

# TE OGH 2002/10/15 4Ob37/02y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.10.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Immobilienberatung Ing. F\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Fritz Wennig, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Dipl. Ing. Radovan V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ekardt Blahut, Rechtsanwalt in Wien, wegen 18.313,55 EUR sA, über die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 14. Dezember 2001, GZ 11 R 159/01k-12, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 18. Juni 2001, GZ 22 Cg 39/00t-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Klägerin ist schuldig, dem Beklagten die mit 1.000,98 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin 166,83 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war mit der Vermittlung des Verkaufs einer Eigentumswohnung befasst. Am 25. 10. 1999 besichtigte der Beklagte auf Vermittlung der Klägerin die Wohnung und teilte deren Geschäftsführer danach mit, am Kauf interessiert zu sein. In einem ersten Gespräch mit dem Wohnungseigentümer wurde ein Kaufpreis von 3,600.000 S vereinbart und mit Handschlag bekräftigt.

Der Beklagte war mit der Vertragserrichtung durch einen von der Klägerin empfohlenen Notar einverstanden. Bei einem weiteren Treffen des Beklagten mit dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Wohnungseigentümer erklärte der Beklagte, dass seine Frau eine Herabsetzung des Kaufpreises auf 3,500.000 S verlange. Der Verkäufer war damit einverstanden. Eine anschließende gemeinsame Besprechung mit dem Notar scheiterte daran, dass der Beklagte keine Zeit hatte.

Am 14. 12. 1999 kam es auf Initiative des Notars zu einer Besprechung im Büro des Beklagten, an der neben dem Beklagten der Verkäufer und der Geschäftsführer der Klägerin teilnahmen. Bei dieser Besprechung sicherte der Beklagte zu, den vereinbarten Kaufpreis von 3,500.000 S bis 17. 1. 2000 zu zahlen. Da der Beklagte kroatischer Staatsbürger ist, war es notwendig, den Vertrag grundverkehrsbehördlich genehmigen zu lassen. Der Beklagte wollte die Wohnung jedoch sofort übernehmen, um mit Umbauarbeiten beginnen zu können. Der Verkäufer erklärte, das Risiko von Renovierungsarbeiten vor grundverkehrsbehördlicher Genehmigung des Vertrags nicht zu übernehmen. Der Beklagte war auch damit einverstanden. Die Einigung wurde schriftlich festgehalten.

Am 21. 12. 1999 erörterte der Beklagte mit dem Notar, welche Unterlagen für die Genehmigung des Vertrags nach dem Ausländergrunderwerbsgesetz notwendig seien. Diese Unterlagen standen dem Notar zur Verfügung. Am 29. 12. 1999 und 7. 1. 2000 erstellte der Notar Vertragsentwürfe, die nur geringfügig geändert wurden. Der Beklagte war mit dem Inhalt der letzten Fassung einverstanden. Zur Unterfertigung des Vertrags kam es jedoch nicht, weil der Beklagte zu der für den 25. 1. 2000 festgesetzten Vertragsunterfertigung nicht erschien.

Am 26. 1. 2000 teilten die Rechtsvertreter des Beklagten dem Verkäufer mit, dass der Beklagte nicht bereit sei, weitere Zugeständnisse zu machen. Er setze dem Verkäufer eine letzte Nachfrist bis zum 28. 1. 2000 "zur Übermittlung der Unterlagen für den Abschluss der Verträge, wie am 6. 1. 2000 vereinbart". Für den Fall, dass die Frist ungenützt verstreiche, wurde der Rücktritt des Beklagten "vom Kaufanbot für das oben angeführte Objekt" erklärt.

Der Verkäufer hat zwar sowohl dem Notar als auch dem Beklagten und seinen Rechtsvertretern lange Briefe geschrieben; er hat jedoch nichts verlangt, was der am 14. 12. 1999 zustandegekommenen Einigung widersprochen hätte.

Die Klägerin begehrt 18.313,55 EUR sA. Ihre Vermittlung sei erfolgreich gewesen. Der Beklagte habe sich trotz Vorliegens eines handschriftlich geschriebenen und auch unterfertigten Kaufvertrags geweigert, den vom Notar errichteten Kaufvertrag zu unterschreiben. Der Beklagte sei jedoch bereits aufgrund des von ihm unterfertigten Kaufvertrags gebunden. Er sei schuldig, sowohl die Käufer- als auch die Abgeberprovision zu zahlen. Der Verkäufer habe aufgrund nicht eingehaltener Zusagen nicht mehr von einer ernsthaften Ankaufsabsicht des Beklagten ausgehen können.

Der Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Der Verkäufer habe ständig Vertragsänderungen gewünscht. Die vom Beklagten gesetzte Nachfrist für einen endgültigen Vertragsentwurf habe der Verkäufer nicht eingehalten, sondern dem Beklagten mitgeteilt, am Verkauf der Wohnung an diesen nicht mehr interessiert zu sein. Den Verkäufer treffe die alleinige Schuld am Nichtzustandekommen des Kaufvertrags.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Kaufvertrag sei am 14. 12. 1999 zustandegekommen. Damit seien auch die Voraussetzungen für die Zahlung der Abgeber- und der Käuferprovision von je 3 % des Kaufpreises erfüllt. Der Rücktritt des Beklagten vom "Kaufanbot" sei ohne Bedeutung, weil zu diesem Zeitpunkt der Kaufvertrag längst abgeschlossen gewesen sei.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab und sprach aufgrund eines Antrags nach § 508 ZPO aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Zwischen den Streitparteien sei schlüssig ein Maklervertrag zustandegekommen. Der Anspruch auf Provision entstehe erst mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Der Kaufvertrag über die Wohnung sei durch die Genehmigung der Grundverkehrskommission aufschiebend bedingt gewesen. Die Gründe für die Nichterteilung der Genehmigung seien ohne Bedeutung, weil die Klägerin nicht behauptet und bewiesen habe, dass die Genehmigung erteilt worden wäre. Eine Vereinbarung nach § 15 MaklerG habe die Klägerin nicht behauptet. Von einer Nichtunterfertigung des Kaufvertrags in Schädigungsabsicht sei nach den Feststellungen nicht auszugehen. Im Übrigen habe der Beklagte vorgebracht, dass der Verkäufer mit Schreiben vom 30. 1. 2000 erklärt habe, an einem Verkauf der Wohnung an den Beklagten nicht mehr interessiert zu sein. Die Klägerin habe dies nicht bestritten. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab und sprach aufgrund eines Antrags nach Paragraph 508, ZPO aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Zwischen den Streitparteien sei schlüssig ein Maklervertrag zustandegekommen. Der Anspruch auf Provision entstehe erst mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts. Der Kaufvertrag über die Wohnung sei durch die Genehmigung der Grundverkehrskommission aufschiebend bedingt gewesen. Die Gründe für die Nichterteilung der Genehmigung seien ohne Bedeutung, weil die Klägerin nicht behauptet und bewiesen habe, dass die Genehmigung erteilt worden wäre. Eine Vereinbarung nach Paragraph 15, MaklerG habe die Klägerin nicht behauptet. Von einer Nichtunterfertigung des Kaufvertrags in Schädigungsabsicht sei nach den Feststellungen nicht auszugehen. Im Übrigen habe der Beklagte vorgebracht, dass der Verkäufer mit Schreiben vom 30. 1. 2000 erklärt habe, an einem Verkauf der Wohnung an den Beklagten nicht mehr interessiert zu sein. Die Klägerin habe dies nicht bestritten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision der Klägerin ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Beurteilung eines gleichartigen Sachverhalts nach dem Maklergesetz fehlt; die Revision ist aber nicht berechtigt.

Nach § 7 Abs 1 MaklerG entsteht der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des Geschäfts. Ist ein Geschäft von einer behördlichen Genehmigung abhängig und damit aufschiebend bedingt, so entsteht der Provisionsanspruch des Maklers erst mit der Erteilung der behördlichen Genehmigung (1 Ob 564/85 = SZ 58/111 mwN; S. Bydlinski, Das Maklergesetz § 7 Anm 3; Fromherz, Kommentar zum MaklerG § 7 Rz 95). Nach Paragraph 7, Absatz eins, MaklerG entsteht der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des Geschäfts. Ist ein Geschäft von einer behördlichen Genehmigung abhängig und damit aufschiebend bedingt, so entsteht der Provisionsanspruch des Maklers erst mit der Erteilung der behördlichen Genehmigung (1 Ob 564/85 = SZ 58/111 mwN; S. Bydlinski, Das Maklergesetz Paragraph 7, Anmerkung 3; Fromherz, Kommentar zum MaklerG Paragraph 7, Rz 95).

Im vorliegenden Fall ist zwar eine Willenseinigung über Kaufgegenstand und Preis zustandegekommen; die Vertragsparteien haben aber eine grundverkehrsbehördliche Genehmigung gar nicht beantragt, sondern schon den vom Notar errichteten Kaufvertrag nicht mehr unterzeichnet. Sie haben damit letztlich einvernehmlich davon Abstand genommen, einen rechtswirksamen Kaufvertrag zustandezubringen.

Eine grundverkehrsbehördliche Genehmigung wäre notwendig gewesen, weil der Beklagte kroatischer Staatsangehöriger ist. Nach § 1 Abs 1 Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz bedarf (ua) der Erwerb des Eigentums an bebauten oder unbebauten Grundstücken jeder Art durch Ausländer zu ihrer Gültigkeit der behördlichen Genehmigung. Die Genehmigung ist nach § 4 Abs 1 Satz 2 leg cit - soweit hier von Bedeutung - zu erteilen, wenn am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts ein volkswirtschaftliches oder soziales Interesse besteht. Eine grundverkehrsbehördliche Genehmigung wäre notwendig gewesen, weil der Beklagte kroatischer Staatsangehöriger ist. Nach Paragraph eins, Absatz eins, Wiener Ausländergrunderwerbsgesetz bedarf (ua) der Erwerb des Eigentums an bebauten oder unbebauten Grundstücken jeder Art durch Ausländer zu ihrer Gültigkeit der behördlichen Genehmigung. Die Genehmigung ist nach Paragraph 4, Absatz eins, Satz 2 leg cit - soweit hier von Bedeutung - zu erteilen, wenn am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts ein volkswirtschaftliches oder soziales Interesse besteht.

Im vorliegenden Fall kann nicht beurteilt werden, ob die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden wäre, weil die dafür maßgeblichen Umständen weder behauptet noch bewiesen wurden. Nach zum Maklergesetz vertretenen Lehrmeinungen hat der Makler Anspruch auf Provision, wenn er behauptet und beweist, dass die Bedingung eingetreten wäre (S. Bydlinski aaO § 7 Anm 3; Fromherz aaO § 7 Rz 96). Diese Lehrmeinungen stützen sich auf Rechtsprechung, die vor Inkrafttreten des Maklergesetzes ergangen ist. Im vorliegenden Fall kann nicht beurteilt werden, ob die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden wäre, weil die dafür maßgeblichen Umständen weder behauptet noch bewiesen wurden. Nach zum Maklergesetz vertretenen Lehrmeinungen hat der Makler Anspruch auf Provision, wenn er behauptet und beweist, dass die Bedingung eingetreten wäre (S. Bydlinski aaO Paragraph 7, Anmerkung 3; Fromherz aaO Paragraph 7, Rz 96). Diese Lehrmeinungen stützen sich auf Rechtsprechung, die vor Inkrafttreten des Maklergesetzes ergangen ist.

In der Entscheidung 2 Ob 610/79 (= MietSlg 32.585) wurde zwar dem Makler die Beweislast dafür auferlegt, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden wäre; in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war aber auch der bedingte Vertrag noch nicht zustandegekommen, weil sich der Verkäufer grundlos geweigert hatte, die Liegenschaft um den von ihm selbst festgesetzten Preis zu verkaufen. Der Oberste Gerichtshof verwies auf § 6 Abs 2 HVG, welcher aufgrund des § 29 HVG auf andere Geschäftsvermittler anzuwenden war (die Bestimmung ist mit Inkrafttreten des Maklergesetzes außer Kraft getreten [Art III Abs 5 Z 1 BGBl 1996/262]), wonach dem Vermittler für ein von ihm angebahntes, vom Geschäftsherrn aber nicht abgeschlossenes Geschäft, eine Provision in vereinbarter oder angemessener Höhe gebührt, wenn der Auftraggeber durch seine Weigerung, den Vertrag abzuschließen, wider Treu und Glauben seine Vertragspflichten verletzt. Ein Provisionsanspruch nach dieser Gesetzesstelle setzte darüber hinaus den vom Makler zu erbringenden Beweis voraus, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden wäre. Auch die Entscheidung 5 Ob 257, 258/74 (= ImmZ 1976, 196/10) legte die Beweislast für die Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung dem Makler auf; gestützt war der Provisionsanspruch in diesem Fall aber auf die vertragliche Vereinbarung, wonach der Auftraggeber die volle Provision als Kostenersatz zu zahlen habe, sollte er „vom Verkaufsauftrag während der Laufzeit des Alleinauftrags von seiner Verkaufsabsicht zurücktreten“. Eine vertragliche Vereinbarung, wonach eine Partei beide Provisionen zu zahlen hat, falls sie vom Vertrag zurücktritt oder sonst das Rechtsgeschäft vereitelt, lag auch in dem der Entscheidung 7 Ob 559/86 (= SZ 59/61) zugrundeliegenden Fall vor. Der Oberste Gerichtshof hat in dieser Entscheidung aber ganz allgemein ausgesprochen, dass ein rechtswirksamer Geschäftsabschluss anzunehmen sei, wenn die behördliche Genehmigung erteilt worden wäre, so dass der Makler

Anspruch auf Provision habe, es sei denn, der Käufer könne nachweisen, dass die Ausführung des Rechtsgeschäfts ohne sein Verschulden infolge einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse unmöglich oder unzumutbar geworden sei. Die Auffassung, ein für das Entstehen des Provisionsanspruchs notwendiger Vertragsabschluss liege bereits dann vor, wenn der Vertrag durch die Erteilung einer behördlichen Genehmigung zwar aufschiebend bedingt ist, die Genehmigung aber erteilt worden wäre, wurde auch in der Entscheidung 4 Ob 519/93 (= SZ 66/85) vertreten. In der Entscheidung 2 Ob 610/79 (= MietSlg 32.585) wurde zwar dem Makler die Beweislast dafür auferlegt, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden wäre; in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war aber auch der bedingte Vertrag noch nicht zustande gekommen, weil sich der Verkäufer grundlos geweigert hatte, die Liegenschaft um den von ihm selbst festgesetzten Preis zu verkaufen. Der Oberste Gerichtshof verwies auf Paragraph 6, Absatz 2, HVG, welcher aufgrund des Paragraph 29, HVG auf andere Geschäftsvermittler anzuwenden war (die Bestimmung ist mit Inkrafttreten des Maklergesetzes außer Kraft getreten [Art römisch III Absatz 5, Ziffer eins, BGBl 1996/262]), wonach dem Vermittler für ein von ihm angebahntes, vom Geschäftsherrn aber nicht abgeschlossenes Geschäft, eine Provision in vereinbarter oder angemessener Höhe gebührt, wenn der Auftraggeber durch seine Weigerung, den Vertrag abzuschließen, wider Treu und Glauben seine Vertragspflichten verletzt. Ein Provisionsanspruch nach dieser Gesetzesstelle setzte darüber hinaus den vom Makler zu erbringenden Beweis voraus, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt worden wäre. Auch die Entscheidung 5 Ob 257, 258/74 (= ImmZ 1976, 196/10) legte die Beweislast für die Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung dem Makler auf; gestützt war der Provisionsanspruch in diesem Fall aber auf die vertragliche Vereinbarung, wonach der Auftraggeber die volle Provision als Kostenersatz zu zahlen habe, sollte er „vom Verkaufsauftrag während der Laufzeit des Alleinauftrags von seiner Verkaufsabsicht zurücktreten“. Eine vertragliche Vereinbarung, wonach eine Partei beide Provisionen zu zahlen hat, falls sie vom Vertrag zurücktritt oder sonst das Rechtsgeschäft vereitelt, lag auch in dem der Entscheidung 7 Ob 559/86 (= SZ 59/61) zugrundeliegenden Fall vor. Der Oberste Gerichtshof hat in dieser Entscheidung aber ganz allgemein ausgesprochen, dass ein rechtswirksamer Geschäftsabschluss anzunehmen sei, wenn die behördliche Genehmigung erteilt worden wäre, so dass der Makler Anspruch auf Provision habe, es sei denn, der Käufer könne nachweisen, dass die Ausführung des Rechtsgeschäfts ohne sein Verschulden infolge einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse unmöglich oder unzumutbar geworden sei. Die Auffassung, ein für das Entstehen des Provisionsanspruchs notwendiger Vertragsabschluss liege bereits dann vor, wenn der Vertrag durch die Erteilung einer behördlichen Genehmigung zwar aufschiebend bedingt ist, die Genehmigung aber erteilt worden wäre, wurde auch in der Entscheidung 4 Ob 519/93 (= SZ 66/85) vertreten.

Diese Rechtsmeinung deckt sich mit der von Fromherz (Der Zivilmaklervertrag 174 f) vertretenen Auffassung, wonach die bei aufschiebend bedingten Geschäften vorliegende Willenseinigung der Willenseinigung bei unbedingten Geschäften gleichzuhalten sei. Der Unterschied bestehe nur darin, dass das Hauptgeschäft und somit auch der Provisionsanspruch noch in Schweben seien, da sie von einem zukünftigen noch ungewissen Ereignis abhängig sein sollen. In beiden Fällen sei die Willenseinigung der Parteien notwendige Voraussetzung für das Entstehen des Provisionsanspruchs. Bei aufschiebend bedingten Hauptgeschäften werde die zwischen den Parteien des Hauptvertrags vereinbarte Bedingung noch zusätzlich Bedingung für den Provisionsanspruch. Die Parteien des Hauptvertrags könnten aber mit Wirksamkeit für den Provisionsanspruch die bereits eingetretene Bedingung der Willenseinigung nicht mehr rückgängig machen. Dies müsse unabhängig davon gelten, ob noch zusätzliche Bedingungen gesetzt worden seien. Die einvernehmliche Beseitigung des Schwebestands (Auflösung des bedingten Vertrags) entspreche dann aber einer einvernehmlichen Auflösung des unbedingten Vertrags und könne daher nicht zum Entfall des Provisionsanspruchs führen.

In der Entscheidung 6 Ob 594/94 (= eolex 1995, 484 = ImmZ 1994, 415/1) hat der Oberste Gerichtshof den Provisionsanspruch des Maklers bei Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung nach § 6 Abs 3 HVG beurteilt und die Beweislast für die Nichterteilung der behördlichen Genehmigung dem Auftraggeber auferlegt. Der Oberste Gerichtshof berief sich zur Anwendbarkeit des § 6 Abs 3 HVG auf Jabornegg (Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644 [653]), der darauf verweist, dass der Vermittlungserfolg zwar erst mit dem Eintritt der Bedingung angenommen werden könne, jedoch mit dem Vertragsschluss trotz der Bedingung schon eine gewisse Bindung eingetreten sei, so dass es gerechtfertigt erscheine, die Provisionsfrage in diesem Fall nach § 6 Abs 3 HVG zu beurteilen. Danach wäre eine Provisionspflicht trotz Nichtzustandekommens oder Wegfalls des Vertrags dann anzunehmen, wenn die maßgebenden Gründe der Sphäre des Auftraggebers selbst und nicht derjenigen des vermittelten Dritten zugeordnet werden können. An anderer Stelle (HVG 244, 283) weist Jabornegg darauf hin, dass

dem Vermittler schon nach allgemeinen Grundsätzen die Provision gebührt, wenn eine aufschiebende Bedingung treuwidrig vereitelt wird. Darüber hinaus sei die sinngemäße Anwendung des § 6 Abs 3 HVG insoweit angezeigt, als der Geschäftsherr verpflichtet sei, den Eintritt der aufschiebenden Bedingung zu fördern. Bedenke man, dass in derartigen Fällen eine Verpflichtung des Geschäftsherrn (gegenüber dem Vertragspartner) angenommen werden müsse, den Eintritt der Bedingung zu fördern, sei tatsächlich eine dem § 6 Abs 3 HVG vergleichbare Situation gegeben. Es gehe auch hier um die Effektivierung bereits eingegangener Verpflichtungen. Man werde daher sogar noch einen Schritt weitergehen und § 6 Abs 3 HVG allgemein dann analog anwenden dürfen, wenn gegenüber dem vermittelten Dritten bereits eine zumindest vorläufige rechtliche Bindung eingetreten sei und diese auch eine Verpflichtung enthalte, alles zu tun, damit das Geschäft endgültig zustandekommt. In der Entscheidung 6 Ob 594/94 (= ecolex 1995, 484 = ImmZ 1994, 415/1) hat der Oberste Gerichtshof den Provisionsanspruch des Maklers bei Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung nach Paragraph 6, Absatz 3, HVG beurteilt und die Beweislast für die Nichterteilung der behördlichen Genehmigung dem Auftraggeber auferlegt. Der Oberste Gerichtshof berief sich zur Anwendbarkeit des Paragraph 6, Absatz 3, HVG auf Jabornegg (Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ÖJZ 1992, 644 [653]), der darauf verweist, dass der Vermittlungserfolg zwar erst mit dem Eintritt der Bedingung angenommen werden könne, jedoch mit dem Vertragsschluss trotz der Bedingung schon eine gewisse Bindung eingetreten sei, so dass es gerechtfertigt erscheine, die Provisionsfrage in diesem Fall nach Paragraph 6, Absatz 3, HVG zu beurteilen. Danach wäre eine Provisionspflicht trotz Nichtzustandekommens oder Wegfalls des Vertrags dann anzunehmen, wenn die maßgebenden Gründe der Sphäre des Auftraggebers selbst und nicht derjenigen des vermittelten Dritten zugeordnet werden können. An anderer Stelle (HVG 244, 283) weist Jabornegg darauf hin, dass dem Vermittler schon nach allgemeinen Grundsätzen die Provision gebührt, wenn eine aufschiebende Bedingung treuwidrig vereitelt wird. Darüber hinaus sei die sinngemäße Anwendung des Paragraph 6, Absatz 3, HVG insoweit angezeigt, als der Geschäftsherr verpflichtet sei, den Eintritt der aufschiebenden Bedingung zu fördern. Bedenke man, dass in derartigen Fällen eine Verpflichtung des Geschäftsherrn (gegenüber dem Vertragspartner) angenommen werden müsse, den Eintritt der Bedingung zu fördern, sei tatsächlich eine dem Paragraph 6, Absatz 3, HVG vergleichbare Situation gegeben. Es gehe auch hier um die Effektivierung bereits eingegangener Verpflichtungen. Man werde daher sogar noch einen Schritt weitergehen und Paragraph 6, Absatz 3, HVG allgemein dann analog anwenden dürfen, wenn gegenüber dem vermittelten Dritten bereits eine zumindest vorläufige rechtliche Bindung eingetreten sei und diese auch eine Verpflichtung enthalte, alles zu tun, damit das Geschäft endgültig zustandekommt.

Auch Jabornegg (aaO) stellt damit letztlich das aufschiebend bedingte Geschäft dem bereits abgeschlossenen Vertrag gleich. § 6 Abs 3 HVG regelte nämlich den Fall, dass die Ausführung des durch die Vermittlung des Handelsvertreters abgeschlossenen Geschäfts oder die Gegenleistung des Dritten infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben war. In diesem Fall sollte der Handelsvertreter die volle Provision verlangen können, es sei denn, dass für das Verhalten des Geschäftsherrn wichtige Gründe auf Seite des Dritten vorlagen. Auch Jabornegg (aaO) stellt damit letztlich das aufschiebend bedingte Geschäft dem bereits abgeschlossenen Vertrag gleich. Paragraph 6, Absatz 3, HVG regelte nämlich den Fall, dass die Ausführung des durch die Vermittlung des Handelsvertreters abgeschlossenen Geschäfts oder die Gegenleistung des Dritten infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben war. In diesem Fall sollte der Handelsvertreter die volle Provision verlangen können, es sei denn, dass für das Verhalten des Geschäftsherrn wichtige Gründe auf Seite des Dritten vorlagen.

Die Auffassung, der durch die Erteilung einer behördlichen Genehmigung bedingte Vertrag sei dem unbedingten Vertrag gleichzuhalten, konnte sich darauf stützen, dass gemäß § 6 Abs 2 HVG der Anspruch auf die Provision mangels anderer Vereinbarung mit dem Abschluss des Geschäfts erworben wurde, worunter - wie von Fromherz (Der Zivilmaklervertrag 174 f) dargelegt - die Willenseinigung der Parteien verstanden werden konnte. Nunmehr setzt § 7 Abs 1 MaklerG fest, dass der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts entsteht. Die Auffassung, der durch die Erteilung einer behördlichen Genehmigung bedingte Vertrag sei dem unbedingten Vertrag gleichzuhalten, konnte sich darauf stützen, dass gemäß Paragraph 6, Absatz 2, HVG der Anspruch auf die Provision mangels anderer Vereinbarung mit dem Abschluss des Geschäfts erworben wurde, worunter - wie von Fromherz (Der Zivilmaklervertrag 174 f) dargelegt - die Willenseinigung der Parteien verstanden werden konnte. Nunmehr setzt Paragraph 7, Absatz eins, MaklerG fest, dass der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts entsteht.

Ein aufschiebend bedingter Vertrag wird erst mit dem Eintritt der Bedingung rechtswirksam und kann daher einem

unbedingten Vertrag nicht gleichgehalten werden. Tritt - wie im vorliegenden Fall - die Bedingung nicht ein, weil der Vertrag einvernehmlich aufgelöst wird und der Auftraggeber des Maklers daher gar nicht um die grundverkehrsbehördliche Genehmigung ansucht, so kann der Provisionsanspruch nur entstehen, wenn der Eintritt der Bedingung fingiert werden kann.

Die Erfüllungsfiktion greift nach herrschender Auffassung stets ein, wenn eine Partei auf die Bedingung in einer Weise einwirkt, die die andere Partei nach dem Sinn und Zweck des Vertrags redlicherweise nicht erwarten durfte. Die Beurteilung, ob der Eintritt der Bedingung zu fingieren ist, ist ein Sonderfall ergänzender Vertragsauslegung, die sich an Treu und Glauben sowie an redlicher Verkehrsanschauung zu orientieren hat (Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 897 Rz 7 mwN; 1 Ob 689/90 = JBl 1991, 382; 7 Ob 601/95 = ÖBA 1996, 892). Die Erfüllungsfiktion greift nach herrschender Auffassung stets ein, wenn eine Partei auf die Bedingung in einer Weise einwirkt, die die andere Partei nach dem Sinn und Zweck des Vertrags redlicherweise nicht erwarten durfte. Die Beurteilung, ob der Eintritt der Bedingung zu fingieren ist, ist ein Sonderfall ergänzender Vertragsauslegung, die sich an Treu und Glauben sowie an redlicher Verkehrsanschauung zu orientieren hat (Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 897, Rz 7 mwN; 1 Ob 689/90 = JBl 1991, 382; 7 Ob 601/95 = ÖBA 1996, 892).

Die grundverkehrsbehördliche Genehmigung ist eine Bedingung für das rechtswirksame Zustandekommen des vermittelten Vertrags; vom rechtswirksamen Zustandekommen des vermittelten Vertrags wiederum hängt der Provisionsanspruch der Klägerin ab. Da nicht zu beurteilen ist, welche Ansprüche den Kaufvertragsparteien gegeneinander zustehen, kann es nicht darauf ankommen, ob der Kaufvertrag ergänzend dahin auszulegen ist, dass einer Partei auch dann Erfüllungsansprüche zustehen, wenn der Vertrag nicht zustandekommt, weil die andere Partei die für die Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung notwendigen Schritte unterlässt, sondern maßgebend ist, ob der Maklervertrag ergänzend dahin ausgelegt werden kann, dass der Beklagte die Provision auch dann zu zahlen habe, wenn der Kaufvertrag noch vor Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung aufgelöst wird.

Die Klägerin hat dazu kein Vorbringen erstattet. Sie hat vor allem nicht behauptet, mit dem Beklagten eine Vereinbarung geschlossen zu haben, wie sie nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG zulässig ist. Danach kann eine Provision für den Fall vereinbart werden, dass das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustandekommt, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterlässt. Fehlt eine solche Vereinbarung, dann kann dem Makler ein Provisionsanspruch nur nach allgemeinen Grundsätzen zuerkannt werden. In einem solchen Fall muss der Makler behaupten und beweisen, dass der Auftraggeber die Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung wider Treu und Glauben vereitelt habe, so dass ihm ein Provisionsanspruch letztlich nur bei absichtlicher Provisionsverhinderung zusteht (S. Bydlinski aaO § 15 Anm 3). Damit kann nach geltender Rechtslage die Auffassung der Lehre (S. Bydlinski aaO § 7 Anm 7; Fromherz aaO § 7 Rz 96) nicht geteilt werden, dem Makler stehe schon dann eine Provision zu, wenn er beweist, dass die Bedingung eingetreten wäre. Die Klägerin hat dazu kein Vorbringen erstattet. Sie hat vor allem nicht behauptet, mit dem Beklagten eine Vereinbarung geschlossen zu haben, wie sie nach Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, MaklerG zulässig ist. Danach kann eine Provision für den Fall vereinbart werden, dass das im Maklervertrag bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustandekommt, weil der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterlässt. Fehlt eine solche Vereinbarung, dann kann dem Makler ein Provisionsanspruch nur nach allgemeinen Grundsätzen zuerkannt werden. In einem solchen Fall muss der Makler behaupten und beweisen, dass der Auftraggeber die Erteilung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung wider Treu und Glauben vereitelt habe, so dass ihm ein Provisionsanspruch letztlich nur bei absichtlicher Provisionsverhinderung zusteht (S. Bydlinski aaO Paragraph 15, Anmerkung 3). Damit kann nach geltender Rechtslage die Auffassung der Lehre (S. Bydlinski aaO Paragraph 7, Anmerkung 7; Fromherz aaO Paragraph 7, Rz 96) nicht geteilt werden, dem Makler stehe schon dann eine Provision zu, wenn er beweist, dass die Bedingung eingetreten wäre.

Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin demnach mangels einer entsprechenden Vereinbarung nur dann einen Provisionsanspruch, wenn der Beklagte den vom Notar errichteten Kaufvertrag nur deshalb nicht unterfertigt und einen Antrag auf grundverkehrsbehördliche Genehmigung nur deshalb nicht gestellt hätte, um die Klägerin um ihre Provision zu bringen. Für eine solche Annahme bietet der festgestellte Sachverhalt keinen Anhaltspunkt.

Der Anspruch der Klägerin ist daher mangels einer Provisionsvereinbarung nach § 15 Abs 1 Z 1 MaklerG zu verneinen. Die vom Rekursgericht für erheblich erachtete und von den Parteien in ihren Rechtsmittelschriften erörterte Frage, wer zu beweisen hat, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt oder nicht erteilt worden wäre, stellt sich im vorliegenden Zusammenhang nicht. Der Anspruch der Klägerin ist daher mangels einer Provisionsvereinbarung nach Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, MaklerG zu verneinen. Die vom Rekursgericht für erheblich erachtete und von den Parteien in ihren Rechtsmittelschriften erörterte Frage, wer zu beweisen hat, dass die grundverkehrsbehördliche Genehmigung erteilt oder nicht erteilt worden wäre, stellt sich im vorliegenden Zusammenhang nicht.

Die Revision musste erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41, 50 ZPO.

**Textnummer**

E67030

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00037.02Y.1015.000

**Im RIS seit**

14.11.2002

**Zuletzt aktualisiert am**

21.11.2013

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)