

## **Das Bestellerprinzip auf dem Weg**

**MMag. Anton Holzapfel**

Was im Wahlkampf 2019 als Ablenkungsmanöver der türkisen Spin-Doktoren begonnen hat, wird jetzt in einer Allianz der Regierungsparteien umgesetzt. Die Mieterprovision steht vor dem Aus, ein entsprechender Gesetzesentwurf zur Änderung des Maklergesetzes wurde heute als Regierungsvorlage im Ministerrat beschlossen, nach der parlamentarischen Beschlussfassung im Jänner/Februar 2023 soll das Gesetz am 1.7.2023 in Kraft treten. Von Anton Holzapfel

### **Die Eckpunkte des Entwurfs**

Die inhaltlichen Änderungen der Novelle reduzieren sich auf wenige Paragraphen. Die Doppeltätigkeit soll grundsätzlich erlaubt bleiben, die Provision für den Kauf und Verkauf ist ebenso nicht von den Änderungen betroffen. Eine grundlegende Änderung erfährt jedoch die Situation bei der Vermittlung von Mietwohnungen:

### **Erstauftraggeberprinzip**

Der Entwurf des § 17a Maklergesetz sieht vor, dass der Makler nur mit dem Abgeber eine Provision vereinbaren kann, wenn dieser Vermieter als erster Auftraggeber einen Makler mit der Vermittlung eines Wohnungsmietvertrags beauftragt hat. Eine Provisionsvereinbarung mit dem Wohnungssuchenden ist in diesem Fall jedenfalls ausgeschlossen.

Eine Provisionsvereinbarung mit dem Wohnungsinteressenten soll nur mehr in dem Fall möglich sein, wenn dieser als erster Auftraggeber den Makler mit der Vermittlung eines Wohnungsmietvertrages beauftragt hat. Dies wird jedoch in den meisten Fällen indirekt zu einer Provisionsfreiheit führen, denn diese Regelung erfährt insofern eine weitere Einschränkung als in diesem Fall die zu vermittelnde Wohnung zuvor weder mit Einverständnis des Vermieters inseriert oder auch nur für einen eingeschränkten Interessentenkreis beworben worden sein darf.

In § 17 Abs 3 sind weitere Ausschlussgründe für eine Mieterprovision angeführt, die der Umgehung des Erstauftraggeberprinzips entgegenwirken sollen, so etwa, wenn eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen Makler, Verwalter oder Vermieter vorliegen sollte.

### **Wirtschaftliches Naheverhältnis neu definiert**

Eine Wohnungsmieterprovision darf auch dann nicht vereinbart werden – selbst wenn der Interessent Erstauftraggeber ist – wenn „der Vermieter oder der Verwalter am Unternehmen des Immobilienmaklers oder an einem mit diesem verbundenen Unternehmen (§ 189a Z 8 UGB)

unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist oder selbst, durch Organwalter oder durch andere maßgebliche Personen Einfluss auf dieses Unternehmen ausüben kann.“ Dies gilt genauso vice versa, wenn der Immobilienmakler an einem der genannten Unternehmen beteiligt ist. Gegenüber dem Ministerialentwurf wurde der Gesetzestext um die Formulierung „verbundenes Unternehmen gem. § 189a Z 8 UGB“ erweitert mit dem Ergebnis, dass bei Holdings auch Schwestergesellschaften und nicht – der bisherigen Textierung und Judikaturlinie entsprechend -nur Mutter-Tochter-Beteiligungen betroffen sind.

Anders als die bisherige Rechtslage wird ein wirtschaftliches Naheverhältnis (mit Ausnahme der ständigen Geschäftsbeziehung eines Maklers) eine Provisionsvereinbarung mit dem Wohnungsmieter generell verunmöglichen. Auch die Abgrenzung zwischen Eigengeschäft und wirtschaftlichem Naheverhältnis erfährt insofern eine Neudefinition und hat zur Folge, dass nicht mehr auf die bisher von der Judikatur entwickelten Kriterien zur Abgrenzung vom Eigengeschäft vs wirtschaftlichen Naheverhältnis abzustellen wäre, sondern de facto jegliche Beteiligung als provisionsfeindlich einzustufen sein wird. Die bisherige Judikatur (vgl etwa OGH 3 Ob 212/19a) hat das anders gesehen: von einem Eigengeschäft wurde nur ausgegangen, wenn die MaklerGmbH einen beherrschenden Einfluss auf den Abgeber hatte.

Die ErlBem sind dazu wenig aufschlussreich. Eine Provisionsvereinbarung soll also nicht erst dann unmöglich sein, wenn die Interessen der Auftraggeber beeinträchtigt werden könnten, sondern bereits dann, wenn zwischen dem Makler und dem Vermieter (oder dem Hausverwalter) eine „so enge wirtschaftliche Beziehung“ besteht, dass typischerweise eine besondere Gefahr einer Umgehung des Erstauftraggeberprinzips zu erwarten ist. Die Intensität der Beeinflussung („selbst, durch Organwalter, andere maßgebliche Personen“) ist jedenfalls nicht näher konkretisiert.

### **Abstandsnahme vom Maklervertrag**

Ausgeschlossen soll eine Mieterprovision auch in den Fällen sein, in denen der Vermieter oder eine ihm zurechenbare Person von der Erteilung eines Vermittlungsauftrags aus dem Grund Abstand genommen hat, damit der Mieter als Erstauftragnehmer provisionspflichtig wird. Auch diese Formulierung zeigt, welche großen Vorbehalte der Branche entgegengebracht werden. Der dort geschilderte Tatbestand (wissentliches Abstehen vom Maklerauftrag in Schädigungsabsicht) wäre nämlich nur möglich, wenn der Makler ohne Einverständnis des Vermieters die Immobilie anbietet, was per se eine Standeswidrigkeit nach der Immobilienmaklerverordnung bewirkt.

### **Marketingaktivitäten als Provisionsausschluss**

Für den Ausschluss einer Mieterprovisionsvereinbarung soll es nach dem Entwurf des § 17a Abs 3 Z 3 bereits ausreichen, wenn der Makler eine zu vermietende Wohnung bereits mit Einverständnis des Vermieters inseriert oder zumindest für einen eingeschränkten Interessentenkreis auf andere Weise bewirbt. Auch hier erhellen die Ausführungen in den ErlBem nicht wirklich, wer von dieser Ausnahmebestimmung erfasst werden soll. Was ist mit Vormerkkunden, von denen der Makler schon einen Suchauftrag hat?

## **Dokumentationspflicht**

Der Gesetzesentwurf sieht weiters eine Dokumentationspflicht des Maklers über jeden Maklervertrag über die Vermittlung eines Wohnungsmietvertrages vor. Dies hat unter Beifügung des Datums schriftlich oder auf einen anderen dauerhaften Datenträger zu erfolgen. Wird ein Provisionsanspruch geltend gemacht, muss der Makler dem Mieter darlegen, dass keine Erstbeauftragung durch den Vermieter und auch keine Ausnahme von der Provisionspflicht des Mieters als Erstauftraggeber vorliegt.

Unklar bleibt, wie der Makler das Nichtvorliegen der Voraussetzungen darlegen soll. Es wird wohl ein EDV-Protokoll der Aktivitäten aus einer Maklersoftware am ehesten ein taugliches Mittel sein, um das „Nichtvorliegen“ zu dokumentieren. Eine Informationspflicht darüber sollte in einem ersten Schritt ausreichend sein, gefolgt von einer Verpflichtung, auf Nachfrage des Kunden diese Umstände näher darzulegen.

## **Unwirksame Vereinbarungen**

Unwirksam sollen zudem Vereinbarungen sein, soweit sie

- den Wohnungssuchenden zu einer sonstigen Leistung im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Abschluss eines Wohnungsmietvertrages an den nicht provisionsberechtigten Immobilienmakler oder an den Vermieter verpflichten, oder
- den Wohnungssuchenden zu einer sonstigen Leistung im Zusammenhang mit der der Vermittlung oder dem Abschluss eines Wohnungsmietvertrags ohne gleichwertige Gegenleistung an den früheren Mieter oder an einen sonstigen Dritten verpflichten.

Ansprüche nach § 27 MRG (illegale Ablösen ohne gleichwertige Gegenleistung) sollen davon unberührt bleiben. Die Unklarheit der allgemeinen Gesetzesbegriffe setzt sich auch hier fort. Schon die „sonstige Leistung“ in Z 1 im Zusammenhang mit der Vermittlung schafft Unklarheit: Ist es außerhalb des Vollanwendungsbereichs des MRG also in Hinkunft nicht mehr möglich, Vertragserrichtungskosten zulässigerweise mit dem Mieter zu vereinbaren? Sind Kautionen als sonstige Leistungen zu sehen? Auch für Abs 2 bleiben die ErlBem jedes klärende Beispiel schuldig, was man sich unter sonstiger Leistung ohne gleichwertige Gegenleistung an einen sonstigen Dritten vorstellen mag. Von den Bestimmungen des neuen § 17a MaklerG soll zum Nachteil des Mieters nicht abgegangen werden können.

## **Strafbestimmungen**

Wer als Immobilienmakler oder als für ihn handelnder Vertreter entgegen Abs. 1, Abs. 3 oder Abs. 5 eine Provision oder sonstige Leistung vereinbart, fordert oder entgegennimmt, oder - wer als Vermieter oder für ihn handelnder Vertreter, als früherer Mieter oder sonstiger Dritter entgegen Abs. 5 Leistungen vereinbart, fordert oder entgegennimmt, kann mit einer Verwaltungsstrafe bis zu 3.600 Euro bestraft werden. Wer es als Immobilienmakler entgegen Abs. 4 unterlässt, einen Maklervertrag

schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger festzuhalten, soll mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu 1500 Euro bestraft werden können. (§ 17a Abs 7 MaklerG)

### **Ausblick**

Noch ist schwer abzuschätzen, in welchem Umfang Immobilienmaklerunternehmen und deren Mitarbeiter\*innen den Umstieg auf eine rein abgeberfinanzierte Vermittlung von Mietwohnungen wirtschaftlich stemmen werden. Sicher ist, dass in den ersten Jahren nach Einführung des Gesetzes viele von der Umstellung gravierend betroffen sein werden.

Nicht zuletzt aufgrund der gewählten Kommunikationslinie der Regierung ist es äußerst unwahrscheinlich, dass im parlamentarischen Verfahren (Behandlung im Bautenausschuss, in der Folge dann im Nationalrat und Bundesrat) noch Änderungen kommen werden.