch fest, daß die bloße Namhaftmachung eines Dritten keinen Provisionsanspruch begründet, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Geschäftsgebrauch besteht (§ 6 Abs 2 MaklerG). Für gewerbsmäßig tätige Immobilienmakler wurde ein derartiger Geschäftsgebrauch in einer Fülle von Entscheidungen angenommen.⁹

In § 16 Abs 2 MaklerG wird für Immobilienmakler auch die ständige Betrauung durch einen Auftraggeber als unschädlich für die Maklereigenschaft akzeptiert. Während also ein Vermittler von Handelsgeschäften, der ständig von einem Auftraggeber betraut ist, als Handelsvertreter nach dem Handelsvertretergesetz 1993 Provisionsansprüche nur gegen seinen „Geschäftsherrn“ geltend machen kann, ist ein Vermittler von Immobilientransaktionen, auch wenn er ständig von einem Auftraggeber betraut ist, kein „Immobilienvertreter“, sondern Immobilienmakler, dem entsprechend dem Maklergesetz unter anderem auch die Doppeltätigkeit und damit auch ein beiderseitiger Provisionsanspruch zugänglich ist.

Der nächste Bruch mit dem „Leitbild“ ist dementsprechend auch die Doppeltätigkeit. § 5 MaklerG untersagt zwar grundsätzlich jede Doppeltätigkeit, sofern nicht eine ausdrückliche Einwilligung des (jeweils anderen) Auftraggebers vorliegt, läßt aber

⁸Fromherz, Der Zivilmaklervertrag, 25.

⁹vgl etwa Ostermayer/Schuster, Maklerrecht, 56f mwN.

die Lücke des abweichenden Geschäftsgebrauchs offen. Für den Bereich der Immobilienmakler wird ein derartiger abweichender Geschäftsgebrauch schon vom Gesetzgeber angenommen, der in diesem Sinne konsequent in § 17 MaklerG anordnet, daß der Immobilienmakler es „dem Dritten“ mitteilen muß, wenn er bloß für einen Auftraggeber tätig wird. Nach den Gesetzesmaterialien hat diese Aufklärungspflicht des Immobilienmaklers eine Warnfunktion gegenüber dem Dritten, der in der Regel ja davon ausgehen würde, „daß der Immobilienmakler als Doppelmakler tätig sein kann und daher auch mit ihm einen Maklervertrag anstreben wird.“¹⁰

Der vierte Aspekt des „Leitbilds“, die vertragliche Grundlage, wird zwar nicht im Gesetz, wohl aber in der Praxis in ihrer Bedeutung für den einem Immobilienmakler gegenüberstehenden Wohnungssuchenden sehr reduziert. Wie schon die gesetzlich angeordnete Warnpflicht des Maklers, wenn dieser ausnahmsweise nicht als Doppelmakler tätig wird, zeigt, ist für den Wohnungssuchenden oft kaum erkennbar, ob der Makler auch mit ihm einen Vertrag abschließt oder nicht. Der schriftliche Vertragsschluß (mit Provisionsvereinbarung) erfolgt in aller Regel in einem Zug mit der Abgabe eines Anbots für den Kauf- oder Mietvertrag, also zu einem Zeitpunkt, in dem ein wesentlicher Teil der vertragsgemäßen Tätigkeit des Immobilienmaklers bereits erfolgt ist (oder erfolgt sein müßte).

2.3. Doppeltätigkeit des Immobilienmaklers nach österreichischer Rechtslage

Das Maklergesetz hat an der bisherigen Rechtslage zur Doppeltätigkeit des Immobilienmaklers nichts Wesentliches geändert. Bereits vor Inkrafttreten des Maklergesetzes¹¹ war nach § 5 HVG 1921 die Doppelvermittlung außer bei Vorliegen eines abweichenden Geschäftsgebrauchs unzulässig, für Immobilienmakler war aber gerade dieser abweichende Geschäftsgebrauch in der Rechtsprechung einhellig akzeptiert. Das Maklergesetz (und die zugleich erfolgte Novellierung des KSchG) änderte nichts an diesem Grundsatz, brachte aber ergänzende Mitteilungspflichten: nach § 5 Abs 3 MaklerG muß der Makler, sobald er als Doppelmakler tätig wird, dies beiden Auftraggebern mitteilen, wenn er nicht nach den Umständen annehmen darf, daß seine Doppeltätigkeit den Auftraggebern bekannt ist.

Entgegen den Erläuterungen zur Regierungsvorlage¹² wird diese Mitteilungspflicht auch bei Immobilienmaklern in der Regel nicht entfallen. Daß Immobilienmakler gemäß Geschäftsgebrauch ohne Zustimmung des (ersten) Auftraggebers als Doppelmakler tätig werden können, bedeutet nämlich noch nicht, daß sie es auch im Einzelfall tun werden und daß insbesondere auch der Dritte (der Interessent für das

¹⁰RV 2 B1gNR 20.GP.

¹¹vgl dazu *Fromherz*, Der Zivilmaklervertrag (1990), 34ff

¹²RV 2 B1gNR 20. GP, 18