

Mietrecht

Mietzinsminderung als Spiegel
der dynamischen Welt

Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht

Nachträgliche Wohnungseigentums-
begründung: gebarungsrechtliche
Auswirkungen

Verfahrensrecht

Die Aufrechnungseinrede im Verfahren

Maklerrecht

Auswirkungen gescheiterter Finanzierung
auf die Maklerprovision

Immobilienbesteuerung

Abzugsteuer für die Einräumung
von Leitungsrechten

Forum Immobilientreuhänder

Aktuelles zum Richtwertmietzins

Auswirkungen gescheiterter Finanzierung auf die Maklerprovision

Der 10. Senat hat zuletzt die bisherige Judikaturlinie bestätigt, wonach der Umstand, dass der Auftraggeber den Kaufpreis für die vertragsgemäß vermittelte Liegenschaft nicht aufbringen kann, für sich allein kein Grund ist, dem Makler seinen Provisionsanspruch abzuerkennen. Der vorliegende Beitrag zeigt die bisherige Judikatur auf und erörtert, unter welchen Voraussetzungen es bei gescheiterter Kapitalbeschaffung dennoch zum (teilweisen) Entfall der Maklerprovision kommen kann.

DANIEL LASSINGLEITHNER

A. Grundsätzliches zum Entstehen und zum Entfall des Provisionsanspruchs

Gemäß § 7 Abs 1 MaklerG¹⁾ entsteht der Anspruch auf Provision mit der **Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts**. Eine **Punktation**²⁾ gem § 885 ABGB ist dabei ausreichend.³⁾ Wurde nämlich nur die Errichtung einer einverleibungsfähigen Urkunde (Kaufvertrag) einem späteren Zeitpunkt vorbehalten, hat dies nicht zur Folge, dass die Wirksamkeit des Vertrags erst mit der Einhaltung dieser Form eintritt.

Mag. Daniel Lassingleitner, LL.M. oec., ist Rechtsanwaltsanwärtin in Salzburg.

- 1) §§ ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des MaklerG.
- 2) Ein Vorvertrag hingegen, der bloß zum Abschluss des (Haupt-)Vertrags, aber nicht zur Erfüllung verpflichtet, löst keinen Provisionsanspruch des Maklers aus; vgl Prader, MaklerG^{2,03} (Stand 1. 10. 2018, rdb.at) § 7 Anm 2; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 7 Rz 3; 6 Ob 241/02 p RdW 2003/621.
- 3) RIS-Justiz RS0062766, zuletzt 6 Ob 195/13 i immolex 2014/48 (Stadlmann) = wobl 2014/87 (Kotbbauer).

§ 7 Abs 1 und 2,
§ 10 MaklerG

Maklerprovision;
Finanzierungsvorbehalt;
Kaufpreis;
Entfall;
Rücktritt

Der Vertrag gilt vielmehr (sofort) als Puktation.⁴⁾ Fällig wird der Provisionsanspruch gem § 10 mit seiner Entstehung.

In der Praxis genügt also grundsätzlich die allseitige Unterfertigung des im Regelfall vom Makler vorbereiteten **Kaufanbots** zum Entstehen des Provisionsanspruchs, wenn in diesem die essentialia negotii enthalten sind. Bedarf der vom Makler vermittelte Vertrag zu seiner Wirksamkeit einer **behördlichen Genehmigung**,⁵⁾ so erwirbt der Makler den Provisionsanspruch jedoch erst mit der Erteilung der Genehmigung.⁶⁾ Selbst wenn das Kaufanbot vom Verkäufer in diesem Fall bereits angenommen wurde, besteht mangels Rechtswirksamkeit iSd § 7 Abs 1 (noch) kein Provisionsanspruch des Immobilienmaklers. Wird das Rechtsgeschäft vor Eintritt der Bedingung aufgelöst, steht die Provision nur bei absichtlicher Provisionsvereitelung wider Treu und Glauben oder bei einer Vereinbarung gem § 15 Abs 1 Z 1 zu.⁷⁾ Nach dieser Bestimmung kann mit dem Auftraggeber vereinbart werden, dass dieser auch ohne einen dem Makler zurechenbaren Vermittlungserfolg einen Betrag zu leisten hat, wenn der Auftraggeber entgegen dem bisherigen Verhandlungsverlauf einen für das Zustandekommen des Geschäfts erforderlichen Rechtsakt ohne beachtenswerten Grund unterlässt und das bezeichnete Geschäft wider Treu und Glauben nur deshalb nicht zustande kommt. Eine solche Vereinbarung ist „nur“ bis zur Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision zulässig.

Wird der Vertrag wegen eines **Wurzelmangels** angefochten, besteht kein Provisionsanspruch des Maklers.⁸⁾ Es kann nach der Rsp nämlich von keinem rechtswirksamen Geschäft gesprochen werden, wenn es wegen Bestehens von Willensmängeln erfolgreich angefochten wird.⁹⁾ Das Problem der Nichtausführung des Geschäfts iSd § 7 Abs 2 kann sich somit bei Verträgen, die wegen eines Willensmangels ex tunc wegfallen, gar nicht stellen.¹⁰⁾ Der Vertrag wurde vielmehr niemals rechtswirksam iSd § 7 Abs 1, sodass der Anspruch auf Provision nicht entstanden ist. Eine gerichtliche Anfechtung ist nicht notwendig. Es reicht bereits die einvernehmliche Auflösung des Vertrags wegen eines dem Rechtsgeschäft anhaftenden Wurzelmangels.¹¹⁾

Der Anspruch auf Provision entfällt gem § 7 Abs 2, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen **nicht ausgeführt** wird. Liegt also kein begründeter Rücktritt des Auftraggebers vor, ist dieser trotz des Rücktritts zur Bezahlung der Provision verpflichtet. Zum Rücktritt berechtigen nicht nur wirtschaftliche, sondern auch persönliche Gründe, wie gesundheitliche Umstände etc. Anderes gilt dann, wenn diese Umstände dem Auftraggeber vor Vertragsabschluss bereits bekannt waren und dieser dennoch ein vorbehaltloses Kaufanbot unterbreitet.¹²⁾ Es ist also auch entscheidend, dass die Gründe für die Nichtausführung des vermittelten Geschäfts **nach Vertragsabschluss**¹³⁾ entstehen, widrigenfalls der Auftraggeber die Nichtausführung zu vertreten hat. Gleiches muss auch dann gelten, wenn die zum Rücktritt führenden

Umstände dem Auftraggeber bereits vor Vertragsabschluss hätten bekannt sein müssen.¹⁴⁾

B. Anbotslegung mit Finanzierungsvorbehalt

1. Allgemeines

In der Praxis werden Kaufanbote häufig mit einem sog „Finanzierungsvorbehalt“ abgegeben. Aufgrund des großen Nachfragedrucks am Immobilienmarkt muss sich der Käufer oft kurzfristig entscheiden, ob ein entsprechendes Anbot zum Erwerb des Vermittlungsobjekts abgegeben wird. Gleichzeitig muss der Käufer auch die Frage der (Fremd-)Finanzierung klären. Da jedoch auch das Entscheidungsprozedere der Kreditinstitute über die beantragte Kreditvergabe einige Zeit in Anspruch nehmen kann, ist die Finanzierung der Liegenschaft zum Zeitpunkt der Abgabe eines Kaufanbots bzw dessen Annahme durch den Verkäufer oftmals noch nicht gesichert, sodass das Anbot unter dem Vorbehalt einer Finanzierungszusage durch ein Kreditinstitut abgegeben wird.

2. Rechtsnatur des Finanzierungsvorbehalts

Wird das Kaufanbot vom Käufer unter dem Vorbehalt einer Finanzierungszusage abgegeben, handelt es sich dabei – abhängig von der konkreten Formulierung im Kaufanbot – typischerweise um eine **auf-schiebende Bedingung**. Die Rechtswirksamkeit des Vertragsabschlusses ist vom Eintritt der Bedingung – im Regelfall dem Vorliegen einer schriftlichen Finanzierungszusage – durch das Kreditinstitut abhängig. Da der Anspruch des Immobilienmaklers gem § 7 Abs 1 erst mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts entsteht, ist mangels Bedingungseintritt auch (noch) keine Provision zu bezahlen. Dabei kann auf die Rsp zur Wirksamkeit des vermittelten Vertrags bei Notwendigkeit einer behördlichen Genehmigung abgestellt werden, nach welcher der Makler den Provisionsanspruch erst mit Erteilung der Genehmigung erlangt.¹⁵⁾ Dies führt dazu, dass der Provisionsanspruch schon mangels Rechtswirksamkeit iSd § 7 Abs 1 gar nicht entsteht, sodass der „Umweg“ über § 7 Abs 2 nicht notwendig ist. Der OGH hat bereits ausgeführt, dass § 7 Abs 2 eine Sondernorm zu § 7 Abs 1 darstellt, die nur dann anzuwenden ist, wenn zwar die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 erfüllt sind, es in der Folge aber trotz eines wirksam und unanfecht-

4) 6 Ob 241/02 p RdW 2003/621.

5) Zu denken ist etwa an eine grundverkehrsbehördliche Genehmigung.

6) RIS-Justiz RS0062806.

7) 4 Ob 37/02 y immolex 2003/116; 7 Ob 116/03 i.

8) 1 Ob 209/02 w MietSlg 54.543; 1 Ob 75/14 g immolex 2015/45 (Stadlmann).

9) 1 Ob 75/14 g immolex 2015/45 (Stadlmann).

10) 1 Ob 75/14 g immolex 2015/45 (Stadlmann).

11) 1 Ob 352/97 i wobl 1999/140.

12) Prader, MaklerG^{2.03} § 7 Anm 2.

13) Im Normalfall also nach Annahme des Anbots durch den Verkäufer.

14) Vgl Prader, MaklerG^{2.03} § 7 Anm 2, der auf das Vorliegen nicht schon von vornherein absehbarer Gründe abstellt.

15) RIS-Justiz RS0062806.

bar abgeschlossenen Geschäfts aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen dazu kommt, dass der Vertrag „nicht ausgeführt“ wird.¹⁶⁾

In der Praxis wird dem Käufer zur Abklärung der Finanzierungsmöglichkeit oftmals auch ein befristetes **Rücktrittsrecht** eingeräumt. Dazu wird in der Lit die Ansicht vertreten, dass die Rechtswirksamkeit erst mit Ablauf der Rücktrittsfrist eintrete, sodass auch der Provisionsanspruch erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist entstehe.¹⁷⁾ Es handelt sich beim Rücktrittsrecht jedoch um keine aufschiebende Bedingung, sondern um ein Gestaltungsrecht.¹⁸⁾ Durch Ausübung eines Gestaltungsrechts wird mittels einseitiger Erklärung eine Veränderung der bestehenden Rechtslage herbeigeführt.¹⁹⁾ Die Rechtswirksamkeit tritt im Falle eines befristeten Rücktrittsrechts also bereits mit Annahme des Kaufanbots durch den Verkäufer ein, sodass auch der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers grundsätzlich zu diesem Zeitpunkt entsteht. Mit der Vorschreibung der Provision sollte der Makler dennoch bis zum Ablauf der Rücktrittsfrist zuwarten, da es gem § 4 Abs 1 Z 7 ImmMV **standeswidrig** ist, vor Ablauf der Rücktrittsfrist gem § 30 a KSchG oder vor dem rechtswirksamen Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäfts ein Angeld, Reugeld, eine Anzahlung, Provisionszahlungen oder Teile von Provisionszahlungen entgegenzunehmen.

3. Finanzierungsvorbehalt und Provision

Nach mittlerweile gefestigter Judikatur ist der Umstand, dass der Geschäftsherr den Kaufpreis für die vertragsgemäß vermittelte Liegenschaft nicht aufbringen kann, für sich allein kein Grund, dem Makler seinen Provisionsanspruch abzuerkennen.²⁰⁾ Dass dem Geschäftsherrn die Ausführung des Geschäfts wegen **Kapitalmangels** unmöglich ist, weil er für die Kapitalbeschaffung nicht genügend vorsorgte, befreit diesen ebenfalls nicht von der Provisionszahlungspflicht.²¹⁾ Zuletzt hat der OGH diese Rsp erneut bestätigt.²²⁾

Der bisherigen Rsp ist vollumfänglich zuzustimmen. Unterbreitet der Käufer dem Verkäufer ein Anbot, ohne vorab ausreichend Vorsorge hinsichtlich (Fremd-)Kapitalbeschaffung getroffen zu haben, liegt der Grund für die Nichtausführung des vermittelten Geschäfts iSd § 7 Abs 2 gerade in der Sphäre des Käufers, welchem es vor Abgabe des Kaufanbots ein Leichtes wäre, entsprechende Kapitalaufbringungsmöglichkeiten zu prüfen oder den Makler zumindest darauf hinzuweisen, dass die Finanzierung derzeit noch nicht gesichert ist. Einen „wichtigen“ Grund iSd § 7 Abs 2 nimmt die Rsp in diesen Fällen daher zu Recht nicht an.

Anderes könnte jedoch dann gelten, wenn das **Kaufanbot unter dem Vorbehalt der Finanzierung** abgegeben wurde. Schon vor Jahren hat der 5. Senat diesbezüglich ausgesprochen, dass die mangelnde Finanzierungsmöglichkeit für sich allein kein Grund sei, dem Makler seinen Provisionsanspruch abzuerkennen, und zwar insb dann nicht, wenn das Kaufanbot in keiner Weise von der Finanzierbarkeit des Kaufpreises abhängig gemacht wurde.²³⁾ Entscheidend

scheint daher – auch nach der weiteren vorliegenden Rsp²⁴⁾ – zu sein, dass der Umstand der noch nicht gesicherten Finanzierung im Kaufanbot entsprechende Beachtung findet.

Wird ein tatsächlicher Finanzierungsvorbehalt in Form einer **aufschiebenden Bedingung** vereinbart, ist das vermittelte Geschäft erst mit Bedingungseintritt, also bei Vorliegen einer Finanzierungszusage, rechtswirksam iSd § 7 Abs 1. Mangels Bedingungseintritt kann der Immobilienmakler daher trotz Vorliegens eines von allen Parteien unterfertigten Anbots grundsätzlich keine Provision einfordern.

Bei Vereinbarung eines **Rücktrittsrechts** bis zur erfolgten Abklärung der Finanzierungsmöglichkeiten tritt die Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts grundsätzlich bereits mit Annahme des Anbots durch den Verkäufer ein, sodass auch der Provisionsanspruch bereits zu diesem Zeitpunkt entsteht. Bei Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Käufer wird durch einseitige Erklärung die bestehende Rechtslage nachträglich geändert. Voraussetzung des Entfalls des Provisionsanspruchs gem § 7 Abs 2 ist unter anderem die Nichtausführung des Geschäfts nach (!) seinem Abschluss. Nach der Rsp ist § 7 Abs 2 daher auch bei einem Rücktritt anwendbar.²⁵⁾ Auch die weitere Voraussetzung, dass der Vertrag aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird, ist in diesem Fall erfüllt. Bei Vereinbarung eines Rücktrittsrechts zur Prüfung der Möglichkeit des Erhalts einer Fremdfinanzierung ist allen Parteien klar, dass die Finanzierung des Kaufobjekts noch nicht gesichert ist. Reklamiert der Käufer die Aufnahme eines solchen Rücktrittsrechts in das Kaufanbot und kann der Kaufpreis sodann nachträglich mangels Kreditvergabe nicht aufgebracht werden, ist darin ein nicht vom Auftraggeber zu vertretender Hinderungsgrund iSd § 7 Abs 2 zu erblicken, der zum Entfall des Provisionsanspruchs führt. In der Praxis wird ein solches Rücktrittsrecht auch oftmals **befristet** eingeräumt. Langt die Rücktrittserklärung des Käufers erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist beim Immobilienmakler oder Verkäufer ein, hat dieser dennoch die Maklerprovision zu bezahlen. Mit Ablauf der Rücktrittsfrist ist nämlich das Gestaltungsrecht erloschen. Da das Rechtsgeschäft bereits mit Annahme des Anbots durch den Verkäufer rechtswirksam iSd § 7 Abs 1 wurde, bleibt im Falle des verspäteten Rücktritts daher auch der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers aufrecht.

16) 1 Ob 75/14 g immolex 2015/45.

17) *Kotlbauer*, Glosse zu 6 Ob 195/13 i wobl 2014/87.

18) RIS-Justiz RS0013908; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 859 Rz 14.

19) *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 859 Rz 14.

20) RIS-Justiz RS0116248; zuletzt 10 Ob 46/18 i immolex-LS 2018/59.

21) RIS-Justiz RS0062739.

22) 10 Ob 46/18 i immolex-LS 2018/59.

23) 5 Ob 266/01 f ecolex 2002/135.

24) Vgl RIS-Justiz RS0116248.

25) 5 Ob 266/01 f ecolex 2002/135; LG Eisenstadt 13 R 57/07 s.

4. Entfall der Provision auch ohne Vorbehalt im Kaufanbot?

Die Rsp scheint primär darauf abzustellen, dass der Umstand der noch nicht gesicherten Finanzierung **im Kaufanbot** entsprechende Beachtung findet.²⁶⁾

Der 2. Senat hat jedoch auch ohne Finanzierungsvorbehalt im Kaufanbot einen nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Grund für die Nichtausführung des Geschäfts angenommen, wenn eine bereits zugesagte Fremdfinanzierung **entgegen der Erwartungshaltung aller Beteiligten** (mehrmalige Zusicherung der Gewährung eines Kredits durch das Bankinstitut gegenüber der Immobilienmaklerin und dem Käufer) letztlich doch nicht erfolgt.²⁷⁾

Wenn das Kaufanbot vom Verkäufer nicht unter dem Vorbehalt der Finanzierung abgegeben wird, führt dies zunächst dazu, dass der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers mangels aufschiebender Bedingung bereits mit Annahme des Kaufanbots durch den Verkäufer entsteht. Zu diesem Zeitpunkt wird das vermittelte Rechtsgeschäft rechtswirksam iSd § 7 Abs 1.

Der Käufer kann daher von seiner Provisionszahlungspflicht nur dann befreit sein, wenn ein nicht von diesem zu vertretender Hinderungsgrund iSd § 7 Abs 2 vorliegt. Da es aber nicht dem Käufer angelastet werden kann, wenn eine bereits zugesagte Fremdfinanzierung entgegen der Erwartungshaltung aller Beteiligten überraschend doch nicht erfolgt, führt auch der Umstand, dass sich im Kaufanbot kein Finanzierungsvorbehalt findet, in diesem Fall nicht dazu, dass die unterbliebene Ausführung des Rechtsgeschäfts der Sphäre des Käufers zuzurechnen ist. Bestehen für diesen im Zeitpunkt der Anbotslegung keinerlei Anhaltspunkte, dass entgegen der bereits erteilten (mündlichen) Zusage durch das Kreditinstitut die Fremdfinanzierung dennoch scheitern könnte, besteht auch keine Veranlassung, das Kaufanbot nur unter dem Vorbehalt einer Finanzierungszusage abzugeben. Diesfalls hat es der Käufer auch nicht verabsäumt, für die Kapitalbeschaffung ausreichend vorzusorgen. Es ist für diesen auch nicht voraussehbar. Insgesamt kann es daher – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – **auch bei gescheiterter Fremdfinanzierung ohne Finanzierungsvorbehalt** im Kaufanbot zum **Entfall des Provisionsanspruchs** kommen.

Für den beauftragten Immobilienmakler lauert hier eine „**Haftungsfalle**“. Er ist mE grundsätzlich verpflichtet, über die möglichen Rechtsfolgen der Abgabe eines Kaufanbots ohne Finanzierungsvorbehalt aufzuklären. Hat der Makler Kenntnis darüber, dass die Finanzierung des Kaufpreises noch nicht gesichert ist, wird dieser den Käufer daher darauf hinweisen müssen, dass im Falle der Abgabe des Kaufanbots ohne Finanzierungsvorbehalt und der Annahme eben dieses durch den Verkäufer auch im Falle der gescheiterten Fremdfinanzierung und eines damit verbundenen „Rücktritts“ eine Maklerprovision zu bezahlen ist, widrigenfalls dem Makler aufgrund der begangenen Pflichtverletzung ein gänzlicher Entfall, zumindest aber eine Provisionsminderung gem § 3 Abs 4 droht.

Praxistipp

Immobilienmakler sind daher gut beraten, im Falle der Kenntnis des Vorliegens einer bloß mündlichen Finanzierungszusage dem Käufer die Aufnahme eines Finanzierungsvorbehalts zu empfehlen, zumindest jedoch auf die Rechtsfolgen der Abgabe eines Kaufanbots ohne Finanzierungsvorbehalt (schriftlich) hinzuweisen.

Auch wird generell darüber aufzuklären sein, dass mit der Annahme des Kaufanbots bereits eine rechtswirksame vertragliche Einigung vorliegt. Dies ist den Kaufinteressenten in der Praxis häufig nicht bewusst.

5. Pflichten des Erwerbers bei Abgabe eines Kaufanbots unter Finanzierungsvorbehalt

Steht die Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags unter einer aufschiebenden Bedingung, steht dem Makler im Falle der Auflösung des Rechtsgeschäfts vor Eintritt der Bedingung nach der Rsp – wie bereits eingangs erwähnt – nur bei absichtlicher sittenwidriger Schädigung oder bei einer Vereinbarung gem § 15 Abs 1 Z 1 ein Anspruch auf Provision zu.²⁸⁾ Dieser Grundsatz gilt mE auch bei **rechtsmissbräuchlicher Ausübung eines vereinbarten Rücktrittsrechts** zur Abklärung, ob das notwendige Kapital beigebracht werden kann.

Absichtliche sittenwidrige Schädigung liegt dann vor, wenn der Auftraggeber den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt hat.²⁹⁾ Voraussetzung ist also zunächst das Vorliegen einer Schädigungsabsicht beim Auftraggeber. Dabei genügt nach hA dolus eventualis.³⁰⁾ Es wurde auch bereits mehrfach judiziert, dass der Nichtabschluss eines von einem Agenten vermittelten Geschäfts, wenn der Abschluss unterlassen wird, um ihn um die Provision zu bringen, sittenwidrig ist.³¹⁾

Dies führt zur Frage, unter welchen **Voraussetzungen** bei Vereinbarung eines Finanzierungsvorbehalts von einer absichtlichen sittenwidrigen Schädigung auszugehen ist und welche Pflichten den Käufer treffen. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass nach Annahme des Kaufanbots durch den Verkäufer der Käufer plötzlich – aus welchen Gründen auch immer – die Liegenschaft doch nicht erwerben und naturgemäß sodann auch keine Maklerprovision bezahlen will. Im Falle der Vereinbarung eines Finanzierungsvorbehalts langt in der Praxis beim Immobilienmakler und/oder Verkäufer daher oftmals ein „lapidares“ Schreiben ein, mit welchem der Rücktritt aufgrund gescheiterter Fremdfinanzierung erklärt wird. Dieses Schreiben allein befreit den Käufer jedoch nicht von seiner Provisionszahlungs-

26) RIS-Justiz RS0116248.

27) 2 Ob 38/05k.

28) 4 Ob 37/02y immolex 2003/116.

29) 7 Ob 116/03i RdW 2003/622.

30) *Reischauer* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 1295 Rz 58; *Wagner* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1295 Rz 146; 1 Ob 562/92 SZ 65/76; 3 Ob 556/92 ÖBA 1994, 400.

31) 1 Ob 969/25 Rsp 1926/2; 2 Ob 35/52 SZ 25/90; 2 Ob 482/52 SZ 25/186; 1 Ob 627/81 EvBl 1982/116.

pflcht. Die **Beweislast** trifft nach der Rsp den Auftraggeber (Geschäftsherrn): Um sich von seiner Provisionszahlungspflicht zu befreien, muss er nachweisen, dass die Ausführung des vermittelten Geschäfts **ohne sein Verschulden** infolge nachträglicher Änderung der Verhältnisse unmöglich oder unzumutbar geworden ist.³²⁾ Der Käufer muss daher gegenüber dem Immobilienmakler auch nachweisen, dass die Fremdfinanzierung gescheitert ist. Dies geschieht in der Praxis häufig durch Übermittlung einer schriftlichen **Finanzierungsabsage der Hausbank** des Käufers. Eine solche ist mE zur Erbringung des Nachweises der gescheiterten Finanzierung grundsätzlich auch ausreichend. Bestehen allerdings Anhaltspunkte, dass eine Fremdfinanzierung über ein anderes Kreditinstitut möglich sein könnte, ist der Käufer mE verpflichtet, auch bei zumindest einem weiteren Kreditinstitut eine Finanzierung zu beantragen. Aufgrund des wohl häufig bestehenden Naheverhältnisses zwischen dem Käufer und seiner „Hausbank“ besteht nämlich das Risiko, dass diese quasi

über „Wunsch“ des Käufers keine Finanzierungszusage erteilt.

Praxistipp

Um sich von seiner Provisionszahlungspflicht zu befreien, ist vom Käufer daher zu verlangen, sich redlich um die Kapitalbeschaffung zu bemühen. Liegen Anhaltspunkte für die Möglichkeit des Erhalts eines Kredits zu ortsüblichen Konditionen bei einem anderen Bankinstitut vor, ist der Käufer daher auch verpflichtet, einen solchen bei einem weiteren Kreditinstitut zu beantragen, widrigenfalls die Pflicht zur Bezahlung der Provision zumindest bei einer getroffenen Vereinbarung gem § 15 Abs 1 Z 1 aufrechterbleibt.

32) RIS-Justiz RS0062994.

SCHLUSSTRICH

Wird das Kaufanbot vom Käufer unter dem Vorbehalt einer Finanzierungszusage abgegeben, wird das vermittelte Geschäft erst mit Eintritt der Bedingung – dem Vorliegen einer Finanzierungszusage – rechtswirksam, sodass der Provisionsanspruch gem § 7 Abs 1 erst zu diesem Zeitpunkt entsteht. Mangels Finanzierungszusage ist daher grundsätzlich keine Maklerprovision zu bezahlen. Bei Vereinbarung eines Rücktrittsrechts zur Abklärung der Finanzierungsmöglichkeiten wird das Rechtsgeschäft hingegen bereits mit Annahme des Kaufanbots durch den Verkäufer rechtswirksam. Bei (fristgerechter) Ausübung des Rücktrittsrechts mangels Erhalt eines Kredits entfällt jedoch grundsätzlich der Provisionsanspruch des Maklers gem § 7

Abs 2. Wenn eine bereits zugesagte Fremdfinanzierung entgegen der Erwartungshaltung aller Beteiligten letztlich doch nicht erfolgt, ist darin selbst dann ein nicht vom Käufer zu vertretender Grund iSd § 7 Abs 2 zu erblicken, wenn sich im Kaufanbot kein Finanzierungsvorbehalt findet. Im Falle der Auflösung des Rechtsgeschäfts vor Eintritt der Bedingung steht nach der Rsp nur bei absichtlicher sittenwidriger Schädigung oder bei einer Vereinbarung gem § 15 Abs 1 Z 1 ein Anspruch auf Provision zu. Der Käufer muss nachweisen, dass die Fremdfinanzierung gescheitert ist. Dieser Nachweis wird in der Praxis häufig durch Übermittlung einer schriftlichen Finanzierungsabsage zu erbringen sein.