

immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Schwerpunkt

Maklerprovision

- > Entstehen und Verlust des Maklerprovisionsanspruchs
- > Besondere Provisionsvereinbarungen nach § 15 Abs 1 und 2 MaklerG
- > Eigengeschäft und Entfall der Verdienstlichkeit

Mietrecht

Wertsicherungsklauseln in
Individualverfahren

Immobilienbesteuerung

Verschlechterungen für
die Besteuerung von
Immobilientransaktionen

Forum Immobilientreuhänder

Keine Überprüfung einer
Wertsicherungsvereinbarung
im AußStrV



MAKLERPROVISION

Entstehen und Verlust des Maklerprovisionsanspruchs

BEITRAG. In der Praxis kann sich mitunter die in der Rsp und Lit kontrovers diskutierte Frage stellen, wie sich der Wegfall des Hauptvertrags auf den Provisionsanspruch auswirkt. Dieser Frage geht der folgende Beitrag nach. **immolex 2025/81**



Dr. **Martin Stadlmann** ist Rechtsanwalt bei MSLEGAL Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.

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

A. Einleitung

Ein Maklervvertrag ist auf Abschluss eines Hauptrechtsgeschäfts (Hauptvertrag) – zB Immobilienkaufvertrag oder Raummietvertrag – gerichtet, wobei charakteristisches Element die Vermittlung des Vertragspartners durch den Makler für seinen Auftraggeber ist. Für den Abschluss des Hauptvertrags mit der vermittelten Person gebührt dem Makler eine Provision („Maklerlohn“). Dieser Provisionsanspruch ist daher nicht nur vom Vorliegen des Maklervtrags abhängig, sondern ganz essentiell auch vom Abschluss des Hauptvertrags.

B. Entstehung des Provisionsanspruchs

Die Entstehung des **Provisionsanspruchs** ist in §§ 6 f MaklerG¹⁾ geregelt und hängt von mehreren gem § 18 MaklerG zulasten des Maklers einseitig zwingenden **Tatbestandsmerkmalen** ab,²⁾ die im Einzelnen – wie die Praxis zeigt – durchaus komplex sein können. Der Provisionsanspruch setzt als Ankerpunkte jedenfalls das wirksame Zustandekommen des **Maklervtrags** zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber einerseits und andererseits den (wirksamen) Abschluss des **Hauptvertrags** – im Immobilienbereich ist dies typischerweise der Immobilienkauf- oder Raummietvertrag – voraus. Darüber hinaus muss der Makler für den Abschluss des Hauptvertrags verdienstlich geworden sein, wobei im Immobilienbereich **Verdienstlichkeit** jedenfalls bei gewerblichen Immobilienmaklern nach der Rsp bereits dann gegeben ist, wenn der Makler seinem Auftraggeber den potenziellen Vertragspartner namhaft macht.³⁾ Letztlich muss zwischen der verdienstlichen Tätigkeit des Maklers und dem abgeschlossenen Hauptvertrag ein **adäquater Kausalzusammenhang** bestehen.

C. Vermittlungserfolg

Das für den vorliegenden Beitrag interessierende Tatbestandsmerkmal ist der Abschluss des Hauptvertrags. Weil die Provision (auch) von dem Abschluss des Hauptvertrags abhängig ist,⁴⁾ handelt es sich hinsichtlich der Provision um einen **erfolgsabhängigen Entgeltanspruch** des Maklers.⁵⁾ Die Provision setzt den Vermittlungserfolg voraus.⁶⁾

Die Maklerprovision hängt vom Vermittlungserfolg ab.

Dieses Tatbestandsmerkmal wird – neben § 6 Abs 1 MaklerG – aus § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG ab-

angesprochen ist damit jedenfalls das **Zustandekommen** des Hauptvertrags.

Gem § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG entsteht der Anspruch auf Provision „mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts“.

In der zuletzt genannten Norm ist ferner die **Rechtswirksamkeit** ein weiteres Tatbestandsmerkmal. In den Mat werden diese beiden Tatbestandsmerkmale hingegen – jedenfalls dogmatisch verkürzt – gleichgesetzt.⁷⁾ Während nach der Rechtsgelehrtslehre das **Zustandekommen** des Vertrags den Vertragsschluss als solchen (Übereinstimmung von Angebot und Annahme) meint, betrifft die **Wirksamkeit** die Frage, ob die sich inhaltlich grds deckenden Vertragsabschlusserklärungen (zunächst) vertragsrechtliche Wirkung entfalten und darüber hinaus auch rechtlichen Bestand aufweisen. Zu verorten sind hier insb die Fälle der Anfechtung (Irrtum, Drohung, List, Verkürzung über die Hälfte) sowie sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen, wie etwa die Geschäftsfähigkeit, die ausreichende Vollmacht im Falle der Stellvertretung und die Einhaltung etwaiger Formerfordernisse. Ebenso gehören sowohl aufschiebende Vertrags- als auch Rechtsbedingungen (zB grundverkehrsrechtliche Genehmigung) in diese Kategorie. Die hinsichtlich des Hauptvertrags allenfalls bestehende bloße Anfechtungslage begründet nach der Rsp idR kein Provisionshindernis.⁸⁾

1. Zustandekommen des Hauptvertrags und Wirksamkeit

Das Entstehen des Provisionsanspruchs setzt also zunächst das Zustandekommen des Hauptvertrags voraus, wobei sich dieser Vorgang in dem Vertragsschluss als solchem erschöpft. Sowohl bei dem Immobilienkauf als auch bei der Raummiete – hierbei erfolgt auch die Annahme idR in Form einer Willenserklärung –

¹⁾ Die Überschrift des § 7 MaklerG (Entstehen des Provisionsanspruchs) ist insofern irreführend, weil dort textlich nur auf den (rechtswirksamen) Abschluss des Hauptrechtsgeschäfts rekurriert wird.

²⁾ Siehe zu den Tatbestandsmerkmalen: 2 BgNR 20. GP 19.

³⁾ 1 Ob 27/19f.

⁴⁾ 2 Ob 202/11m.

⁵⁾ Kothbauer in GeKo Wohnrecht II² § 6 MaklerG Rz 5.

⁶⁾ 2 BgNR 20. GP 19: Erfolgsprinzip; zu Fällen der Maklerprovision ohne Vermittlungserfolg s § 15 MaklerG.

⁷⁾ 2 BgNR 20. GP 21: „Abs. 1 definiert im ersten Satz das schon im § 6 Abs 1 aufgestellte Tatbestandselement des Zustandekommens eines Geschäfts mit dem Begriff der Rechtswirksamkeit.“

⁸⁾ 6 Ob 194/22f: hypothetische Anfechtung.

kommt der jeweilige Vertrag nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen dann zustande, wenn aufeinander bezugnehmende, insgesamt **kongruente Willenserklärungen** vorliegen, die inhaltlich bestimmt sind, dh jedenfalls die **wesentlichen Vertragspunkte** enthalten. Bei Immobilienkaufverträgen handelt es sich dabei um den Kaufpreis, die kaufgegenständliche Liegenschaft, die Vertragsparteien sowie die kaufspezifischen Rechtsfolgen (Eigentumserwerb).⁹⁾ Bei einem Raummietvertrag bestehen die wesentlichen Vertragspunkte neben den Mietvertragsparteien und dem mietrechtstypischen Rechtsfolgen (entgeltliche Inbestandgabe auf Zeit zum Gebrauch) aus dem Mietobjekt und – bei freier Mietzinsbildung – dem Mietzins.¹⁰⁾ Auf die Form des Vertragsschlusses (grundbuchsfähige Kaufvertragsurkunde) kommt es hingegen nicht an.

Bei Immobilienkaufverträgen entsteht der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers – unabhängig der Form des Vertragsschlusses (grundbuchsfähige Kaufvertragsurkunde, angenommenes Angebotsformular, mündlicher Kaufvertrag¹¹⁾ etc) bereits mit der Kaufabrede und wird sogleich mit Entstehung fällig.

In der immobilienrechtlichen Praxis werden diese Grundsätze immer wieder übersehen. Dies zeigt sich besonders daran, dass interessierte Käufer oder Mieter offenbar in Unkenntnis des Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkts der Maklerprovision, gleichsam in dem Irrglauben, der Provisionsanspruch des Maklers setze eine allseitig unterfertigte, grundbuchsfähige Kaufvertragsurkunde voraus, oftmals vorschnell und vorbehaltlos standardisierte **Angebotsformulare** unterschreiben. Mit Zugang des zunächst einseitig unterfertigten Angebotsformulars hat es der Verkäufer bzw Vermieter wegen der Rechtsverbindlichkeit des Angebots in der Hand, den Vertragsschluss zu vollenden: Mit seiner Gegenzeichnung kommt dann der Immobilienkauf- oder Raummietvertrag, der gleichzeitig den Provisionsanspruch entstehen und fällig werden lässt, zustande.

Beispiel

Über den Makler M erfährt der Käufer K von dem zum Verkauf stehenden WE des Verkäufers V. M reicht das formularmäßige Angebotsformular, in dem das kaufgegenständliche WE und der Verkäufer standardmäßig genannt werden, an K weiter. Dieser befüllt das Angebotsformular mit seinem Namen und seinen Preisvorstellungen (Kaufpreis in Höhe von € 300.000,-), unterschreibt und retourniert dieses. M leitet das ausgefüllte und unterschriebene Angebotsformular an V weiter, der das Angebotsformular gegenzeichnet und an K retourniert. Der Kaufvertrag über das WE ist damit – unabhängig davon, dass zu einem späteren Zeitpunkt eine Kaufvertragsurkunde errichtet werden soll – zustande gekommen. Dass die Einverleibung des Wohnungseigentumsrechts des K im Grundbuch eine einverleibungsfähige Urkunde voraussetzt, hindert nicht das Zustandekommen des Kaufvertrags. Der Provisionsanspruch des Maklers ist damit entstanden. Es ist zu beachten, dass die Maklerprovision gem § 10 MaklerG gleichzeitig mit Entstehung des Provisionsanspruchs fällig wird. Für K bedeutet dies, dass der Makler bereits jetzt € 9.000,- (gem § 15 Abs 1 Z 2, Abs 2 Z 2 iVm § 16 Immobilienmaklerverordnung¹²⁾ beträgt die Provisionshöhe 3% des Kaufpreises)¹³⁾ einfordern kann.

Praxistipp

Der interessierte Käufer sollte den Zeitpunkt der Fälligkeit des Maklerprovisionsanspruchs jedenfalls vor Abgabe seines Kaufangebots mit seinem Makler besprechen und vereinbaren. Weil die Fälligkeit nach der gesetzlichen Lage gleichzeitig mit Entstehung des Provisionsanspruchs (rechtswirksames Zustandekommen des Hauptvertrags) fällig wird und Fälligkeit der Entstehung nicht vorangehen kann, ist die Fälligkeitsbestimmung des § 10 MaklerG *de facto* einseitig zwingend zugunsten des Maklers.

Sollte keine Übereinstimmung (**Dissens**) hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte (zB divergierende Mietzinsvorstellungen) gegeben sein, kommt der Hauptvertrag hingegen nicht zustande (das gilt grds auch im Falle divergierender Nebenbestimmungen, etwa deckungsungleicher gewährleistungsrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der kaufgegenständlichen Liegenschaft);¹⁴⁾ mangels Zustandekommens eines Hauptvertrags entsteht diesfalls auch kein Maklerprovisionsanspruch.¹⁵⁾ Der gerichtliche Einwand, es mangle an dem für den Vertragsschluss notwendigen Konsens, betrifft unmittelbar den Tatbestand (Vertragsschluss), den der Anspruchsteller zu behaupten und zu beweisen hat, und ist daher als Bestreitung des Rechtsgrunds zu qualifizieren. Dies unterscheidet sich mitunter von den Fällen der Rechtsunwirksamkeit: Die **Irrtumsanfechtung** bspw stellt eine rechtshindernde Einwendung dar, hinsichtlich derer der Anspruchsgegner behauptungs- und beweissbelastet ist.

Kurz notiert

Derjenige, der einen vertraglichen Anspruch gerichtlich geltend macht, trägt für das Zustandekommen des Vertrags (Vertragsschluss) die Behauptungs- und Beweislast, nicht aber auch dafür, dass zB kein Irrtum vorliegt.

D. Verlust des Provisionsanspruchs

In den Fällen des Dissenses (kein Abschluss des Hauptvertrags mangels Übereinstimmung von Angebot und Annahme) entsteht also von vornherein auch kein Provisionsanspruch des Maklers. Dieses Ergebnis kann man zwanglos *e contrario* aus § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG ableiten. Unweigerlich stellt sich aber die Frage, wie jene Fälle zu behandeln sind, in denen die notwendige Willenseinigung hinsichtlich des Hauptvertrags vorliegt und dieser auch Vertragswirkung entfaltet, der Haupt-

⁹⁾ Hinsichtlich Kaufgegenstand und Kaufpreis: 2 Ob 131/13y immolex 2015, 132 (Kothbauer).

¹⁰⁾ Verkürzend nur auf den Mietgegenstand und den Mietzins rekurrierend: 3 Ob 265/98m.

¹¹⁾ Zum mündlichen Abschluss eines Liegenschafts Kaufvertrags s 4 Ob 212/23i immolex 2024/77 (Stadlmann/Max).

¹²⁾ Anwendbar auf den gewerblich befugten Immobilienmakler.

¹³⁾ Die in der Immobilienmaklerverordnung enthaltenen Provisionshöchstsätze sind nach der Rsp ortsüblich (6 Ob 71/07w), sodass diese mangels abweichender Vereinbarung zur Anwendung kommen.

¹⁴⁾ Siehe etwa 5 Ob 131/22h.

¹⁵⁾ So auch Fromherz, MaklerG §§ 6, 7 Rz 75.

vertrag dann aber rechtlich beseitigt wird. Es geht sohin um die Frage, welche Auswirkungen der Wegfall des Vermittlungserfolgs (Hauptvertrag) auf den Provisionsanspruch hat. Die Rsp differenziert hierbei zwischen dem bereits erörterten § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG sowie § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG.¹⁶⁾ Diese Unterscheidung ist deswegen von Belang, weil in den Fällen des § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG – wie an dem Bsp des mangelnden Konsenses hinsichtlich des Hauptvertrags skizziert – **jedenfalls kein Provisionsanspruch** entsteht. Im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung trägt der Makler – es handelt sich hierbei um ein Tatbestandsmerkmal des Provisionsanspruchs – die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Hauptvertrag zustande gekommen ist.¹⁷⁾ Sollte die Maklerprovision entgegen § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG trotz fehlender Wirksamkeit des Hauptvertrags beglichen worden sein, so kann diese bereicherungsrechtlich herausverlangt werden.¹⁸⁾

1. „Entfall“ nach § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG

Gem § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG entfällt der Anspruch auf Provision, „wenn und soweit feststeht, daß der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird“.

Der legistisch unhandliche § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG hebt sich von § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG ab. Auf Ebene des Tatbestands fragt die Norm danach, ob der Hauptvertrag ausgeführt wird, und macht den Provisionsanspruch überdies davon abhängig, wer gegebenenfalls die Gründe für die **Nichtausführung des Hauptvertrags zu vertreten** hat: Dem Makler steht auf Rechtsfolgenseite die Provision trotz unterbliebener Ausführung des Hauptvertrags dann zu, wenn der Auftraggeber des Maklers die diesbezüglichen Gründe des Unterbleibens zu vertreten hat. Die Rsp dürfte die Provisionspflicht hierbei von einem Verschulden des Auftraggebers des Maklers abhängig machen.¹⁹⁾ Nach den Mat muss der Auftraggeber alle zumutbaren Schritte unternommen haben, um den Vertragspartner des Hauptvertrags zur Ausführung des Hauptvertrags zu veranlassen.²⁰⁾

Im gerichtlichen Streitfall trifft den Auftraggeber des Maklers die Behauptungs- und Beweislast, dass der Hauptvertrag nicht ausgeführt worden ist und dass die Gründe dafür nicht in seiner Sphäre liegen,²¹⁾ dh ihm an der Nichtausführung kein **Verschulden** trifft,²²⁾ wodurch der Provisionsanspruch des Maklers entfällt. Es handelt sich daher um eine Einwendung. Die zu Unrecht bezahlte Provision kann bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden.²³⁾

2. Abgrenzung zwischen § 7 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 Satz 1 MaklerG

In der Lit ist die Abgrenzung zwischen § 7 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 Satz 1 MaklerG umstritten, wobei sich diese Frage zumindest vordergründig darauf kapriziert, was unter der in § 7 Abs 1 Satz 2 MaklerG erwähnten „Nichtausführung“ zu verstehen ist.²⁴⁾

Nach der Rsp fällt die ausgeübte Irrtumsanfechtung unter § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG, Leistungsstörungen hingegen unter § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG.

Nichtausführung des Vertrags:²⁵⁾ Im Fall der gewährleistungs-

Während Wurzelmängel (etwa die **Irrtumsanfechtung**) die Rechtswirksamkeit und damit § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG betreffen, rechnet die Rsp insb die **Leistungsstörungen** zu den Fällen der

rechtlichen Auflösung des Hauptvertrags entfällt die Provision nicht, wenn die Leistungsstörung der Auftraggeber des Maklers zu vertreten hat.²⁶⁾ Dieser Norm kann jedenfalls der Gedanke der Risikoverteilung entnommen werden: Das Risiko der Nichtausführung des Hauptvertrags trifft den Makler dann nicht, wenn diese von seinem Auftraggeber zu vertreten ist.²⁷⁾

Beispiele

Der Provisionsanspruch des Maklers entfällt gem § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG, wenn der Auftraggeber des Maklers, der Käufer der Immobilie, den Kaufvertrag deswegen gewährleistungsrechtlich auflöst, weil die Elektroinstallationen in dem Gebäude – entgegen der ausdrücklichen Zusage des Verkäufers – mangelhaft sind.²⁸⁾ Die mangelhafte Elektroinstallationen hat nicht der Auftraggeber zu vertreten.

Der Maklerprovisionsanspruch entfällt bspw auch, wenn die Nichtausführung des Hauptvertrags auf ein Verhalten des Maklers selbst zurückzuführen ist.²⁹⁾

Es drängt sich zwanglos die Frage auf, ob diese **Risikoverteilung** nicht auch auf die Fälle fehlender Wirksamkeitsvoraussetzungen, insb für die in der Praxis überaus bedeutenden Irrtumsfälle, anzuwenden ist. Die Rsp lehnt dies ausdrücklich ab: Wird der Hauptvertrag irrtumsrechtlich aufgelöst und stammt der Anfechtungsgrund aus der Sphäre des Auftraggebers des Maklers, dann verliere der Makler seinen Provisionsanspruch.³⁰⁾ Begründet wird diese Ansicht anhand des **Erfolgsprinzips**. Dieses wird in der Rsp dahingehend verstanden, dass der Hauptvertrag rechtswirksam geschlossen und trotz allfälliger Anfechtungslage nicht beseitigt wird.³¹⁾

Eindeutig ist die Rechtslage jedenfalls nur für das fehlende **Zustandekommen** des Hauptvertrags: Weil in dieser Fallgruppe nicht einmal von einem Vertrag die Rede sein kann, gebührt dem Makler – unabhängig von der Sphäre des fehlenden Zustandekommens – jedenfalls keine Provision (§ 7 Abs 1

¹⁶⁾ Die Rsp geht von einer zweistufigen Prüfung aus: Zuerst wird das rechtswirksame Zustandekommen des Hauptvertrags geprüft, dann dessen Durchführung (6 Ob 194/22f immolex 2023/121 [Horn]).

¹⁷⁾ 3 Ob 293/01m.

¹⁸⁾ 6 Ob 194/22f Rz 19.

¹⁹⁾ Jüngst 5 Ob 87/24s Rz 11; 6 Ob 194/22f Rz 44 immolex 2023/121 (Horn); nach Kothbauer in GeKo Wohnrecht II² § 7 MaklerG Rz 15 geht das Vertretenmüssen über Fälle des Verschuldens hinaus.

²⁰⁾ 2 BlgNR 20. GP 22.

²¹⁾ 5 Ob 182/04g.

²²⁾ 7 Ob 157/09b immolex 2010/79 (Limberg): Die Ausführung des Hauptvertrags unterblieb, weil der von dem Makler verursachte Irrtum über den Wert der Liegenschaft aufgeklärt wurde, wobei der Käufer nicht auf Zuhaltung des Kaufvertrags bestand und die Liegenschaft an einen Nachbarn verkauft wurde.

²³⁾ 2 Ob 202/11m.

²⁴⁾ Siehe etwa Humpel/Michtner in *Illedits*, Wohnrecht⁴ § 7 MaklerG Rz 22.

²⁵⁾ ZB 2 Ob 202/11m.

²⁶⁾ Jüngst 5 Ob 87/24s.

²⁷⁾ Humpel/Michtner in *Illedits*, Wohnrecht⁴ § 7 MaklerG Rz 26.

²⁸⁾ Siehe 5 Ob 87/24s Rz 14, 17.

²⁹⁾ 7 Ob 157/09b immolex 2010/79 (Limberg).

³⁰⁾ 1 Ob 75/14g immolex 2015/45 (Stadlmann).

³¹⁾ 6 Ob 194/22f Rz 29.

Satz 1 MaklerG).³²⁾ Selbiges gilt im Ergebnis für diejenigen Verträge, die mangels Eintritts einer aufschiebenden Vertrags- oder Rechtsbedingung – trotz Willensübereinstimmung – keine Vertragswirkung entfalten.³³⁾

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen § 7 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 Satz 1 MaklerG ist uE die Differenzierung anhand der (schuldrechtlichen) Wirkung der Irrtumsanfechtung wenig überzeugend.³⁴⁾ Die Maklerprovision ist abhängig von dem Hauptvertrag iS des schuldrechtlichen Titels;³⁵⁾ sowohl die **Irrtumsanfechtung** (nach der Rsp ein Fall von § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG) als auch bspw die **gewährleistungsrechtliche Auflösung** (nach der Rsp ein Fall von § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG) wirken schuldrechtlich *ex tunc*.³⁶⁾ Mit der Differenzierung trotz gleicher Wirkung geht offenkundig ein **Wertungswiderspruch** einher.³⁷⁾

Aus wertungsjuristischer Sicht sind die Irrtumsanfechtung und die gewährleistungsrechtliche Vertragsauflösung gleich zu behandeln.

Besonders fragwürdig erscheint diese Differenzierung der Rsp dann, wenn Irrtum und Gewährleistung voll konkurrieren,³⁸⁾ dh der als Verkäufer agierende Auftraggeber des Maklers bspw den gewährleistungsrechtlichen Mangel zu vertreten hat, der gleichzeitig einen Eigenschaftsirrtum darstellt. Es hinge dann von dem Gutdünken des Vertragspartners (Käufer) ab, ob dieser den Hauptvertrag wegen Irrtums – dann bestünde nach der Rsp *jedenfalls* kein Provisionsanspruch – oder wegen gewährleistungsrechtlicher Vertragsauflösung zu Fall brächte; in der zuletzt genannten Variante wäre der Provisionsanspruch aufrecht. Ebenso fragwürdig erscheint diese in der Rsp vertretene Ansicht in den Fällen des **Doppelmaklers**, dh wenn der Makler bspw sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer beauftragt worden ist. Die Ansicht der Rsp würde ja dazu führen, dass dem Makler gar keine Provision zustünde, obwohl den Eigenschaftsirrtum (zugleich gewährleistungsrechtlicher Mangel) ein Vertragspartner zu vertreten hat.

§ 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG spricht von *Entfall* des Provisionsanspruchs, was impliziert, dass der genannte Anspruch zunächst entstanden ist.³⁹⁾ Das Wesen der schuldrechtlichen *Ex tunc*-Wirkung besteht gerade darin, dass der zustande gekommene Vertrag von Anfang an unwirksam ist. Der im Gesetz verwendete Begriff *Entfall* (des Provisionsanspruchs) ist uE nicht rechtstechnisch iS des Untergangs eines wirksam entstandenen Anspruchs zu verstehen (aufgrund der Rückwirkung der gewährleistungsrechtlichen Auflösung wäre dann auch diese kein Fall des § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG), sondern meint schlicht, dass der Provisionsanspruch nachträglich, dh zeitlich

dem Vertragsschluss nachgelagert und damit im Stadium der *Ausführung* (aus welchem Grund [Wurzelmangel oder Störung bei der Abwicklung] und mit welcher Wirkung auch immer) wegfällt.⁴⁰⁾ Während es in § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG im Ergebnis um den *Wegfall* des Provisionsanspruchs geht, umfasst in Abgrenzung dazu der Anwendungsbereich des § 7 Abs 1 Satz 1 MaklerG neben dem Zustandekommen des Hauptvertrags (Vertragsschluss) diejenigen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die den *Eintritt* der Rechtswirksamkeit, gleichsam das Wirksamwerden, betreffen (zB Zugang von Willenserklärungen, aufschiebende Bedingungen).

Schlussstrich

Die Rsp behandelt Leistungsstörungen und die Irrtumsanfechtung mit Blick auf die Maklerprovision unterschiedlich. Ausgangspunkt dafür ist das Erfolgsprinzip, das nach der Rsp ausschließlich das Stadium des Vertragsschlusses, sohin auch Wurzelmängel (zB ausgeübte Irrtumsanfechtung) erfasse: Wenn der Hauptvertrag nicht zustande kommt oder wegen eines Wurzelmangels beseitigt wird, entfalle die Maklerprovision jedenfalls. Dabei vernachlässigt die Rsp uE die Risikoverteilung des § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG, wonach den Makler das Risiko der Nichtausführung des Hauptvertrags dann nicht trifft, er seinen Provisionsanspruch sohin behält, wenn die Nichtausführung von seinem Auftraggeber zu vertreten ist. Aus wertungsjuristischer Sicht sind Fälle des vom Auftraggeber verschuldeten Irrtums und der gewährleistungsrechtlichen Vertragsauflösung des Hauptvertrags durch den Vertragspartner des Auftraggebers gleich zu behandeln, namentlich nach § 7 Abs 2 Satz 1 MaklerG.

³²⁾ So im Ergebnis auch *Humpel/Michtner in Illredits, Wohnrecht*⁴ § 7 MaklerG Rz 3.

³³⁾ 2 BlgNR 20. GP 21.

³⁴⁾ So etwa 2 Ob 202/11m.

³⁵⁾ Auch wenn nach der Rsp des OGH grds auch der dinglichen Einigung Bedeutung zukommt und diese im Zweifel im schuldrechtlichen Rechtsgeschäft enthalten sei, zielt das Maklerrecht auf den schuldrechtlichen und nicht auf den dinglichen Vertrag ab; dies zeigt sich vor allem daran, dass sich der dingliche Vertrag in der Eigentumsverschaffung der konkreten Sache erschöpft, ein Irrtum daher regelmäßig ausscheidet.

³⁶⁾ Zur gewährleistungsrechtlichen Auflösung siehe *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*¹⁰³ § 932 Rz 39.

³⁷⁾ Ähnlich *Kothbauer in GeKo Wohnrecht II*² § 7 MaklerG Rz 8 und *Gartner/Karandj, MaklerG*³ § 8 Rz 12.

³⁸⁾ Siehe dazu *Rummel in Rummel/Lukas, ABGB*⁴ § 871 Rz 35.

³⁹⁾ Ähnlich *Fromherz, MaklerG* §§ 6, 7 Rz 106.

⁴⁰⁾ AA *Fromherz, MaklerG* §§ 6, 7 Rz 93.