



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
**OBERSTER GERICHTSHOF**  
DIE PRÄSIDENTIN

509 Präs 21/22t

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zum Entwurf eines Bundesgesetzes,  
mit dem das Maklergesetz geändert wird  
(Maklergesetz-Änderungsgesetz – MaklerG-ÄG)**

**1. Zu § 17a Abs 1 und 2**

1.1. Erklärtes rechtspolitisches Ziel der Sonderbestimmung des § 17a ist, dass der Wohnungssuchende als zukünftiger Mieter für die Kosten von Maklerleistungen nur dann aufkommen muss, wenn er selbst und nicht der Vermieter diese Leistungen initiiert und den Makler als erster beauftragt hat. Andernfalls soll eine mit dem Wohnungssuchenden im Maklervertrag getroffene Provisionsvereinbarung unzulässig und daher unwirksam sein. Freilich soll es in diesem Fall weiterhin möglich bleiben, dass der Makler als Doppelmakler auch für den Vermieter provisionspflichtig tätig wird.

1.2. Seine grundsätzliche Regelung erfährt dieses Erstauftraggeberprinzip (nur) zugunsten des Wohnungssuchenden in den ersten beiden Absätzen des § 17a. Dessen Abs 1 normiert dieses Prinzip mit Fokus auf das Auftragsverhältnis des Maklers zum Vermieter, Abs 2 in Bezug auf das Auftragsverhältnis des Maklers zum Wohnungssuchenden. Diese Art der Umsetzung des Regelungsziels ist unnötwendig kompliziert. Die Konsequenz des Verbots, nach Abschluss eines Maklervertrags mit dem Vermieter (auch) mit dem Wohnungssuchenden eine Provisionsvereinbarung zu treffen, nämlich die Unwirksamkeit der Provisionsvereinbarung bezieht sich ja ausschließlich auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Makler und dem Wohnungssuchenden. Die auf das Auftragsverhältnis des Maklers zum Vermieter bezogene Regelung des Abs 1 hat daher keinen eigentlichen Regelungsinhalt und ist entbehrlich.

1.3. Lässt man zur Vereinfachung der Regelung den bisherigen Abs 1 des § 17a entfallen, müsste in dessen Abs 4 der Verweis im Zusammenhang mit der Darlegungspflicht angepasst werden. Statt „kein Fall des Abs 1“ könnte der Verweis „der Fall des Abs 1“ [gemeint Abs 1 neu] lauten.

1.4. Sollte dem geplanten Abs 1 des § 17a doch einen eigener Bedeutungsgehalt (im Verhältnis zu Dritten?) zuzumessen sein oder soll dieser zur Klarstellung erhalten bleiben, sollte darin konsequenterweise nicht nur auf den vom Vermieter selbst erteilten Auftrag abgestellt werden. Zur Vermeidung von Umgehungen sollten dem Auftrag des Vermieters auch Vermittlungsaufträge gleichgestellt werden, die ein vom Vermieter dazu Berechtigter im eigenen Namen erteilt. In diesem Sinn umfasst ja die Ausnahmeregelung des § 17a Abs 3 Z 2 (Absehen vom Abschluss eines Maklervertrags) auch Verwalter, „Organwalter“ und „maßgebliche Personen“.

## **2. Zu § 17a Abs 3 Z 1**

2.1. Die komplexe Bestimmung des § 17a Abs 3 Z 1 soll den Erläuterungen nach Provisionsansprüche des Maklers gegen den Wohnungssuchenden in jedem Fall ausschließen, wenn zwischen dem Vermieter (oder dem Verwalter) und dem Makler eine so enge wirtschaftliche Beziehung besteht, dass typischerweise eine besondere Gefahr einer Umgehung des Erstauftraggeberprinzips besteht. Deren Wortlaut ist aber nicht an den bereits bestehenden Eigengeschäft/Naheverhältnis-Tatbestand des § 6 Abs 4 MaklerG angelehnt.

2.2. § 17a Abs 3 Z 1 enthält keine Generalklausel mit einer beispielhaften Aufzählung bestimmter Konstellationen, sondern konkrete, anscheinend abschließend angeführte Tatbestandsalternativen. Diese sind zwar – erklärtermaßen bewusst – grundsätzlich weit formuliert. So ist etwa keine "Erheblichkeitsschwelle" für Beteiligung oder Einfluss vorgesehen. Andererseits erfasst die vorgeschlagene Formulierung aber nur jene Fälle, in denen Vermieter (Verwalter) und Makler miteinander wirtschaftlich durch „Über- oder Unterordnung“ verbunden sind. Sind Vermieter(-gesellschaft) und Immobilienmakler(-gesellschaft) hingegen gesellschaftsrechtlich "Schwestern" und (nur) über einen gemeinsamen Eigentümer konzernmäßig verbunden, liegt weder eine Beteiligung vor, noch hat der eine Einfluss auf den anderen.

2.3. Die Reichweite dieser Ausschlussstatbestände – insbesondere im Vergleich zur Regelung des § 6 Abs 4 MaklerG – ist letztlich eine vom Gesetzgeber zu treffende rechtspolitische Entscheidung.

## **3. Zu § 17a Abs 3 Z 2, Abs 4, Abs 5 Z 1 und Z 2; § 18**

Das Erstauftraggeberprinzip gilt zugunsten des Wohnungssuchenden als dem zukünftigen Mieter. Anders als in den Abs 1 und 2 sowie im Einleitungssatz des Abs 3 wird der

Wohnungssuchende in § 17a Abs 3 Z 2, Abs 4, Abs 5 Z 1 und Z 2 und in § 18 als „Mieter“ bezeichnet. Es mag zwar mit beiden Bezeichnungen augenscheinlich dieselbe Person gemeint sein, der Wechsel in der Bezeichnung erzeugt aber einen Auslegungsbedarf und eröffnet allenfalls sogar eine Regelungslücke. Das Entstehen des mit dem Wohnungssuchenden vereinbarten Provisionsanspruchs setzt schließlich nicht in jedem Fall den Abschluss eines Mietvertrags voraus (vgl §§ 6 Abs 3, 15 MaklerG). Soll das Erstauftraggeberprinzip auch diese Fälle erfassen, ist daher in den genannten Bestimmungen (allenfalls mit Ausnahme des Abs 5 Z 2) die Beibehaltung der Bezeichnung „Wohnungssuchender“ geboten.

#### **4. Zu § 17a Abs 5 Z 1**

Nach § 17a Abs 5 Z 1 ist eine Vereinbarung unwirksam, soweit sie den Mieter „zu einer sonstigen Leistung“ im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Abschluss eines Wohnungsmietvertrags an den nicht provisionsberechtigten Immobilienmakler oder an den Vermieter verpflichtet. Die (das „sonstige“ erklärende und nach den Abs 1 und 2 unzulässige) Provision findet hingegen - wohl aus Versehen - keine ausdrückliche Erwähnung (vgl die Verwaltungsstrafbestimmung des § 17a Abs 7 Z 1).

#### **5. Zu den Erläuterungen Besonderer Teil / Zu 1 (§17a)**

In den Erläuterungen zum Anwendungsbereich des § 17a MaklerG wird klargestellt, dass der Begriff der „Wohnung“ im Sinn des § 1 MRG zu verstehen ist, zur Auslegung also auf die dazu bestehende Rechtsprechung und Lehre zurückgegriffen werden kann. In Bezug auf die gemischt genutzten Objekte findet sich ergänzend der Hinweis, dass diese „nach dem Überwiegen der Nutzung“ zu beurteilen seien. Soll damit auf die Rechtsprechung zum Mietrecht verwiesen werden, ist diese Formulierung unpräzise und zu stark verkürzt (vgl RIS-Justiz RS0070039; RS0066884; RS0069866; RS0068895; RS0106318; RS0115015). Das Beurteilungskriterium des Überwiegens sollte daher in den Erläuterungen klargestellt werden.

Wien, am 3. Mai 2022

**Dr. Lovrek**

Elektronisch gefertigt.