



Bundesvertretung
Richter und Staatsanwälte

An das
Präsidium des Nationalrates
([https://www.parlament.gv.at/PERK/BET/V
PBEST/#AbgabeStellungnahme](https://www.parlament.gv.at/PERK/BET/V
PBEST/#AbgabeStellungnahme))

Bundesministerium für Justiz
GZ: 2022-0.182.374
team.z@bmj.gv.at

Wien, am 3. Mai 2022

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Maklergesetz geändert wird
(Maklergesetz-Änderungsgesetz – MaklerG-ÄG)**

Zum genannten Gesetzesvorhaben nimmt die Bundesvertretung Richter*innen und Staatsanwält*innen in der Gewerkschaft öffentlicher Dienst (GÖD) Stellung wie folgt:

[1] Allgemeines:

[a] Mit dem Entwurf wird die Umsetzung des im Regierungsprogramm 2020 bis 2024 enthaltenen Vorhabens „Maklerprovision nach dem Bestellerprinzip“ angestrebt.

Die knappe Formulierung des Vorhabens (Regierungsprogramm 2020-2024, 34) lautet:

„Wie gewöhnlich bei Dienstleistungen üblich, [sollen] die Kosten der Maklerin bzw des Maklers bei Vermittlung von Mietwohnungen von demjenigen übernommen werden, der den Auftrag gegeben hat.“

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf in seinen Erläuterungen klarstellt, dass dieses Vorhaben nicht als „Bestellerprinzip“, sondern als „Erstauftraggeberprinzip auf Vermieterseite“ eine präzisere Umschreibung erfahren hat.

[b] Die Umsetzung des Vorhabens erfolgt im Wesentlichen in einem einzigen in das MaklerG eingefügten Paragrafen, nämlich dem vorgeschlagenen § 17a, wobei gemäß § 18 MaklerG von § 17a nicht zum Nachteil des Mieters abgegangen werden könne.

Durch die Einfügung der vorgeschlagenen Regelung in den Zweiten Teil des MaklerG gelten die vorgeschlagenen Regelungen grundsätzlich für die Tätigkeit aller (natürlicher und juristischer) Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte über unbewegliche Sachen vermitteln.

In den Anwendungsbereich der Neuregelung werden sämtliche Mieter:innen fallen, ohne dass unterschieden wird, ob es sich um Unternehmer:innen oder Verbraucher:innen handelt; auf eine wie auch immer umschriebene Schutzbedürftigkeit des Mieters wird nicht abgestellt.

Allerdings ist die vorgeschlagene Regelung auf die Vermittlung eines Wohnungsmietvertrages eingeschränkt; die neue Regelung erstreckt sich nicht auch auf Geschäftsraummietverträge oder Pachtverträge (Erl 2). Weiters sind Dienst-, Natural- oder Werkwohnungen vom Anwendungsbereich der Neuregelung ausgenommen (Erl 2 f). Eine weitere Einschränkung, etwa auf Hauptwohnsitze, enthält der Entwurf nicht.

[2] Ausschluss der Provisionspflicht:

Die Umsetzung des Erstauftraggeberprinzips auf Vermieter:innenseite geschieht dadurch, dass der Provisionsanspruch des Maklers bzw der Maklerin gegen Wohnungssuchende ausgeschlossen wird; eine Provision kann nur dann vereinbart werden, wenn der Wohnungssuchende den Immobilienmakler als erster Auftraggeber mit der Vermittlung eines Wohnungsmietvertrages beauftragt hat (§ 17a Abs 2 des Entwurfes).

[a] Über das weitere zivilrechtliche Schicksal eines gegen das Erstauftraggeberprinzip auf Vermieter:innenseite verstoßenden Vermittlungsvertrages lässt sich weder der

vorgeschlagenen Regelung noch den Materialien explizit etwas entnehmen. Zum einen ist es möglich, dass allein die Provisionsvereinbarung unwirksam ist und der Rest des Vertrages aufrecht bleibt (vgl Erl 3 zweiter Absatz). Dies würde grundsätzlich dazu führen, dass sowohl der Immobilienmakler als auch der Wohnungssuchende mit einem Vertrag konfrontiert wird, der von keiner der Vertragsparteien gewollt wird. Dies entspricht der Lösung, die der Gesetzgeber bereits im § 917a ABGB verankert hat (*Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.06 § 917 a Rz 6*). Sollte diese Lösung angestrebt werden, wird ein entsprechender expliziter Hinweis in den Materialien angeregt.

Zum anderen könnte die Rechtsfolge einer gegen § 17a Abs 1 und 2 verstoßenden Vereinbarung sein, dass der Vertrag unwirksam ist. Auch für diese Rechtsfolge lassen sich in den Materialien keine Hinweise entnehmen.

[b] mögliche verfassungsrechtliche Bedenken:

Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber bei einem Verstoß gegen das Erstauftraggeberprinzip auf Vermieter:innenseite die Rechtsfolge (allein) der Ungültigkeit der Provisionspflicht für den Wohnungssuchenden vorsieht oder von der Unwirksamkeit des gesamten Vermittlungsauftrages ausgeht, wird damit in die Privatautonomie sowohl des Immobilienmaklers als auch des Mieters eingegriffen. Es liegt somit ein Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums nach Art 5 StGG bzw nach Art 1 Abs 1 erstes ZP EMRK vor, der Eingriff ist als Eigentumsbeschränkung zu qualifizieren.

Aus verfassungsrechtlicher Hinsicht wäre daher zu prüfen, ob die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt und weder den Wesensgehalt des Grundrechts berührt noch in anderer Weise gegen einen bindenden Verfassungsgrundsatz verstößt. Der Gesetzgeber hat bei Normierung von im öffentlichen Interesse gelegenen Eigentumsbeschränkungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (VfGH 12.10.2016, VfSlg 20089 zu Beschränkungen der Privatautonomie im Wohnrecht). Der Verfassungsgerichtshof legt in seiner jüngeren Rechtsprechung großen Wert auf die

Dokumentation entsprechender Entscheidungsgrundlagen (zuletzt VfGH 17.03.2022, V 294/2021).

Es wird angeregt, in den Erläuterungen diesbezügliche Erwägungen, worin das öffentliche Interesse in der vorliegenden Beschränkung der Privatautonomie liege und inwieweit eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgt sei, aufzunehmen.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit wäre in diesem Zusammenhang etwa auch zu erwägen, ob der Schutz für Wohnungssuchende nicht nur Verbraucher:innen zukommen soll und ob die Erstreckung des Schutzes auch auf Unternehmer:innen nicht einer gesonderten verfassungsrechtlichen Prüfung bedürfe. Da der Schutz auch Wohnungssuchenden zukommen soll, die den Makler als Zweitauftraggeber etwa mit der Vermittlung eines Zweitwohnsitzes beauftragt haben, wäre zu prüfen, ob nicht allenfalls der Schutz auf die Vermittlung von Wohnungen zur Begründung eines Hauptwohnsitzes zu beschränken wäre. Derartige Differenzierungen finden sich bereits im geltenden Recht, etwa im Katalog von Ausnahmen von der Immo-Est (§ 30 Abs 2 EStG).

[c] mögliche unionsrechtliche Bedenken:

Ein Immobilienmakler, der den Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union hat, kann sich bei der Vermittlung von Verträgen im Inland auf die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs berufen (Urteil des EuGH vom 29.04.1999 in der Rechtssache C-224/97 *Ciola* Rn11). Damit fällt der geschilderte Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Urteil des EuGH vom 26.02.2013 in der Rechtssache C-617/10 *Åkerberg Fransson* Rn 17).

Die Wirkungsfolgenabschätzung (WFA) geht davon aus, dass ein Widerspruch zu Dienstleistungsrichtlinie nicht bestehe. Es wird angeregt, die ordnungspolitischen Zielsetzungen in den Materialien zu dokumentieren (Schlussanträge GA *Mazak* vom 23.02.2010 in der Rechtssache C-64/08 *Engelmann* Rn 4), um eine Begründung der mit dem vorgeschlagenen Entwurf verbundenen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art 56 AEUV anzuführen.

[3] Umgehungsgeschäfte:

Der Entwurf sieht in § 17a Abs 3 Regelungen vor, die einer Umgehung der Provisionsfreiheit vorbeugen sollen. Gleichzeitig bleiben die im geltenden Recht (§ 15 MaklerG) verankerten Möglichkeiten erhalten, zum Zwecke der Verhinderung der Umgehung der Provisionspflicht besondere Entgeltvereinbarung zu treffen. Dogmatisch gesehen handelt es sich beim Anspruch nach § 15 MaklerG um eine echte pauschalierte Schadenersatzforderung im Sinne einer Konventionalstrafe (*Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 15 Rz 5, 39). Das Verhältnis von § 15 Abs 1 MaklerG und § 17a Abs 3 MaklerG erscheint nicht aufgelöst; insbesondere könnte der Wohnungssuchende trotz Erstauftraggeberprinzip auf Vermieterseite u.U. schadenersatzpflichtig nach § 15 Abs 1 MaklerG werden.

[4] Haushaltsbezogene Auswirkungen:

Den Materialien ist nicht zu entnehmen, ob der Entwurf berücksichtigt, dass die Maklergebühren auf Vermieterseite Werbungskosten sind (*Doralt* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁸ § 28 Rz 97).

Die WFA geht von einer Mehrbelastung der Vermieterseite an Maklerprovisionen in Höhe von rund EUR 17,1 Mio aus (WFA 5). Werden die Wohnungssuchenden von der Maklerprovision entlastet, fallen auf Vermieter:innenseite Werbungskosten in dieser Höhe an, die die Einkünfte der Vermieter:innen aus Vermietung und Verpachtung in diesem Ausmaß als anrechenbare Werbungskosten reduzieren. Da somit mit einem Ausfall an Einnahmen aus Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu rechnen ist, wird angeregt, die WFA diesbezüglich allenfalls noch zu ergänzen.

Dr. Martin Ulrich

Vorsitzender