

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

Das Regierungsprogramm 2020 bis 2024 enthält im Kapitel „Wohnen“ das Vorhaben „**Maklerprovision nach dem Bestellerprinzip**“. Danach sollen „wie für gewöhnlich bei Dienstleistungen üblich, die Kosten der Maklerin bzw. des Maklers bei Vermittlung von Mietwohnungen von demjenigen übernommen werden, der den Auftrag gegeben hat“.

In Österreich sind Immobilienmakler in aller Regel als Doppelmakler tätig. Grundsätzlich darf ein Makler ohne ausdrückliche Einwilligung des Auftraggebers nicht zugleich für einen Dritten tätig sein (§ 5 Abs. 1 MaklerG), Immobilienmakler können aber aufgrund eines entsprechenden Geschäftsgebrauchs ohne eine solche Einwilligung mit beiden Seiten eines Geschäfts einen Maklervertrag schließen. Wird ein Immobilienmakler auftragsgemäß nur für eine Seite tätig, so hat er die andere Seite auf diese Ausnahme besonders hinzuweisen (§ 17 MaklerG).

Immobilienmakler werden in aller Regel zuerst vom Vermieter beauftragt. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass die Provision des Maklers – insbesondere auf angespannten Wohnungsmärkten – regelmäßig zu einem großen Teil oder sogar ausschließlich vom Mieter zu zahlen ist. Mietinteressenten, die sich wegen eines vom Makler inserierten Wohnungsangebots melden, werden meist dazu angehalten, einen Maklervertrag abzuschließen, bevor ihnen der Makler die Adresse der Wohnung oder die Kontaktdaten des Vermieters bekannt gibt oder sie die Wohnung besichtigen können. Wohnungssuchende haben auch kaum die Möglichkeit, auf provisionsfreie Angebote auszuweichen. Kalkulatorisch müssen die Provisionseinkünfte des Maklers auch den Aufwand für die erfolglosen Kontakte mit anderen Interessenten abdecken, der für den schließlich provisionspflichtigen Mieter wertlos ist.

Das führt zu einer finanziellen Belastung zu Beginn eines Mietverhältnisses, die viele Mieter als unbillig empfinden, weil sie keinen Einfluss auf die Auswahl des Maklers nehmen können.

Der Entwurf schlägt daher entsprechend dem im Regierungsprogramm genannten Bestellerprinzip die Einführung des „Erstauftraggeberprinzips“ für die Vermittlung von Mietverträgen über Wohnräume vor. In Zukunft soll die Provision des Maklers grundsätzlich nur derjenige Vertragsteil zahlen müssen, der die Leistung des Maklers veranlasst hat. Vom Vermieter veranlasste Vermittlungen von Mietwohnungen sollen immer nur von diesem bezahlt werden (Erstauftraggeberprinzip auf Vermieterseite).

Der Makler hat nur dann einen Anspruch auf Zahlung einer Provision von Seiten des Mieters, wenn er aufgrund des Maklervertrags mit dem Wohnungssuchenden tätig wird und daraufhin eine Wohnung vermitteln kann, hinsichtlich derer er nicht schon vorher mit der Vermittlung beauftragt war. Er hat aber dann keinen Anspruch auf eine Provision vom Mieter, wenn zwischen dem Unternehmen des Maklers und dem Vermieter oder Verwalter (oder umgekehrt) eine Beteiligung, organschaftliche Verflechtung oder andere maßgebliche Einflussmöglichkeit besteht. Auch wenn der Vermieter oder dessen Organwalter oder Verwalter vom Abschluss eines Maklervertrages Abstand nimmt, damit der Mieter zum Erstauftraggeber wird, entfällt die Provisionspflicht für den Mieter. Ebensowenig ist der Mieter provisionspflichtig, wenn der Makler eine zu vermietende Wohnung mit Einverständnis des Vermieters inseriert oder zumindest für einen eingeschränkten Interessentenkreis auf andere Weise bewirbt.

Zur besseren Transparenz dieser zeitlichen Abfolge soll der Makler Vertragsabschlüsse schriftlich oder auf einem dauerhaft verfügbaren Datenträger dokumentieren (vgl. Abs. 4 erster Satz). Weiters werden in Abs. 5 zum Schutz des Mieters konkrete Bestimmungen zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften vorgeschlagen.

Das zur Entlastung der Wohnungssuchenden vorgeschlagene Erstauftraggeberprinzip betrifft nur die Provisionszahlung, es verbietet aber nicht den Abschluss eines (weiteren) unentgeltlichen Maklervertrags mit dem Wohnungssuchenden und damit die Doppeltätigkeit des Maklers. Auch falls es zu keinem solchen Vertragsabschluss kommt, ist aber keine wesentliche Verschlechterung des rechtlichen Schutzes des Mieters im Vergleich zur bisherigen Interessenwahrungspflicht des Immobilienmaklers als Doppelmakler zu befürchten:

Der Makler ist nämlich als Verhandlungshelfer des Vermieters zu sehen, soweit er in dessen Auftrag die Gespräche mit dem Wohnungssuchenden führt und Auskünfte erteilt. Bei Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten kann der Mieter daher Schadenersatzansprüche gegen den Vermieter geltend machen.

Aus der Stellung des Maklers als Verhandlungshelfer des Vermieters ergibt sich etwa auch, dass ein vom Makler veranlasster Geschäftsirrtum den Mieter zur Anfechtung des Mietvertrags berechtigen kann. Daher

hat der Makler, um nicht die Interessen seines Auftraggebers zu verletzen, den potentiellen Mieter angemessen und zutreffend zu informieren, da sonst dem Vermieter Vertragsanfechtung, Gewährleistung oder zumindest frustrierter Verhandlungsaufwand drohen. Daneben sind auch die Informationspflichten aus anderen gesetzlichen Bestimmungen (zB § 30a KSchG, Belehrung über das Rücktrittsrecht bei Verbraucher) zu beachten (*Limberg* in GeKo Wohnrecht II § 3 MaklerG Rz 4).

Eine wissentliche Falschinformation kann zudem zu einer unmittelbaren Haftung des Maklers führen (§ 1300 zweiter Satz ABGB). Es ist durchaus vorstellbar, dass der Wohnungssuchende und spätere Mieter den Immobilienmakler (vielleicht auch nur indirekt) um einen sachverständigen Rat (zum Beispiel um eine Einschätzung der Marktlage oder des Zustands des Hauses) oder um eine sonstige Auskunft ersucht, und sich dabei an den Makler als Sachverständigen wendet. Um die Entscheidung des potentiellen Mieters zu beeinflussen, könnte der Makler auch von sich aus seine professionelle Einschätzung ins Spiel bringen wollen. Der Makler ist in dieser Situation nicht entgeltlich tätig, er haftet aber, wenn er wusste, dass sein Rat oder eine Auskunft unrichtig sind.

In Ausnahmefällen könnte den Makler nach der Judikatur aber auch dann eine unmittelbare Haftung treffen, wenn er im Verhältnis zum Dritten ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat oder bei den Vertragsverhandlungen in besonderem Ausmaß persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt. Eine solche Haftung kann auch in jenen Fällen bestehen, in denen das Verhalten des Gehilfen dem Geschäftsherren nicht zugerechnet werden kann (vgl. RIS-Justiz RS0019726, T13).

Wenn es sich bei dem angestrebten Mietvertrag für den zukünftigen Mieter – zum Beispiel wegen eines hohen Investitionsaufwands – um eine wirtschaftlich gewichtige Entscheidung handelt, wird er häufig ohnehin professionellen Rat für die Vertragsverhandlungen und zur besseren wirtschaftlichen Absicherung seiner: ihrer Entscheidung suchen. Im Rahmen seiner Befugnisse (§ 117 Abs. 2 Z 5 GewO) kann dazu auch ein weiterer Makler beigezogen werden.

**Kompetenzgrundlage:** Der vorliegende Entwurf stützt sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens).

## Besonderer Teil

### Zu Z 1 (§ 17a):

Diese Bestimmung trifft Sonderregelungen für die Vermittlung von Wohnungsmietverträgen durch Immobilienmakler entsprechend dem Erstauftraggeberprinzip.

Der Begriff der „Wohnung“ ist im Sinne des § 1 MRG zu verstehen; zur Auslegung kann also auf die dazu bestehende Rechtsprechung und Lehre zurückgegriffen werden. Die Regelung gilt jedoch für alle Wohnungsmietverträge, also unabhängig davon, ob auf das Mietverhältnis die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes zur Gänze, bloß zum Teil (§ 1 Abs. 4 MRG) oder überhaupt nicht anzuwenden sind (§ 1 Abs. 2 MRG, etwa bei der Miete eines Einfamilienhauses oder einer Wohnung in einem Zweifamilienhaus). Für Geschäftsraummietverträge oder für Pachtverträge gilt die Bestimmung hingegen nicht. Gemischt genutzte Objekte sind danach zu beurteilen, zu welchem Zweck sie bei Abschluss des Bestandvertrages nach der Parteienabsicht in Bestand gegeben beziehungsweise genommen wurden (RS0070039; RS0066884; RS0069866; RS0068895; RS0106318; RS0115015). Dienst-, Natural- oder Werkwohnungen, die auf Grund eines Dienstverhältnisses oder im Zusammenhang mit einem solchen vom Dienstgeber angemietet werden, sind vom Anwendungsbereich ausgenommen (siehe Abs. 6).

### Zu Abs. 1 und 2:

In der Regel werden Immobilienmakler zuerst von Seiten des Vermieters mit der Vermittlung von Mietwohnungen beauftragt. In diesen Fällen soll künftig ausschließlich der Vermieter zur Zahlung einer Provision verpflichtet sein können (Abs. 1). Beauftragt dagegen der Wohnungssuchende als erster Auftraggeber den Makler, so kann er provisionspflichtig werden (Abs. 2).

Rechtspolitisches Ziel der Regelung ist, dass in Zukunft nicht mehr der Mieter für die Kosten von Leistungen aufkommen muss, die vom Vermieter beauftragt werden und vice versa. Es soll aber weiterhin möglich sein, dass ein Mieter einen Immobilienmakler mit der Suche nach einer geeigneten Mietwohnung beauftragt. Schließt der zukünftige Mieter einen Maklervertrag, bevor der Makler einen solchen mit dem Vermieter geschlossen hat, so ist er erster Auftraggeber und kann provisionspflichtig werden (sofern nicht Abs. 3 greift). In diesem Fall ist es weiterhin möglich, dass der Makler als Doppelmakler auch für den Vermieter provisionspflichtig tätig wird.

### Zu Abs. 3:

Die Regelung des Abs. 3 dient der Absicherung des Erstauftraggeberprinzips. Hier werden jene Fälle genannt, in denen der Mieter selbst dann nicht provisionspflichtig wird, wenn er den Erstauftrag an den Makler erteilt hat.

Zu Z 1:

Ein Provisionsanspruch des Maklers gegen den Wohnungssuchenden ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn zwischen dem Vermieter (oder dem Hausverwalter) und dem Makler eine so enge wirtschaftliche Beziehung besteht, dass typischerweise eine besondere Gefahr einer Umgehung des Erstauftraggeberprinzips auf Vermieterseite besteht.

Zu Z 2:

Um Umgehungen zu vermeiden, soll der Wohnungssuchende auch dann nicht provisionspflichtig werden, wenn der Vermieter oder dessen Organwalter oder Verwalter vom Abschluss eines Maklervertrages Abstand nimmt, um sich als (eigentlicher) Erstauftraggeber der Provisionspflicht zu entziehen. Damit man von einem „Absehen vom Vertragsabschluss“ des Vermieters sprechen kann, wird ein zumindest ansatzweises Zusammenwirken des Vermieters mit dem betreffenden Makler erforderlich sein bevor der Makler einen Maklervertrag mit dem Wohnungssuchenden schließt. Den allgemeinen Regeln entsprechend trifft im Streitfall die Beweislast denjenigen, der sich auf das Vorliegen der in § 17a Abs 3 Z 2 angeführten Voraussetzungen beruft. Anders als im Fall einer Vertragsanfechtung bleibt der Maklervertrag zwischen Makler und Mieter über den Entfall der Provisionspflicht hinaus aufrecht. Der Makler bleibt damit an seine Vertragspflichten aus dem Maklervertrag gebunden, sodass insbesondere die daraus entspringenden Aufklärungs- und Interessenwahrungspflichten weiterhin bestehen.

Zu Z 3:

Entscheidend für das Erstauftraggeberprinzip auf Vermieterseite ist, ob der Vermieter bereits einen Maklervertrag betreffend eine bestimmte Wohnung abgeschlossen hat. Dies manifestiert sich regelmäßig dadurch, dass der Makler nach außen in Erscheinung tritt, etwa durch Inserate für ein bestimmtes Objekt oder die Durchführung von Besichtigungen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Makler schon aufgrund des § 4 der Verordnung des Bundesministers über wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (IMV) nur mit Einverständnis des Vermieters eine Wohnung bewerben darf. In der Regel wird diesem Einverständnis ein Maklervertrag mit dem Vermieter zugrunde liegen, ein solcher ist aber nicht vorausgesetzt, denn es reicht das bloße Einverständnis. Interessiert sich der Wohnungssuchende für eine inserierte oder zumindest für einen eingeschränkten Personenkreis auf andere Weise beworbene Wohnung und kontaktiert den Makler, um zu dieser inserierten Wohnung nähere Informationen zu erhalten oder einen Besichtigungstermin zu vereinbaren, soll er nicht provisionspflichtig werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es neben dem klassischen Inserat auch sehr unterschiedliche Formen von Werbung geben kann. Eine solche Werbung ist etwa auch dann anzunehmen, wenn der Makler die Wohnung gegenüber einem eingeschränkten Interessentenkreis in einem Newsletter oder E-Mail anbietet.

**Zu Abs. 4:**

Da die Information über den zeitlichen Ablauf der Vertragsabschlüsse oder sonstiger relevanter Geschäftskontakte dem Mieter meist nicht leicht zugänglich ist, soll der Makler bei Geltendmachung seines Provisionsanspruchs gegenüber dem Mieter darzulegen haben, dass er bei Abschluss des Maklervertrags mit dem Mieter nicht bereits einen Maklervertrag mit dem Vermieter geschlossen hat, sowie, dass kein Ausschlussgrund nach Abs. 3 vorliegt. Dies kann etwa dadurch erfolgen, dass der Makler dem Mieter Einsicht in seine schriftlichen Aufzeichnungen gewährt. Zu diesem Zweck soll der Maklervertrag über die Vermittlung von Wohnungsmietverträgen künftig schriftlich oder auf einem dauerhaft verfügbaren Datenträger vom Makler zu dokumentieren sein. Auch das Datum des Vertragsabschlusses soll aus dieser Dokumentation ersichtlich sein. Diese Ordnungsvorschrift dient der fortdauernden Verfügbarkeit der wesentlichen Informationen und soll deren Nachweis erleichtern; ein Verstoß hindert jedoch die Gültigkeit des Maklervertrags nicht.

**Zu Abs. 5:**

Zu Z 1:

Auch sonstige Leistungen an den nicht provisionsberechtigten Makler oder den Vermieter, die dazu dienen den Provisionsausfall beziehungsweise den eigenen Provisionsaufwand teilweise auszugleichen sollen unwirksam sein (Abs. 5 Z 1). Damit soll unter anderem auch verhindert werden, dass eine vom Vermieter geschuldete Provision auf den Mieter überwältigt wird. An den Vermieter gezahlte Kauttionen sind nicht vom Regelungsinhalt umfasst, da diese als Sicherheit gegeben werden und damit keine Leistung an den Vermieter darstellen.

Zu Z 2:

Auch alle sonstigen Leistungen im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Vertragsabschluss sollen unzulässig sein, die vom Mieter an den Vormieter oder an sonstige Dritte – hier ist vor allem an den Hausverwalter zu denken – zu leisten sind und denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.

§ 27 MRG, der nur im Vollenwendungsbereich des MRG greift, bleibt von dieser Regelung unberührt.

**Zu Abs. 6:**

Vom Regelungsbereich nicht umfasst bleiben Verträge über die Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 2 Mietrechtsgesetz (MRG), BGBl. Nr. 520/1981, sofern sie vom Dienstgeber als Dienst-, Natural- oder Werkswohnung angemietet werden, geht es hier doch nicht um das eigene Wohnbedürfnis des Mieters.

**Zu Abs. 7:**

Mit Abs. 5 werden Vereinbarungen zu Lasten des Mieters für unwirksam erklärt; diese vertragsrechtliche Regelung soll durch die Verwaltungsstrafbestimmung des Abs. 7 ergänzt und bekräftigt werden. Nach dem Vorbild des § 27 Abs. 5 MRG und des § 32 KSchG soll eine gegen Abs. 1, 3 oder 5 verstoßende Vereinbarung, Forderung oder Entgegennahme einer Provision bzw. sonstigen Leistung unter Verwaltungsstrafandrohung gestellt werden. Darüber hinaus soll der Immobilienmakler auch zur Einhaltung der Dokumentationspflichten des Abs. 4 verhalten werden.

Da es im Anwendungsbereich des MRG zu Überschneidungen mit dessen § 27 Abs. 5 kommen kann, wird ausdrücklich klargestellt, dass dieser Vorrang gegenüber § 17a Abs. 7 genießt. Wie bei den vergleichbaren Bestimmungen nach § 27 Abs. 5 MRG und § 32 KSchG sind die betreffenden Verwaltungsverfahren gemäß § 26 Abs. 1 VStG von den Bezirksverwaltungsbehörden zu führen.

**Zu Z 2 (§ 18):**

Der neue § 17a wird in den Katalog der zwingenden Bestimmungen aufgenommen. Dadurch wird sichergestellt, dass nicht zum Nachteil des Mieters von dieser Regelung abgegangen werden kann.

**Zu Z 3 (§ 41):**

Hier wird das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen geregelt. Wenn der zukünftige Mieter ab diesem Zeitpunkt einen Maklervertrag abschließt, wird er nur nach Maßgabe des § 17a provisionspflichtig, auch wenn der Maklervertrag mit dem Vermieter bereits vor Inkrafttreten der Regelung geschlossen wurde.