



⁸ RS0115219 [T55] und [T86].

⁹ *Markl*, ImmoZak 2021/2, 3; *Prader*, RdW 2019/14, 3 (6); *Rosifka*, Glosse zu immolex 2018/8.

Fehlendes Verschulden an der Nichtausführung/Vorbringen zum Provisionsentfall wegen aussichtsreicher Anfechtungslage

» ImmoZak 2024/42

§ MaklerG: § 7
ABGB: § 871

OGH 4. 7. 2024, 5 Ob 087/24s

Auch wenn die Käuferin wegen eines übergebenen Elektrobefundes vertragswidrig einen Teil des Kaufpreises (hier 5 %) nicht auf das Treuhandkonto überweist, weil sich aus diesem trotz des von der Maklerin angeführten Zustands als „top saniert“ und „neuwertig“ zahlreiche Mängel ergeben, worauf die Verkäuferin nach Nachfristsetzung den Rücktritt erklärt, die Käuferin auf den Vertrauensbruch hinweist und ihrerseits den Rücktritt erklärt, steht der Maklerin kein Provisionsanspruch gegen die Käuferin zu. Dieser ist der Nachweis gelungen, dass ohne ihr Verschulden der Vertrag aus nicht von ihr zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt wurde. Auf die Berechtigung des Vertragsrücktritts durch die Verkäuferin und/oder ob diese ihrerseits an der Nichtausführung des Vertrags ebenfalls kein Verschulden trifft, kommt es für den Provisionsanspruch gegenüber der Käuferin (als weitere Auftraggeberin) nicht an. Mangels Verschuldens der Auftraggeber besteht daher keine Provisionszahlungspflicht. Daran ändert der Vertragsrücktritt der Käuferin (erst) am Tag des Ablaufs der ihr von der Verkäuferin zur restlichen Kaufpreiszahlung gesetzten Nachfrist (wodurch sie letztlich den Rücktritt der Verkäuferin „akzeptierte“) nichts.

Eine Vertragsanfechtung (hier wegen Irrtums) bedarf einer entsprechenden Erklärung des Vertragsteils, sodass

eine zwar aufgrund der Sachlage grds denkbare, aber vom Berechtigten nicht geltend gemachte „Anfechtungslage“ für sich allein nicht ausreicht, um vom Entfall des Provisionsanspruchs wegen eines nicht (beständig) wirksamen Vertragsabschlusses ausgehen zu können.

Anmerkung:

1. Entstehen des Provisionsanspruchs

Der Provisionsanspruch des Maklers entsteht gem § 7 Abs 1 MaklerG mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts (Erfolgsprinzip).¹ Vor Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäftes ist ein Provisionsanspruch des Maklers ausgeschlossen. Der Makler hat keinen Anspruch auf einen Vorschuss.²

2. Entfall des Provisionsanspruchs bei (beidseitig) fehlendem Verschulden

§ 7 Abs 2 MaklerG verschärft partiell zulasten des Maklers das Erfolgsprinzip um das Risiko der Nichtausführung des vermittelten Geschäfts: Selbst wenn das vermittelte Geschäft rechtswirksam zustande gekommen ist, entfällt der erlangte Provisionsanspruch wieder, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird.

Maßgeblich für den Entfall des Provisionsanspruchs ist, dass der jeweilige Auftraggeber keine Auflösungsgründe zu vertreten hat. Fehlendes Verschulden sowohl auf der Käufer- als auch auf der Verkäuferseite kann bei Doppelmaklertätigkeit auf beiden Seiten zum Entfall der Provision führen.³

Nach dem Wortlaut des § 7 Abs 2 MaklerG ist sohin für den Entfall des Provisionsanspruchs des Maklers nicht Voraussetzung, dass tatsächlich ein Vertragsteil die Nichtausführung des vermittelten Geschäfts verursacht hat.⁴ Ob auch die Verkäuferin als weitere Auftraggeberin der Kl zum Rücktritt vom vermittelten Geschäft berechtigt war und/oder ob die Verkäuferin auch kein Verschulden an der Nichtausführung des vermittelten Geschäfts trifft, ist für die Beurteilung der Frage eines Provisionsanspruchs der Kl (Maklerin) gegenüber der Bekl (Käuferin und weiterer Auftraggeberin) somit ohne Belang.

Allein die aussichtsreiche Anfechtungslage (etwa wegen Irrtums) kann jedoch nicht zum Entfall der Provision gem § 7 Abs 2 MaklerG führen.⁵

3. Anwendung des § 7 Abs 2 MaklerG bei Wurzelmängeln?

3.1. Rechtsprechung

Der OGH streift in der gegenständlichen E auch das Thema der Anwendbarkeit der Nichtausführungsregeln des § 7 Abs 2 MaklerG auf Wurzelmängel. Die Rsp wendet § 7 Abs 2 MaklerG bei Nichtausführung des vermittelten Geschäfts aufgrund von Leis-

tungsstörungen an, lehnt aber – so auch in dieser E⁶ – eine Ausdehnung auf Wurzelmängel ab.⁷

Nach der Rsp entfällt der Provisionsanspruch des Maklers gegenüber seinem Auftraggeber bei Nichtausführung des vermittelten Geschäfts aufgrund einer **Leistungsstörung**, wenn und soweit feststeht, dass das vermittelte Geschäft zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird,⁸ wobei der Provisionsanspruch auch bei **einvernehmlicher Auflösung** des vermittelten Geschäfts entfällt, sofern die Auflösung aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden objektiv wichtigen Gründen erfolgte.⁹ Die bloße Möglichkeit, eine Leistungsstörung geltend zu machen, berührt den Provisionsanspruch des Maklers nicht.

Der Provisionsanspruch des Maklers gegenüber seinem Auftraggeber entfällt aber auch bei

- **einvernehmlicher Auflösung**¹⁰ oder erfolgreicher **gerichtlicher Anfechtung** des Vertrags über das vermittelte Geschäft wegen eines dem Rechtsgeschäft anhaftenden **Wurzelmangels** (zB Irrtum, List, Zwang, ...), und zwar auch dann – wenn gleich mE zu Unrecht (siehe Pkt 3.2.) –, wenn der **Auftraggeber den Wurzelmangel zu vertreten hat**.¹¹ Die bloße „Anfechtungslage“ berührt den Provisionsanspruch des Maklers nicht.¹²
- **Nichtdurchführung des Vertrags über das vermittelte Geschäft** wegen einer (in die Sphäre des Auftragsgebers fallenden) Leistungsstörung (und Auflösung dieses Vertrags), wenn der Auftraggeber die Anfechtungslage hinsichtlich eines Wurzelmangels und den Umstand nachweist, dass er den Vertrag – bei hypothetischem Wegfall der Leistungsstörung (und Aufrechterhalten des Vertrags) – erfolgreich gegenüber seinem Vertragspartner angefochten hätte.¹³

3.2. Lehre und eigene Meinung

Teile der Lehre plädieren hingegen aufgrund folgender Überlegungen mE zu Recht auch bei Wurzelmängeln für eine Anwendung des § 7 Abs 2 MaklerG:¹⁴

Bei absoluter Nichtigkeit des vermittelten Geschäfts (zB Dissens, ...) entsteht nach dem Wortlaut des § 7 Abs 1 MaklerG, der die Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts verlangt, kein Provisionsanspruch. Die Frage der Anwendung des § 7 Abs 2 MaklerG stellt sich nicht: Was nicht entsteht, kann nicht entfallen.

Ist das vermittelte Rechtsgeschäft jedoch bloß anfechtbar (zB Irrtum, List, ...), kommt es zunächst (wenn auch vernichtbar) gül-

¹ Auch § 6 Abs 1 MaklerG normiert als Voraussetzung für den Provisionsanspruch das Zustandekommen des vermittelten Geschäftes.

² § 7 Abs 1 S 2 MaklerG.

³ Vgl Rz 18 der E mit Verweis auf *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht³ Rz 347.

⁴ Vgl Rz 18 der E.

⁵ Vgl Rz 15 der E.

⁶ Vgl Rz 12 der E.

⁷ 6 Ob 194/22f = immolex 2023/121 (*Horn*).

⁸ § 7 Abs 2 MaklerG.

⁹ RS0062829 (T8); 2 Ob 202/11m = immolex 2012/111 (*Prader*) = wobl 2013/41 (*Kothbauer*).

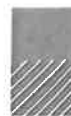
¹⁰ RS0029675 (T4); siehe auch FN 9.

¹¹ 1 Ob 209/02w; 2 Ob 202/11m = immolex 2012/111 (*Prader*).

¹² RS0029675; zuletzt etwa 6 Ob 194/22f = immolex 2023/121 (*Horn*).

¹³ RS0134245; 6 Ob 194/22f = immolex 2023/121 (*Horn*).

¹⁴ Vgl dazu *Formherz*, MaklerG § 7 Rz 85 ff; *Kothbauer* in *GeKo Wohnrecht II* § 7 MaklerG Rz 8 und 12; *Eberhardt*, *ecolex* 2011, 284 (286).



tig zustande.¹⁵ Nach § 7 Abs 1 MaklerG, der ohne Differenzierung auf die Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts abstellt, entsteht – trotz Anfechtbarkeit des vermittelten Geschäfts – ein Provisionsanspruch des Maklers. Damit ist aber mE nach dem Wortlaut des § 7 Abs 2 MaklerG, der undifferenziert auf den „Vertrag“ abstellt, auch für aufgrund eines Wurzel mangels anfechtbare Geschäfte der Anwendungsbereich des § 7 Abs 2 MaklerG eröffnet.

Zudem ist mE der Zweck des § 7 Abs 2 MaklerG allein darin zu sehen, den schuldlosen Auftraggeber davor zu schützen, dass er neben dem Wegfall des Hauptgeschäfts auch noch mit einer Provisionszahlungspflicht konfrontiert wird. Vernünftigerweise kann mE die Gesetzesinterpretation jedoch nicht dazu führen, dass der Makler bei einem vom Auftraggeber zu vertretenden anfechtbaren Wurzel mangel am Ende um seine Provision gebracht wird. Das teils in der Rsp¹⁶ verwendete Argument, dass die Verdienstlichkeit eines derart fehlerhaft abgeschlossenen und in der Folge, sei es rückwirkend, sei es mit dem Zeitpunkt der Auf lösungserklärung, wieder aufgelösten Rechtsgeschäfts auf jeden Fall zu verneinen sei, bleibt ohne weitere Begründung. Tatsächlich kann es mE für die Verdienstlichkeit des Maklers keinen Unterschied machen, ob der Vertrag wegen eines vom Auftraggeber zu vertretenden Wurzel mangels erfolgreich angefochten wird oder ob der Vertrag aufgrund einer Leistungsstörung nicht zur Ausführung gelangt. Auch kann und darf es mE wertungsmäßig und entsprechend dem dargelegten Zweck der Norm nicht zum Nachteil des Maklers sein, wenn sich sein Auftraggeber beim Abschluss des Geschäfts – ohne dass der Makler darauf Einfluss nehmen kann – „unrichtig“ verhält und sohin dem (zunächst) rechtswirksam abgeschlossenen Geschäft ein Wurzel mangel immanent ist.¹⁷

Die unterschiedliche Behandlung von Wurzel mangeln und Leistungsstörungen in der Rsp iZm dem Entfall des Provisionsanspruchs ist nicht angezeigt, führt zu einem Wertungswiderspruch und widerspricht dem Gesetzeswortlaut¹⁸ sowie dem Zweck der Bestimmung des § 7 Abs 1 iVm Abs 2 MaklerG.

Karl Weihartner