

# immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Schwerpunkt

## Gründerzeitviertel

- > Gründerzeitviertel ohne Gründerzeithäuser
- > Gründerzeitviertel und Beweislast
- > Lagezuschlag und Standortkriterien

Mietrecht

„Grüne“ Mietverträge

Gebührenrecht

Gebührenbefreiung –  
Zeitpunkt der Antragstellung

Immobilienbesteuerung

Konjunkturpaket –  
ertragsteuerliche Anreize



## Wann entfällt die Maklerprovision?

immolex 2024/77

### § 7 Abs 2 MaklerG

OGH 19. 12. 2023, 4 Ob 212/23i

Abgehen vom Grundgeschäft; Bindungswille; Änderung der Verhältnisse

**Der Geschäftsherr muss das vermittelte Geschäft nicht abschließen; hat er dies aber getan und unterbleibt die Ausführung, so muss er, um sich von der Provisionspflicht zu befreien, beweisen, dass die Ausführung ohne sein Verschulden infolge einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse unmöglich oder unzumutbar geworden ist.**

#### Sachverhalt:

Nachdem das ErstG die auf Zahlung von Maklerprovision gerichtete Klage abgewiesen hatte, gab ihr das BerG statt, weil nach Zustandekommen eines mündlichen Vertrags über einen Liegenschaftsverkauf zwischen dem Bekl sowie seiner Miteigentümerin als Verkäufern und dritten Käufern der Provisionsanspruch der Kl nach § 7 Abs 1 MaklerG entstanden und nicht nach § 7 Abs 2 MaklerG entfallen sei. Es ließ die oRev zur Frage zu, ob das grundlose Abgehen von einem nach den essentialia negotii geschlossenen Kaufvertrag durch einen von zwei Miteigentümern der Sphäre des Maklers oder des anderen Miteigentümers zuzurechnen sei.

#### Aus der Begründung:

Die Rev ist nicht zulässig, zumal sie keine erheblichen Rechtsfragen aufzeigt.

Zum Zustandekommen eines Kaufvertrags genügt grundsätzlich die Einigung über Kaufpreis und Kaufgegenstand. Dass Nebensätze nicht besprochen wurden, steht der Annahme des Zustandekommens eines Kaufvertrags nicht entgegen. Die fehlenden Punkte sind vielmehr aus dem Willen der Parteien zu erschließen oder aus dem Gesetz zu ergänzen. War allerdings eine Vereinbarung über offengebliebene – auch unwesentliche – Punkte vorbehalten, kommt der Vertrag erst zustande, wenn sich die Parteien auch darüber geeinigt haben (RS0013973).

Auch beim Liegenschaftsverkauf ist der Kaufvertrag grundsätzlich schon dann perfekt, also für beide Vertragsteile voll verbindlich, wenn sie sich – gegebenenfalls auch bloß mündlich – über den Kaufgegenstand und Kaufpreis geeinigt haben; dem steht auch das Fehlen einer Vereinbarung darüber, wer die Nebengebühren (Kosten der Vertragserrichtung, Intabulation, Grunderwerbssteuer usw.) zu bezahlen hat, nicht entgegen (RS0019951). Wie eine Erklärung im Einzelfall aufzufassen ist, ob eine Offerte inhaltlich ausreichend bestimmt ist und insb, ob in ihr ein endgültiger Bindungswille zum Ausdruck kommt, ist jeweils nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen und bildet im Allgemeinen keine erhebliche Rechtsfrage; die einzelfallbezogene Beurteilung rechtsgeschäftlicher Erklärungen rechtfertigt eine Anrufung des OGH nur dann, wenn aus Gründen der Rechtssicherheit die Korrektur einer unhaltbaren, durch die Missachtung fundamentaler Auslegungsregeln zustande gekommenen Entscheidung geboten ist (vgl. RS0042555; RS0042776

[insb T 3, T 6, T 11, T 22]; RS0044358 [insb T 7, T 12, T 31, T 32] uva).

Der gegen den Provisionspflichtigen gerichtete Anspruch ist vom Grundgeschäft insoweit abhängig, als er nach § 7 Abs 2 MaklerG nicht gebührt, wenn das vermittelte Geschäft aus wichtigen, nicht vom Auftraggeber (hier also vom Beklagten) zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wurde (RS0063030). Der Geschäftsherr muss das vermittelte Geschäft nicht abschließen; hat er dies aber getan und unterbleibt die Ausführung, so muss er, um sich von der Provisionspflicht zu befreien, beweisen, dass die Ausführung ohne sein Verschulden infolge einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse unmöglich oder unzumutbar geworden ist (RS0062994; RS0062829).

Die Frage, ob ein wichtiger und nicht vom Auftraggeber zu vertretender Grund dafür vorlag, das Rechtsgeschäft nicht auszuführen, bzw ob er gegen Treu und Glauben verstieß, kann ebenfalls nur auf den Einzelfall bezogen beantwortet werden, sodass – von Fällen grober Fehlbeurteilung abgesehen – keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO vorliegt (vgl. RS0118180).

Das BerG hat den festgestellten Verlauf der Verkaufsgespräche dahin beurteilt, dass aufgrund der Bejahung der Nachfrage der klagenden Maklerin in Anwesenheit der Vertragsparteien, ob sich die Verkäufer (der Beklagte – der die klagende Maklerin alleine beauftragt hatte – und seine Miteigentümerin) und die Käufer, die alle anwesend waren, einig seien, eine Einigung über Kaufgegenstand und Kaufpreis („Liegenschaft gegen 1,25 Mio EUR“) vorliege. Dies hält sich ebenso im Rahmen der Rsp und des den Gerichten im Einzelfall zukommenden Beurteilungsspielraumes wie die Ansicht des BerG, die zuvor erfolgte Bekanntgabe der Interessenten, ohne juristische Beratung kein schriftliches Anbot unterfertigen zu wollen, weil dies im Hinblick auf die (möglichst immobiliensteuersparende) Formulierung des Kaufpreises zu schwierig wäre, ändere nichts daran, dass eine Punktation iSd § 885 ABGB vorliege, die einen Anspruch auf Vertragserfüllung gewähre.

Die Rev hält dem bloß die gegenteilige Auslegung der Parteien-erklärungen entgegen, ohne dass aus dem Sachverhalt zwingend ableitbar wäre, dass die Parteien den Vertrag unter Vorbehalt abgeschlossen hätten. Die Überlegung, dass der Verkauf von Inventar an die Immobilienertragsteuer und damit an den Verkauf der Liegenschaft „geknüpft“ wäre, legt im Lichte der Feststellungen nicht den von der Rev gewünschten (Umkehr-)Schluss nahe, dass Letzterer unter dem Vorbehalt der Einigung über den Mitverkauf konkreter Fahrnisse gestanden wäre; die Rev beachtet insb nicht die festgestellte zeitliche Reihenfolge der Äußerungen der Vertragsparteien. Die in der Rev angezogene E 4 Ob 84/07y ist schon deshalb nicht einschlägig, weil hier zufolge des Zustandekommens des Geschäfts kein Fall des § 15 Abs 1 MaklerG vorliegt; zudem haben hier der Bekl und seine Miteigentümerin als Verkäufer gleichermaßen und mit gemeinsamem Schreiben von der Ausführung des bereits zustande gekommenen Geschäfts Abstand genommen. Welchen Einfluss ein – hier zudem feststellungsfremdes – „besonderes (feindseliges) Verhältnis“ des Bekl zu seiner Miteigentümerin auf die Beurteilung des Sachverhalts haben sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Diese Konstellation ist mit dem Sachverhalt zu 4 Ob 184/07y nicht zu vergleichen, da dort die den Makler beauftragenden Miteigentümer nicht davon ausgehen durften, dass ein weiterer Miteigentümer dem Geschäft zustimmen werde. Hier waren die Miteigentümer aber bei den Vertragsverhandlungen mit den Käufern durchgängig anwesend. Wie die RevBeantwortung damit zutreffend aufzeigt, sind der Abschluss des Geschäfts und dessen Ausführung auch etwa deshalb unterblieben, weil die Miteigentümerin nicht Vertragspartnerin des Maklervertrags geworden wäre, sie sich an den Verkaufsverhandlungen nicht beteiligt oder sich zum Kaufvertrag nicht erklärt hätte.

**Anmerkung:**

Der dem vorliegenden Judikat zugrunde liegende Sachverhalt ist ein Spiegelbild der Sorglosigkeit, mit welcher die (potenziellen) Vertragsparteien bei Liegenschaftsverkäufen vielfach agieren. Die Parteien einigen sich ohne Vorbehalt über die essentialia negotii, insb ohne Regelung durchaus wichtiger Themen (etwa Gewährleistung), und wundern sich später über die daraus resultierenden, manchmal für die eine oder andere Vertragspartei wirtschaftlich sehr schmerzhaften Rechtsfolgen.

So ist bei Einschaltung einer Maklerin zu beachten, dass deren Provisionsanspruch bereits mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Kaufvertrags entsteht (§ 7 Abs 1 MaklerG) und entgegen der Vorstellung vieler (Maklerleistungen in Anspruch nehmender) Vertragsparteien nicht mit notariell beglaubigter Unterfertigung der Kaufvertragsurkunde oder gar erst bei Auszahlung des Kaufpreises.

Im gegenständlichen Fall hatten sich die Parteien mündlich im Beisein der Maklerin auf die essentialia negotii (Kaufgegenstand und Kaufpreis) geeinigt. Der OGH hat daher die Entscheidung des BerG, das in Abweichung vom ErstG der Klage der Maklerin vollinhaltlich stattgegeben hat, zu Recht bestätigt und die Rev des bekl Verkäufers zurückgewiesen.

§ 7 Abs 2 MaklerG sieht zwar vor, dass der Provisionsanspruch (nachträglich) entfällt, wenn und soweit feststeht, dass der (bereits zustande gekommene) Vertrag aus Gründen, die der Auftraggeber

der Maklerin nicht zu vertreten hat, nicht ausgeführt, dh nicht erfüllt wird. Abgesehen davon, dass es sich dabei - auch wenn dies nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ableitbar ist - nach der Judikatur (RS0062829) um wichtige, also objektiv die Ausführung des von der Maklerin vermittelten Kaufvertrags unzumutbar machende Gründe handeln muss (siehe dazu *Fromherz*, Kommentar zum MaklerG § 7 Rz 116), trifft die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen den Auftraggeber der Maklerin. Daran hat auch der OGH im vorliegenden Judikat erinnert.

Der Auftraggeber der Maklerin muss außerdem bei Leistungsverzug seines Vertragspartners nachweisen, dass er alle zumutbaren Schritte unternommen hat, um diesen zur Leistung zu veranlassen (§ 7 Abs 2 Satz 2 MaklerG). Im gegenständlichen Fall scheiterte der provisionspflichtige Verkäufer mit seiner Rev schon daran, dass er (gemeinsam mit seiner Miteigentümerin) vom vermittelten Kaufvertrag Abstand genommen hatte, ohne dass die wahren Beweggründe für dieses Verhalten festgestellt werden konnten.

Auch der Versuch, vor dem OGH die Verbindlichkeit des Kaufvertragsabschlusses und damit das Entstehen des Provisionsanspruchs dem Grunde nach mit dem Hinweis infrage zu stellen, dass der Liegenschaftsverkauf unter dem Vorbehalt der Einigung über den Mitverkauf konkreter Fahrnisse gestanden wäre, scheiterte an den - für das Höchstgericht bindenden - gegenteiligen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanzen.

**Praxistipp:**

Bei einem Liegenschaftsverkauf sind beide Parteien gut beraten, sich vor Unterfertigung oder Annahme eines (oft von Maklerseite vorformulierten) schriftlichen Kaufanbotes gut zu überlegen, ob nicht allenfalls doch ein inhaltlicher Vorbehalt wegen des einen oder anderen noch offenen Themas angezeigt ist.

*Dr. Martin Stadlmann ist RA in Wien und Partner der Wirtschaftskanzlei MS Legal Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.*

*Dr. Maximilian A. Max ist RAA bei Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.*