

## Provisionsentfall – bloße »Anfechtungslage« reicht nicht aus

*Der OGH hat in einer jüngst ergangenen Entscheidung (5 Ob 87/24s) klargestellt, dass eine zum Provisionsentfall führende Vertragsanfechtung einer Erklärung bedarf und eine nicht geltend gemachte »Anfechtungslage« für sich allein nicht ausreicht, um einen Provisionsentfall zu bewirken.* **VON DANIEL LASSINGLEITHNER**



Daniel Lassingleitner  
von Rechtsanwälte Egger  
Lassingleitner in Salzburg

Gemäß § 7 Abs 1 MaklerG entsteht der Anspruch auf Provision mit der **Rechtswirksamkeit** des vermittelten Geschäftes. Nach der Rsp ist dabei grundsätzlich eine Punktion iSd § 885 ABGB ausreichend.<sup>1</sup> Im Regelfall entsteht daher der Provisionsanspruch mit Vorliegen eines rechtswirksamen Kaufanbotes.

Der Anspruch auf Provision entfällt aber gemäß § 7 Abs 2 MaklerG, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird. Bei Leistungsverzug des Dritten hat der Auftraggeber nachzuweisen, dass er alle zumutbaren Schritte unternommen hat, um den Dritten zur Leistung zu veranlassen.

Die Anwendbarkeit der Nichtausführungsregel des Abs 2 steht somit unter der Voraussetzung, dass überhaupt ein rechtswirksames Rechtsgeschäft iSd Abs 1 vorliegt. Erst wenn ein solches (beständig) vorliegt, ist der Anwendungsbereich des Abs 2 eröffnet.

Dabei ist nach zutreffender Judikatur bei Vertragsaufhebungen zwischen **Wurzelmängel** (List, Irrtum etc.) und **Leistungsstörungen** (Verzug, Gewährleistung etc.) zu differenzieren. Bei einer berechtigten Vertragsanfechtung wegen eines Wurzelmangels entfällt der Vertrag grundsätzlich mit ex-tunc Wirkung, sodass im Ergebnis das Rechtsgeschäft und somit auch der Provisionsanspruch niemals rechtswirksam iSd § 7 Abs 1 MaklerG entstanden sind.<sup>3</sup> Eine Prüfung des Abs 2 erübrigt sich daher.

Hingegen ist bei einer Vertragsauflösung wegen einer Leistungsstörung der Provisionsanspruch bereits entstanden, sodass der Entfall des Anspruchs nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs 2 MaklerG in Betracht kommt. Bereits in der Vorausgabe

Februar 2024 wurde diese Bestimmung iVm der Entscheidung 4 Ob 212/23i von Dr. Andreas Berger, MSc, umfassend behandelt.

Bei einer Leistungsstörung kann der Provisionsanspruch nach der Rechtsprechung auch bei einer **einvernehmlichen Vertragsauflösung** entfallen, solange der Auftraggeber diese nicht zu vertreten hat bzw. ein objektiv wichtiger Grund vorliegt.<sup>4</sup> Eine gerichtliche Geltendmachung der Leistungsstörung ist somit nicht erforderlich. Die **bloße Möglichkeit** der Vertragsauflösung ist hingegen nicht ausreichend, um dem Makler seinen Provisionsanspruch zu versagen.

Auch bei einem Wurzelmangel ist grundsätzlich die **bloße Anfechtungslage** nicht ausreichend. Bereits im Rahmen der Entscheidung 6 Ob 194/22f hat der OGH zutreffend ausgeführt, dass das Vorliegen eines (zur Anfechtung berechtigenden) Wurzelmangels den Vertrag nicht beseitigt. Dem Makler stünde dementsprechend die Provision ungeachtet des (an sich) gegebenen Wurzelmangels zu, wenn der Vertrag trotz dieses Mangels nicht beseitigt wird.

Zu beachten ist, dass eine Anfechtung wegen eines Wurzelmangels nach den allgemeinen Regeln des ABGB auch zu einer **Vertragsanpassung** führen kann. Eine solche führt gerade nicht zum (nachträglichen) Wegfall des Vertrages. In diesem Fall bleibt der Provisionsanspruch daher dem Grunde nach bestehen; allerdings reduziert sich die Bemessungsgrundlage des Provisionsanspruches, wenn Konsequenz der Vertragsanpassung ein reduzierter Kaufpreis ist.<sup>5</sup>

### Der Anlassfall

Die kl. Immobilienmaklerin vermittelte auf Basis eines Alleinvermittlungsauftrags eine Eigentumswohnung, wobei es auch zum Abschluss eines Kaufvertrages kam. Dieser →

wurde jedoch sodann nicht abgewickelt, da beide Vertragsteile den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt haben. Die Klage auf Bezahlung der Erfolgsprovision wurde gegen die Käuferseite eingebracht. Die Beklagte wendete ein, sie sei wegen einem mangelhaften Zustand der Wohnung, insbesondere wegen der mangelhaften elektrotechnischen Anlagen, vom Vertrag berechtigt zurückgetreten. Eine (ausdrückliche) Vertragsanfechtung wegen Irrtums (und somit wegen eines Wurzel mangels) erfolgte nicht bzw. wurde dazu kein Prozessvorbringen erstattet; die Käuferin stützte sich aber auf die Nichtausführungsregel des § 7 Abs 2 MaklerG.

## Entscheidung des OGH

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der OGH iSd Judikats 6 Ob 194/22f seine Judikaturlinie bestätigt, dass bei einem Wurzel mangel eine bloße Anfechtungslage für sich allein nicht ausreicht, um vom Entfall des Provisionsanspruchs wegen eines nicht (beständig) wirksamen Vertragsabschlusses ausgehen zu können. Eine zwar aufgrund der Sachlage grundsätzlich denkbare, aber vom Berechtigten **nicht** geltend gemachte »Anfechtungslage«, ändert nichts an der Provisionszahlungspflicht. Mangelt es daher im Verfahren I. Instanz an einem entsprechenden Vorbringen – etwa wie gegenständlich hinsichtlich der Anfechtung des Kaufvertrages wegen eines durch unrichtige Informationen der Maklerin veranlassten Irrtums – vermag damit kein Provisionsentfall begründet zu werden.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da erst mit erklärter (berechtigter) Anfechtung die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäftes entfällt und somit auch erst in diesem Zeitpunkt ein rechtswirksames Rechtsgeschäft iSd § 7 Abs 1 MaklerG nicht mehr gegeben ist.

Ungeachtet dieses Umstands hat der 5. Senat den Provisionsanspruch aufgrund der Nichtausführungsregel

des § 7 Abs 2 MaklerG verneint, da die Beklagte aufgrund der – entgegen der ausdrücklichen vertraglichen Zusage – mangelhaften Elektroinstallationen aus einem nicht von ihr zu vertretendem Grund vom Kaufvertrag berechtigt zurückgetreten ist. Dies ist bei Vorliegen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft betreffend den Zustand der Elektroinstallationen, welcher sodann vom vertraglich geschuldeten Zustand zu Lasten der Käuferin abweicht, auch nicht zu beanstanden.

## Anmerkung für die Praxis

Die erfolgreiche Durchsetzung des Provisionsanspruchs im Falle der Nichtausführung des Rechtsgeschäftes gestaltet sich in der Praxis für den Makler als durchaus »hürdenbehaftetes« Unterfangen. Vielfach liegen diesem die für die Beurteilung der wesentlichen Frage, welcher der beteiligten Auftraggeber die Nichtausführung des Rechtsgeschäftes zu vertreten hat, notwendigen Information vor Prozessbeginn nicht oder nicht vollständig vor bzw. werden vom jeweiligen rechtsfreundlichen Vertreter aus prozesstaktischen Gründen bewusst nicht offen gelegt. Im Ergebnis ist der Makler daher häufig gezwungen, auf Basis bloßer Vermutungen entweder die Verkäufer- oder Käuferseite gleichsam »ins Blaue hinein« zu klagen.

Dabei ist auch zu beachten, dass der Makler weder gegen den Verkäufer noch gegen den Käufer einen Provisionsanspruch für sich reklamieren kann, wenn keiner der beiden die Nichtausführung des Rechtsgeschäftes zu vertreten hat. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Makler selber die berechtigte Anfechtung, etwa aufgrund von Aufklärungspflichtverletzungen, zu vertreten hat. Zusätzlich werden gerade bei unterbliebener Ausführung des Rechtsgeschäftes häufig auch Aufklärungspflichtverletzungen eingewendet, welche gemäß § 3 Abs 4 MaklerG einerseits zu Schadenersatzansprü-

chen und andererseits zu einer Provisionsminderung führen können.

Eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage – soweit auf Basis des jeweiligen Informationsstandes auf Sachverhaltsebene überhaupt möglich – vor gerichtlicher Geltendmachung des (vermeintlichen) Anspruchs ist daher gerade bei der Nichtausführung des Rechtsgeschäftes dringend angezeigt. ♦

## Zusammenfassung der Ergebnisse:

- ♦ Der Provisionsanspruch des Maklers ist bei (einvernehmlichen) Vertragsaufhebungen zunächst davon abhängig, ob der Vertrag aufgrund eines Wurzel mangels oder einer Leistungsstörung aufgehoben wurde.
- ♦ Bei (berechtigter) Anfechtung wegen eines Wurzel mangels gilt das Rechtsgeschäft als niemals rechtswirksam entstanden, sodass kein Provisionsanspruch besteht.
- ♦ Bei (berechtigter) Anfechtung wegen einer Leistungsstörung ist der Provisionsanspruch unter Berücksichtigung der Nichtausführungsregel des § 7 Abs 2 MaklerG zu prüfen.
- ♦ Eine bloße Anfechtungslage für sich allein führt weder bei einem Wurzel mangel noch bei einer Leistungsstörung zum Entfall des Provisionsanspruches.
- ♦ Eine Vertragsanfechtung bedarf einer entsprechenden Erklärung des Berechtigten und im Prozess eines entsprechenden Vorbringens.

<sup>1</sup> 6 Ob 195/13i immolex 2014/48 (Stadlmann).

<sup>2</sup> 2Ob 202/11m immolex 2012/111 (Prader).

<sup>3</sup> Diesfalls könnte der Makler allenfalls einen Entschädigungsanspruch nach Maßgabe des § 15 MaklerG geltend machen.

<sup>4</sup> 2 Ob 202/11m immolex 2012/111 (Prader).

<sup>5</sup> 2 Ob 176/10m.