

I. Teil

Allgemeiner Teil der ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 12ff

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 Maklervertrags 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 Regelungssicht 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.

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 Immobilientreuhänder), 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 Immobilientreuhänder), Dr. Ruth Enthofer (Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz), Direktor Rudolf Ertler (Bundesinnung der Immobilientreuhänder), 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 Immobilientreuhänder), 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 Immobilientreuhänder), 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 regeln. 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 Geschäftsbübung 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.

(...)

9783214041755
Maklergesetz | 3
Herbert Gartner, Daniel Karandi
MANZ Verlag Wien

Jetzt bestellen

II. Teil

Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler

(Maklergesetz – MaklerG)

BGBI 1996/262 idF BGBI I 2001/98, I 2004/131, I 2010/28, 29
und 58, I 2012/34

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.

Stammfassung.

Literatur: S. Bydlinski, Maklergesetz (1996); Degelsegger, Das neue Maklergesetz – ein Überblick über das Immobilienmaklerrecht, wobl 1996, 195; Fromherz, Kommentar zum Maklergesetz (1997); Knittl/Holzapfel, Maklerrecht Österreich² (2015); Kothbauer, Zusatzgeschäfte für Immobilienmakler? immolex 2011, 224; Kothbauer, Zum Provisionsanspruch des Maklers (Teil I und II), immolex 2011, 288, 320; Kriegner, Der Immobilienmakler – Pflichten und vertragliche Haftung (2007); Noss, Maklerrecht⁴ (2014); Ostermayer/Schuster, Maklerrecht (1996); Prader, Entscheidungen zum Immobilienmaklerrecht (2011).

Übersicht

	Rz
I. Geltungsbereich des Maklergesetzes	1
II. Maklervertrag	2
A. Formvorschriften, Inhalt	2
B. Entgeltlichkeit	3

III. Vermittlungstätigkeit	4
A. Allgemeines	4
B. Namhaftmachung, Nachweis	9
C. Vermitteln im engeren Sinn	14
D. Ohne ständige Betrauung	15

I. Geltungsbereich des Maklergesetzes

- 1 In § 1 wird einerseits der Maklerbegriff definiert, andererseits festgelegt, auf welche Personen bzw auf welche Tätigkeit sich der Geltungsbereich des MaklerG erstreckt. Demnach kommen die Bestimmungen des MaklerG auf all jene zur Anwendung, die
- auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (**Maklervertrag**) für einen Auftraggeber
 - **Geschäfte mit einem Dritten vermitteln**,
 - ohne damit **ständig betraut** zu sein.

II. Maklervertrag

A. Formvorschriften, Inhalt

- 2 Grundsätzlich kann der Maklervertrag **formfrei** geschlossen werden; er kann somit auch **schlüssig** zustande kommen (s § 6 Rz 2f). Für Personalkreditvermittlungsverträge sieht § 34 jedoch zwingend die Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung vor. Darüber hinaus sind der Abschluss und die Verlängerung von Alleinvermittlungsaufträgen gem § 31 Abs 1 Z 2 KSchG nur rechtswirksam, wenn diese ausdrücklich (iS von deutlich erkennbar) und schriftlich erfolgen.

Der Maklervertrag erfüllt die für den Vertragsabschluss geforderte Bestimmtheit/Bestimmbarkeit, wenn sich aus dem Vertrag selbst, allenfalls unter Berücksichtigung der gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 914f ABGB, das zu vermittelnde Geschäft feststellen lässt. Der für das vermittelnde Geschäft zu zahlende Preis gehört nicht zu den *essentialia negotii* (vgl 4 Ob 102/15a EvBl 2015/170 = *ecolex* 2016/3 = wobl 2016/12 [Kothbauer]). Eine Provisionszusage oder sogar die Höhe der Provision muss der Maklervertrag nicht unbedingt beinhalten, da dieser auch unentgeltlich sein kann (s Rz 3).

Zu beachten ist ferner § 9 Abs 2 FAGG, wonach bei einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung, der während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, der Verbraucher

erst dann vertraglich gebunden ist, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Vertragsangebots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Angebots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt.

B. Entgeltlichkeit

Der Maklervertrag ist idR ein entgeltlicher Vertrag. In die gesetzliche Definition wurde die „entgeltliche“ Vermittlung aber nicht aufgenommen, weil beim Doppelmakler im Verhältnis zu einem Auftraggeber auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 15).

Wird jedoch jemand aus selbstlosen Motiven und somit im Verhältnis zu beiden Seiten unentgeltlich vermittelnd tätig, so sind die Bestimmungen des MaklerG, insb die haftungsrechtlichen Bestimmungen des § 3 MaklerG, auf diese Vermittlungstätigkeit nicht anzuwenden. Eine Haftung käme allenfalls nach § 1300, 2. Satz ABGB in Betracht.

Im Zweifel ist Entgeltlichkeit des Maklervertrags anzunehmen (s aber § 30 – Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers).

III. Vermittlungstätigkeit

A. Allgemeines

Für den unbestimmten Gesetzesbegriff „vermitteln“ fehlt eine Legaldefinition. Vermitteln iSd § 1 (Vermitteln im weiteren Sinn) beinhaltet laut *Fromherz* (Kommentar zum MaklerG § 1 Rz 8) grundsätzlich **Namhaftmachung und Vermitteln** (im engeren Sinn). Die Vermittlungstätigkeit selbst entzieht sich einer gesetzlichen Definition, weil die an sie zu stellenden Anforderungen je nach Geschäftszweig und Lage des Falls stark variieren. Selbstverständlich ist, dass der Begriff „vermitteln“ iS bedeutet, zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und diese 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 (OGH 4 Ob 35/04g; ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 15).

- 5 An die Vermittlungstätigkeit können vertraglich auch besondere Anforderungen gestellt werden, von deren Erfüllung dann die Verdienstlichkeit und damit der Provisionsanspruch abhängt (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 16; Näheres dazu unter § 6). Die Vermittlungstätigkeit muss jedenfalls aber darauf abzielen, das vom Auftraggeber beabsichtigte Geschäft herbeizuführen.
- 6 Wird eine tätigkeitsbezogene Entlohnung vereinbart, ist der Vertrag nicht als Maklervertrag zu qualifizieren (OGH 8 Ob 46/10p wobl 2011/70 [*Kothbauer*] = MietSlg 62.510; S. *Bydlinski*, MaklerG § 6 Anm 1).

Der Maklervertrag begründet mangels anderslautender Vereinbarung aber grundsätzlich keine Tätigkeitspflicht des Maklers (s § 4 Abs 1; vgl aber § 14 Abs 1, 2. Satz – Alleinvermittlungsauftrag).

- 7 In den ErläutRV wird darauf hingewiesen, dass es des Öfteren vorkommen wird, dass eine Art Verhandlungstätigkeit mit dem Auftraggeber bereits im Zuge der Auftragerteilung erfolgt, indem zB der Makler versucht, überhöhte Preisvorstellungen des Auftraggebers noch ohne Zusammenhang mit einem konkreten Interessenten zu korrigieren (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 15).

Grundsätzlich gehört es jedoch nicht zu den Aufgaben des Maklers, auch mit seinem Auftraggeber über die Geschäftsbedingungen zu verhandeln, wenngleich dies in der Praxis regelmäßig unvermeidlich sein wird (vgl auch *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 1 Rz 12).

- 8 Der Doppelmakler steht zwischen den potentiellen Vertragspartnern, er hat möglichst neutral und unparteiisch zu agieren (vgl S. *Bydlinski*, MaklerG § 1 Anm 12; Näheres dazu unter § 5). Gleichzeitig wird der Makler jedoch auf beide Seiten einwirken und mit diesen verhandeln müssen, um den Weg für einen Geschäftsschluss zwischen ihnen zu ebnen, dies selbstverständlich ohne dabei die Verpflichtung zur redlichen und sorgfältigen Wahrung der Interessen beider Auftraggeber zu gefährden (s § 3 Abs 1).

B. Namhaftmachung, Nachweis

- 9 Namhaftmachung (oder auch Nachweis genannt) ist die Bekanntgabe eines Interessenten, mit dem ein Vertragsschluss der gewünsch-

ten Art mit hinreichend begründeter, positiver Erfolgsaussicht versucht werden kann. Dem Auftraggeber muss somit Kenntnis von einer Abschlussgelegenheit verschafft werden (OGH 9 Ob 57/04 d EvBl 2005/103 = RdW 2005/313).

Die Namhaftmachung erfolgt durch **die individuelle Bezeichnung des Geschäftsinteressenten**. Dieser Interessent muss freilich von der Person des Maklers verschieden sein (§ 6 Abs 4 sieht bei familiärer oder wirtschaftlicher Nahebeziehung zwischen dem Makler und dem vermittelten Dritten besondere Regelungen vor).

Zur Namhaftmachung muss der Dritte so weit individualisiert werden, dass sich der Auftraggeber mit ihm in Verbindung setzen kann. Es wird dazu idR eine ausdrückliche namentliche Benennung unter Adressenangabe erforderlich sein, die Individualisierung kann aber auch auf andere Weise erfolgen (*Fromherz, Kommentar zum MaklerG § 1 Rz 12 mWn; OGH 2 Ob 80/05 m MietSlg 58.497 = AnwBl 2007, 288 = RdW 2007/235*).

10

Ist die Individualisierung des potentiellen Vertragspartners mit besonderen Schwierigkeiten verbunden und kann der Auftraggeber mit diesem nicht in Kontakt treten, ohne zuvor aufwändige Erhebungen auf Basis der nur unzureichend vorliegenden Angaben des Maklers zu tätigen, die letztlich zur Person des potentiellen Vertragspartners führen, so wird – von besonderen Einzelfällen abgesehen – von einer Namhaftmachung wohl eher nicht auszugehen sein.

11

In der Praxis des Immobilienmaklergewerbes kommt es durchaus vor, dass einzelne Makler – ohne jedoch vom Liegenschaftseigentümer oder Verfügungsberechtigten jemals mit der Vermittlung beauftragt gewesen zu sein – die Informationen über eine zum Verkauf stehende Liegenschaft an potentielle Kaufinteressen weitergeben, um dadurch eine Kaufgelegenheit „namhaft zu machen“. Wenn nun aus bestimmten Gründen dem Makler keine konkreten Informationen über den tatsächlichen Verfügungsberechtigten zur Verfügung stehen – etwa weil ein „außerbücherlicher Eigentümerwechsel“ stattgefunden hat –, dann kann er seinem Auftraggeber gegenüber den (verfügungsberechtigten) Dritten nicht so weit individualisieren, dass der Auftraggeber ohne Weiteres mit ihm in Kontakt treten kann. Die Tätigkeit des Maklers beschränkt sich in solchen Fällen lediglich auf die Information, dass eine bestimmte Liegenschaft zum Verkauf steht.

Kann der Auftraggeber den Verfügungsberechtigten daher erst nach eigenen aufwändigen Recherchen ausfindig machen, so fehlt es dennoch an der für die Verdienstlichkeit erforderlichen Namhaftmachung durch den Makler, auch wenn es in der Folge zum Geschäftsabschluss kommen sollte.

- 12 Die für die Anwendung des MaklerG geforderte Namhaftmachung liegt auch in jenen Fällen nicht vor, in denen der Interessent dem Auftraggeber als potentieller Vertragspartner bereits bekannt ist und der Vermittler lediglich „stellvertretend“ für den Auftraggeber die Verhandlungen mit dem Dritten führt (vgl *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 1 Rz 9).
- 13 Der bloße Nachweis der Geschäftsglegenheit begründet gem § 6 Abs 2 grundsätzlich keinen Provisionsanspruch, sofern nicht für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Gebrauch besteht.

Im Geschäftszweig der Immobilienmakler besteht ein solcher abweichender Gebrauch. Demnach kann sich die vertragsgemäße Vermittlung eines Rechtsgeschäfts durch einen gewerblichen Immobilienmakler (s § 16 Abs 1) in der Nachweisung einer dem Auftraggeber bisher unbekannten, später realisierten Erwerbsmöglichkeit erschöpfen (vgl etwa OGH 1 Ob 240/06k immolex 2007/87 = JBl 2007, 730 = MietSlg 58.498 – Näheres dazu s auch § 6 Rz 17ff).

C. Vermitteln im engeren Sinn

- 14 Der Vermittlungsmakler muss im Gegensatz zum (reinen) Nachweismakler auch vermitteln ieS, das heißt in **verdienstvoller Weise die Förderung des Vertragsabschlusses bewirken und motivierend auf die Entschlussbildung einwirken** (OGH 7 Ob 92/06i mwN MietSlg 58.492). Inwieweit der Makler über die bloße Namhaftmachung hinaus tätig zu werden hat, hängt zum einen vom Geschäftszweig und zum anderen vom Inhalt des Maklervertrags ab (s auch Rz 4).

D. Ohne ständige Betrauung

- 15 Ist jemand von seinem Auftraggeber ständig mit der Vermittlung von Geschäften betraut, so ist er nicht als Makler iSd MaklerG anzusehen, die Bestimmungen des MaklerG kommen daher in diesen Fällen grundsätzlich nicht zur Anwendung.