

TE OGH 2016/3/16 3Ob1/16t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.03.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hoch als Vorsitzenden sowie die Vizepräsidentin Dr. Lovrek, die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch und die Hofrätin Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. H*****, vertreten durch Dr. Josef Lindlbauer, Rechtsanwalt in Enns, gegen die beklagte Partei I*****, vertreten durch Sparlinek Piermayr Prossliner Rechtsanwälte KG in Linz, wegen 7.200 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 17. September 2015, GZ 32 R 46/15p-15, womit das Urteil des Bezirksgerichts Linz vom 26. März 2015, GZ 16 C 873/14a-11, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben und dem Berufungsgericht eine neuerliche Entscheidung über die Berufung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der im Jahr 1937 geborene Kläger schloss am 24. Mai 2012 eine Vereinbarung mit der Beklagten, womit sich die Beklagte verpflichtete, 12 Monate für den Kläger tätig zu sein und innerhalb dieses Zeitraums mindestens sechs Partnervorschläge nach Maßgabe der Bestimmungen 4b und 4f dieses Vertrags zu leisten.

Die Bestimmungen 4b und 4f lauten wörtlich:

„4b Zur Ermöglichung einer erfolgreichen Betreuung, der erforderlichen Zusammenarbeit und der Diskretion sowie Verhinderung von ungewollten Mißbräuchen wende ich mich wegen neuer Vorschläge, Adressen oder persönlichen Bekanntmachungen an das Institut ... [der Beklagten] und informiere das Institut über meine mit anderen Klienten aufgenommenen Verbindungen. Ich werde deshalb auch die an mich gerichteten Schreiben des Institutes sowie die Kontaktbriefe anderer Klienten unverzüglich beantworten. Kontaktschreiben, die ich aus irgendwelchen Gründen nicht zu beantworten wünsche, sende ich sofort dem Institut zu, das die Weiterleitung an den Absender übernimmt.

4f Partnervorschläge müssen schriftlich angefordert werden.“

Im Zuge der zwischen den Streitparteien geschlossenen Vereinbarung wurden die Kriterien für die geschuldeten sechs Partnervorschläge dahin festgelegt, dass die Damen bis 72 Jahre alt sein sollten, es egal war, ob sie Raucherinnen oder Nichtraucherinnen waren und auch die Haarfarbe war gleichgültig.

Die Kriterien für die geschuldeten Partnervorschläge wurden anhand eines persönlichen Gesprächs der Beklagten mit dem Kläger, bei welchem er über bevorzugte und ausschließende Eigenschaften der Wunschpartnerin befragt wurde, auf einem „diskreten Fragebogen“ schriftlich festgehalten, den der Kläger vollständig ausgefüllt unterschrieb. Der Kläger gab bei diesem Gespräch keine Ausschlusskriterien an.

Der Kläger bezahlte die vereinbarte Betreuungsgebühr von 7.200 EUR bei Vertragsabschluss an die Beklagte.

Die Beklagte übersandte auf schriftlichem Weg, nicht aber per Einschreiben, in einem Zeitraum von 12 Monaten nach Vertragsabschluss sechs Partnervorschläge an die vom Kläger gewünschte Adresse; und zwar jeweils zwei Partnervorschläge am 4. Juni 2012, am 14. November 2012 und am 12. Februar 2013. Ein weiterer Partnervorschlag wurde (außerhalb der Frist von 12 Monaten) am 30. September 2013 versendet.

Sämtliche Partnervorschläge entsprachen den im „diskreten Fragebogen“ festgelegten Wunschkriterien des Klägers.

Die vom Kläger nach Vertragsabschluss im Zuge eines Telefonats mit der Beklagten geäußerten Anregungen, dass er eine Frau bevorzuge, die 30 bis 40 Jahre jünger sei als er, wurden von der Beklagten als Scherz aufgefasst. Sie teilte dem Kläger mit, dass diese Vorstellung unrealistisch ist, was der Kläger bei diesem Telefonat einsah.

Der Kläger forderte bei der Beklagten keine Partnervorschläge schriftlich an.

Mit seiner am 13. Juni 2014 eingebrachten Klage begehrt der Kläger die Rückzahlung des Honorars von 7.200 EUR unter gleichzeitiger Erklärung seines Rücktritts vom Vertrag gemäß § 918 ABGB. Da die Beklagte lediglich zwei Partnervorschläge übermittelt habe, die nicht den Vorgaben des Klägers entsprochen hätten, sei die Leistung mangelhaft geblieben. Weitere Partnervorschläge habe sie nicht erstattet. Der Kläger habe hinsichtlich des Alters und der Optik der gewünschten Partnerin ausdrücklich Christine R***** als Beispiel genannt, die knapp über 30 Jahre alt sei. Tatsächlich sei eine der vorgeschlagenen Damen ca 50 Jahre und die andere 65 Jahre alt gewesen. Er habe die Beklagte angerufen und ihr mitgeteilt, dass diese Partnervorschläge seinen Altersvorstellungen nicht entsprochen hätten. Die Beklagte, die nur zwei mangelhafte Partnervorschläge erstattet habe, müsse sich anrechnen lassen, was sie sich aufgrund der Nichterfüllung des Vertrags erspart habe. Der Partnervermittlungsvertrag enthalte vorwiegend Elemente eines Werkvertrags. § 1168 ABGB komme daher zur Anwendung. Die tatsächlichen Aufwendungen der Beklagten lägen bei maximal 10 % der Betreuungsgebühr. Mit seiner am 13. Juni 2014 eingebrachten Klage begehrt der Kläger die Rückzahlung des Honorars von 7.200 EUR unter gleichzeitiger Erklärung seines Rücktritts vom Vertrag gemäß Paragraph 918, ABGB. Da die Beklagte lediglich zwei Partnervorschläge übermittelt habe, die nicht den Vorgaben des Klägers entsprochen hätten, sei die Leistung mangelhaft geblieben. Weitere Partnervorschläge habe sie nicht erstattet. Der Kläger habe hinsichtlich des Alters und der Optik der gewünschten Partnerin ausdrücklich Christine R***** als Beispiel genannt, die knapp über 30 Jahre alt sei. Tatsächlich sei eine der vorgeschlagenen Damen ca 50 Jahre und die andere 65 Jahre alt gewesen. Er habe die Beklagte angerufen und ihr mitgeteilt, dass diese Partnervorschläge seinen Altersvorstellungen nicht entsprochen hätten. Die Beklagte, die nur zwei mangelhafte Partnervorschläge erstattet habe, müsse sich anrechnen lassen, was sie sich aufgrund der Nichterfüllung des Vertrags erspart habe. Der Partnervermittlungsvertrag enthalte vorwiegend Elemente eines Werkvertrags. Paragraph 1168, ABGB komme daher zur Anwendung. Die tatsächlichen Aufwendungen der Beklagten lägen bei maximal 10 % der Betreuungsgebühr.

Die Beklagte habe überdies gegen § 7 Abs 1 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Ausübungsvorschriften für „Partnervermittlung“ verstoßen: Sie habe nämlich keinen Nachweis vorgelegt, dass dem Kläger die Informationen über Partnersuchende (Partnervorschläge) schriftlich weitergegeben worden (und auch zugegangen) seien. Ferner habe sie gegen § 6 Abs 3 dieser Verordnung verstoßen, weil sie die vom Kläger angegebenen Partnerwünsche nicht festgehalten habe. Die Bestimmung 4f des Vertrags sei iSd § 864a ABGB objektiv ungewöhnlich und überraschend: Ein Kunde, der 7.200 EUR für sechs Partnervorschläge in 12 Monaten bezahlt habe, müsse nicht damit rechnen, dass er die Dienstleistung gesondert schriftlich anfordern müsse. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die Beklagte habe überdies gegen Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Ausübungsvorschriften für „Partnervermittlung“ verstoßen: Sie habe nämlich keinen Nachweis vorgelegt, dass dem Kläger die Informationen über

Partnersuchende (Partnervorschläge) schriftlich weitergegeben worden (und auch zugegangen) seien. Ferner habe sie gegen Paragraph 6, Absatz 3, dieser Verordnung verstoßen, weil sie die vom Kläger angegebenen Partnerwünsche nicht festgehalten habe. Die Bestimmung 4f des Vertrags sei iSd Paragraph 864 a, ABGB objektiv ungewöhnlich und überraschend: Ein Kunde, der 7.200 EUR für sechs Partnervorschläge in 12 Monaten bezahlt habe, müsse nicht damit rechnen, dass er die Dienstleistung gesondert schriftlich anfordern müsse. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und wandte ein, dass sie dem Kläger insgesamt acht Partnervorschläge übermittelt habe. Diese Partnervorschläge hätten den vom Kläger im „diskreten Fragebogen“ angegebenen Anforderungsprofil entsprochen, das der Kläger eigenhändig unterfertigt habe. Es sei unrichtig, dass dem Kläger lediglich zwei Partnervorschläge übermittelt worden seien. Im Übrigen habe der Kläger entgegen Punkt 4f der Vereinbarung Partnervorschläge nicht schriftlich angefordert.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte es fest, dass der Kläger die von der Beklagten übersandten Partnervorschläge erhalten habe.

Das Erstgericht vertrat die Auffassung, dass die Beklagte die von ihr geschuldete Leistung, nämlich die Übermittlung von sechs Partnervorschlägen nach dem zwischen den Streitteilen vereinbarten Anforderungsprofil, in einem Zeitraum von 12 Monaten ordnungsgemäß erfüllt habe. § 7 Abs 1 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 17. August 1987 über Ausübungsvorschriften für Partnervermittler sei nicht zu entnehmen, dass die Übermittlung der Partnervorschläge mittels Einschreibens zu erfolgen habe. Die Beklagte habe den Nachweis der schriftlichen Übermittlung und des Erhalts der Partnervorschläge erbracht. Das Erstgericht vertrat die Auffassung, dass die Beklagte die von ihr geschuldete Leistung, nämlich die Übermittlung von sechs Partnervorschlägen nach dem zwischen den Streitteilen vereinbarten Anforderungsprofil, in einem Zeitraum von 12 Monaten ordnungsgemäß erfüllt habe. Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 17. August 1987 über Ausübungsvorschriften für Partnervermittler sei nicht zu entnehmen, dass die Übermittlung der Partnervorschläge mittels Einschreibens zu erfolgen habe. Die Beklagte habe den Nachweis der schriftlichen Übermittlung und des Erhalts der Partnervorschläge erbracht.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge und ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die in § 7 Abs 1 der Verordnung BGBl 1987/434 normierte Verpflichtung des Gewerbebetreibenden, die Informationen über Partnersuchende „nachweislich schriftlich weiterzugeben“ eine Übermittlung mittels eingeschriebenen Briefs bzw den Nachweis des Zugangs an den Kunden notwendig mache. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge und ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, ob die in Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung BGBl 1987/434 normierte Verpflichtung des Gewerbebetreibenden, die Informationen über Partnersuchende „nachweislich schriftlich weiterzugeben“ eine Übermittlung mittels eingeschriebenen Briefs bzw den Nachweis des Zugangs an den Kunden notwendig mache.

Das Berufungsgericht übernahm in Erledigung der Beweistrüge des Klägers die erstgerichtlichen Feststellungen mit Ausnahme jener, dass der Beklagte auch die weiteren, von der Beklagten übermittelten Partnervorschläge erhielt. Diese Feststellung erachtete das Berufungsgericht als nicht entscheidungserheblich.

Im Übrigen billigte das Berufungsgericht die Rechtsauffassung des Erstgerichts: Die Beklagte habe ihrer Verpflichtung iSd § 7 Abs 1 der Verordnung entsprochen und die Partnervorschläge, die dem Anforderungsprofil entsprochen hätten, nachweislich an den Kläger weitergeleitet. Ob der Kläger die Partnervorschläge tatsächlich erhalten habe, sei deshalb nicht von Relevanz, weil es sich bei der Übermittlung eines Partnervorschlags um keine empfangsbedürftige, einseitige Willenserklärung iSd § 862a ABGB handle, deren Zugang bewiesen werden müsse. Vielmehr sei § 429 ABGB anwendbar. Sei die Versendung einer Sache (hier: der Partnervorschläge) vereinbart, und über die Versendungsart nichts näheres bestimmt, könne angenommen werden, dass der Empfänger mit verkehrsüblicher Übersendung (insbesondere durch die Post) einverstanden sei. Der Absender habe dann seine Verpflichtung schon mit der Versendung der Sache erfüllt. Im Übrigen billigte das Berufungsgericht die Rechtsauffassung des Erstgerichts: Die Beklagte habe ihrer Verpflichtung iSd Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung entsprochen und die Partnervorschläge, die dem Anforderungsprofil entsprochen hätten, nachweislich an den Kläger weitergeleitet. Ob der

Kläger die Partnervorschläge tatsächlich erhalten habe, sei deshalb nicht von Relevanz, weil es sich bei der Übermittlung eines Partnervorschlags um keine empfangsbedürftige, einseitige Willenserklärung iSd Paragraph 862 a, ABGB handle, deren Zugang bewiesen werden müsse. Vielmehr sei Paragraph 429, ABGB anwendbar. Sei die Versendung einer Sache (hier: der Partnervorschläge) vereinbart, und über die Versendungsart nichts näheres bestimmt, könne angenommen werden, dass der Empfänger mit verkehrsüblicher Übersendung (insbesondere durch die Post) einverstanden sei. Der Absender habe dann seine Verpflichtung schon mit der Versendung der Sache erfüllt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Klägers, die einen Abänderungsantrag im klagestattgebenden Sinn, hilfsweise einen Aufhebungsantrag, enthält.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig und im Sinn einer Aufhebung der berufsgerichtlichen Entscheidung auch berechtigt.

In der Revision hält der Kläger seinen Standpunkt aufrecht, dass § 7 Abs 1 der Verordnung BGBl 1987/434 so auszulegen sei, dass Partnervorschläge eingeschrieben übermittelt werden müssten. Jedenfalls aber treffe die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Partnervorschläge zugegangen seien. In der Revision hält der Kläger seinen Standpunkt aufrecht, dass Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung BGBl 1987/434 so auszulegen sei, dass Partnervorschläge eingeschrieben übermittelt werden müssten. Jedenfalls aber treffe die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Partnervorschläge zugegangen seien.

Dazu wurde erwogen:

1. Die Beklagte verpflichtete sich in dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrag, dem Kläger innerhalb von 12 Monaten mindestens sechs Partnervorschläge zu erstatten, die seinem Anforderungsprofil im „diskreten Fragebogen“ entsprechen. Das dafür im Voraus bezahlte Entgelt von 7.200 EUR war von einem Erfolg der Bemühungen der Beklagten nicht abhängig. Dieser Partnervermittlungsvertrag unterliegt nicht dem § 879 Abs 1 Z 2 ABGB (1 Ob 812/76 SZ 50/6; 6 Ob 742/77 SZ 50/144; RIS-Justiz RS0016855). 1. Die Beklagte verpflichtete sich in dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrag, dem Kläger innerhalb von 12 Monaten mindestens sechs Partnervorschläge zu erstatten, die seinem Anforderungsprofil im „diskreten Fragebogen“ entsprechen. Das dafür im Voraus bezahlte Entgelt von 7.200 EUR war von einem Erfolg der Bemühungen der Beklagten nicht abhängig. Dieser Partnervermittlungsvertrag unterliegt nicht dem Paragraph 879, Absatz eins, Ziffer 2, ABGB (1 Ob 812/76 SZ 50/6; 6 Ob 742/77 SZ 50/144; RIS-Justiz RS0016855).

2. Ein solcher Vertrag wurde in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zwar als einem Glücksvertrag ähnlich bezeichnet (6 Ob 742/77). In der Folge wurde aber klargestellt, dass der Vertrag jedenfalls auch Elemente eines Werkvertrags aufweist (6 Ob 805/81 SZ 54/173; Krammer, Rechtsfragen der gewerblichen Partnervermittlung, iFamZ 2010, 331 mwN; aA die in Deutschland herrschende Auffassung, wonach die werkvertraglichen Elemente gegenüber dem Dienstvertrag zurücktreten sollen - vgl MüKoBGB/Roth BGB6 [2012] § 656 Rn 20 mwN). 2. Ein solcher Vertrag wurde in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zwar als einem Glücksvertrag ähnlich bezeichnet (6 Ob 742/77). In der Folge wurde aber klargestellt, dass der Vertrag jedenfalls auch Elemente eines Werkvertrags aufweist (6 Ob 805/81 SZ 54/173; Krammer, Rechtsfragen der gewerblichen Partnervermittlung, iFamZ 2010, 331 mwN; aA die in Deutschland herrschende Auffassung, wonach die werkvertraglichen Elemente gegenüber dem Dienstvertrag zurücktreten sollen - vergleiche MüKoBGB/Roth BGB6 [2012] Paragraph 656, Rn 20 mwN).

Im Hinblick auf den geschuldeten Leistungserfolg liegt hier nach Auffassung des Senats ein Vertragsverhältnis mit überwiegend werkvertraglichem Charakter vor. Dass der Unternehmer keinen Vermittlungserfolg schuldet, steht dieser Beurteilung nicht entgegen, weil die geschuldete Hauptleistung nicht eine bloße Bemühung um Vermittlung ist, sondern die Verpflichtung des Unternehmers, dem Anforderungsprofil entsprechende konkrete Partnervorschläge in bestimmter Zahl innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erstatten.

3. Die Tatsacheninstanzen haben festgestellt, dass die Beklagte dem Kläger die innerhalb der 12-monatigen Frist geschuldeten Partnervorschläge übermittelte. Ferner steht fest, dass die Partnervorschläge dem Anforderungsprofil des Klägers entsprachen.

4. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts trifft jedoch die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast dafür,

dass dem Kläger die geschuldeten Partnervorschläge zuzugingen.

4.1 Die aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 69 Abs 2 GewO 1973 BGBl 1974/50 erlassene Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Ausübungsvorschriften für Partnervermittler vom 17. August 1987 (Partner-vermittlungsV BGBl 1987/434) und im Speziellen auch die Bestimmung des § 7 Abs 1 dieser Verordnung dient dem Schutz der Kunden vor Vermögensschäden (4 Ob 110/91 = RIS-Justiz RS0070992) und ist Gesetz im materiellen Sinn (vgl zur Immobilienmaklerverordnung RIS-Justiz RS0106080). Sie regelt ua Vertragspflichten des Unternehmers, auf die sich somit der Kläger gegenüber der Beklagten berufen kann. 4.1 Die aufgrund der Verordnungsermächtigung des Paragraph 69, Absatz 2, GewO 1973 BGBl 1974/50 erlassene Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Ausübungsvorschriften für Partnervermittler vom 17. August 1987 (Partner-vermittlungsV BGBl 1987/434) und im Speziellen auch die Bestimmung des Paragraph 7, Absatz eins, dieser Verordnung dient dem Schutz der Kunden vor Vermögensschäden (4 Ob 110/91 = RIS-Justiz RS0070992) und ist Gesetz im materiellen Sinn vergleiche zur Immobilienmaklerverordnung RIS-Justiz RS0106080). Sie regelt ua Vertragspflichten des Unternehmers, auf die sich somit der Kläger gegenüber der Beklagten berufen kann.

4.2 § 7 Abs 1 der Verordnung lautet wörtlich: 4.2 Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung lautet wörtlich:

„Der Gewerbetreibende hat Informationen über Partnersuchende zum Zwecke der Partnersuche nachweislich schriftlich weiterzugeben. Diese Informationen haben zu beinhalten:

1. eine genaue Beschreibung der Person einschließlich zumindest folgender Angaben: Geschlecht, Alter, Größe, Religion, Stand, Kinder, Beruf, Wohnort, Hobbys,
2. den Hinweis, daß keine Gewähr dafür übernommen wird, daß diese Person bereit ist, mit dem vermittelten Partner eine Partnerschaft einzugehen, und
3. den Hinweis, daß diese Informationen von einem zur Ausübung der Partnervermittlung berechtigten Gewerbetreibenden bekanntgegeben werden, und daß er nicht berechtigt ist, eine Erfolgsprovision für die Vermittlung eines Ehevertrages zu fordern oder entgegenzunehmen.“

4.3 Inhalt der Regelung ist zunächst, dass die Partnervorschläge in Schriftform erstattet werden müssen. Dadurch wird einerseits auf Beweisebene die Prüfung erleichtert, ob die vom Unternehmer erstatteten Partnervorschläge dem Anforderungsprofil entsprechen (vgl Z 1). Insoweit kommt der Schriftform Beweisfunktion zu. Andererseits wird dem Kunden durch die Schriftform eindringlich vor Augen geführt, dass er das Entgelt auch ohne Vermittlungserfolg leisten muss (Z 2) und dass er es mit einem gewerbsmäßigen Partnervermittler zu tun hat (Z 3 - vgl auch 4 Ob 110/91 zu § 2 Abs 1 der PartnervermittlungsV). In diesem Umfang hat die Schriftform Warnfunktion. 4.3 Inhalt der Regelung ist zunächst, dass die Partnervorschläge in Schriftform erstattet werden müssen. Dadurch wird einerseits auf Beweisebene die Prüfung erleichtert, ob die vom Unternehmer erstatteten Partnervorschläge dem Anforderungsprofil entsprechen (vergleiche Ziffer eins,). Insoweit kommt der Schriftform Beweisfunktion zu. Andererseits wird dem Kunden durch die Schriftform eindringlich vor Augen geführt, dass er das Entgelt auch ohne Vermittlungserfolg leisten muss (Ziffer 2,) und dass er es mit einem gewerbsmäßigen Partnervermittler zu tun hat (Ziffer 3, - vergleiche auch 4 Ob 110/91 zu Paragraph 2, Absatz eins, der PartnervermittlungsV). In diesem Umfang hat die Schriftform Warnfunktion.

4.4 Aus § 7 Abs 1 PartnervermittlungsV ist jedoch - entgegen der Auffassung des Klägers - nicht abzuleiten, dass Partnervorschläge unter Einhaltung bestimmter Übermittlungsformen per Post (Einschreiben, Rückscheinbrief oder Eigenhandsendung) zu versenden sind. Weder der Verordnungswortlaut, der ein solches Erfordernis nicht nennt, noch der aufgezeigte Zweck der Regelung gebietet diese Auslegung. Auch die zwischen den Streitparteien getroffene Vereinbarung enthält keine Verpflichtung der Beklagten, Partnervorschläge mit der Post zu übermitteln. Vielmehr ist aus Punkt 4b des Vertrags abzuleiten, dass eine Holschuld vereinbart wurde (... „wende ich mich wegen neuer Vorschläge an das Institut“). Diese Vereinbarung entspricht somit der Zweifelsregel des § 905 Abs 1 ABGB. 4.4 Aus Paragraph 7, Absatz eins, PartnervermittlungsV ist jedoch - entgegen der Auffassung des Klägers - nicht abzuleiten, dass Partnervorschläge unter Einhaltung bestimmter Übermittlungsformen per Post (Einschreiben, Rückscheinbrief oder Eigenhandsendung) zu versenden sind. Weder der Verordnungswortlaut, der ein solches Erfordernis nicht nennt, noch der aufgezeigte Zweck der Regelung gebietet diese Auslegung. Auch die zwischen den Streitparteien getroffene Vereinbarung enthält keine Verpflichtung der Beklagten, Partnervorschläge mit der Post zu übermitteln. Vielmehr ist aus Punkt 4b des Vertrags abzuleiten, dass eine Holschuld vereinbart wurde (... „wende ich mich wegen neuer

Vorschläge an das Institut“). Diese Vereinbarung entspricht somit der Zweifelsregel des Paragraph 905, Absatz eins, ABGB.

Erhält ein Kunde etwa den schriftlichen Partnervermittlungsvorschlag persönlich in der Betriebsstätte des Unternehmers, wäre es ein übertriebener Formalismus, müsste der Unternehmer den Vorschlag überdies - noch dazu unter Einhaltung einer bestimmten Versendungsart - per Post übermitteln. Genau dieses Ergebnis erzielte man allerdings, wollte man aus § 7 Abs 1 PartnervermittlungsV die Verpflichtung des Unternehmers ableiten, Partnervorschläge immer zwingend mittels Einschreibens zu übermitteln. Erhält ein Kunde etwa den schriftlichen Partnervermittlungsvorschlag persönlich in der Betriebsstätte des Unternehmers, wäre es ein übertriebener Formalismus, müsste der Unternehmer den Vorschlag überdies - noch dazu unter Einhaltung einer bestimmten Versendungsart - per Post übermitteln. Genau dieses Ergebnis erzielte man allerdings, wollte man aus Paragraph 7, Absatz eins, PartnervermittlungsV die Verpflichtung des Unternehmers ableiten, Partnervorschläge immer zwingend mittels Einschreibens zu übermitteln.

4.5 Der Ausdruck „nachweislich“ in der Formulierung „nachweislich schriftlich weiterzugeben“ in § 7 Abs 1 der Verordnung bezieht sich allerdings im Ergebnis sehr wohl auf die Weitergabe des Partnervorschlages: Dem Wort „nachweislich“ käme nämlich keine Bedeutung zu, bezöge man es auf die Schriftlichkeit. Normiert das Gesetz ein Schriftformgebot, hat nämlich derjenige, der sich auf dessen Einhaltung beruft, den Nachweis der Schriftlichkeit ohnedies zu erbringen (vgl 9 Ob 41/12p mwN). Dieser allgemeine Grundsatz gilt nicht nur für ein Schriftformgebot in Bezug auf den Vertragsabschluss selbst, sondern auch für den vorliegenden Fall, wo die Schriftlichkeit für die in der Weitergabe einer Information bestehende Leistung vorgesehen ist. 4.5 Der Ausdruck „nachweislich“ in der Formulierung „nachweislich schriftlich weiterzugeben“ in Paragraph 7, Absatz eins, der Verordnung bezieht sich allerdings im Ergebnis sehr wohl auf die Weitergabe des Partnervorschlages: Dem Wort „nachweislich“ käme nämlich keine Bedeutung zu, bezöge man es auf die Schriftlichkeit. Normiert das Gesetz ein Schriftformgebot, hat nämlich derjenige, der sich auf dessen Einhaltung beruft, den Nachweis der Schriftlichkeit ohnedies zu erbringen vergleiche 9 Ob 41/12p mwN). Dieser allgemeine Grundsatz gilt nicht nur für ein Schriftformgebot in Bezug auf den Vertragsabschluss selbst, sondern auch für den vorliegenden Fall, wo die Schriftlichkeit für die in der Weitergabe einer Information bestehende Leistung vorgesehen ist.

Bezieht man hingegen „nachweislich“ auf die Weitergabe, hat der Unternehmer, hier also die Beklagte, den Nachweis zu erbringen, dass dem Kunden der Partnervorschlag „weitergegeben“ wurde, ihm also zugegangen ist. Dann hat der Ausdruck „nachweislich“ auch Bedeutung: Wie nämlich das Berufungsgericht an sich zutreffend erkannte, sind auf den Nachweis des Zugangs der Partnervorschläge, deren Erstattung ja die vertragliche Hauptleistungspflicht des Unternehmers ist, nicht die Regeln über den Zugang von Willenserklärungen (Bollenberger in KBB4 § 862a ABGB Rz 7; Rummel in Rummel/Lukas ABGB4 § 862a Rz 11) anzuwenden, sondern - im Fall einer (durch die PartnervermittlungsV nicht ausgeschlossenen) vereinbarten Schickschuld - sinngemäß § 429 ABGB. Da auf den zu beurteilenden Fall § 7b KSchG idF BGBl 2014/33 noch nicht anzuwenden ist (Kathrein/Schoditsch in KBB4 ErgH § 1 KSchG Rz 13), trüge also der Kunde ohne die dargestellte Auslegung des § 7 Abs 1 PartnervermittlungsV bei vereinbarter Übersendung ab Absendung die Gefahr. Bezieht man hingegen „nachweislich“ auf die Weitergabe, hat der Unternehmer, hier also die Beklagte, den Nachweis zu erbringen, dass dem Kunden der Partnervorschlag „weitergegeben“ wurde, ihm also zugegangen ist. Dann hat der Ausdruck „nachweislich“ auch Bedeutung: Wie nämlich das Berufungsgericht an sich zutreffend erkannte, sind auf den Nachweis des Zugangs der Partnervorschläge, deren Erstattung ja die vertragliche Hauptleistungspflicht des Unternehmers ist, nicht die Regeln über den Zugang von Willenserklärungen (Bollenberger in KBB4 Paragraph 862 a, ABGB Rz 7; Rummel in Rummel/Lukas ABGB4 Paragraph 862 a, Rz 11) anzuwenden, sondern - im Fall einer (durch die PartnervermittlungsV nicht ausgeschlossenen) vereinbarten Schickschuld - sinngemäß Paragraph 429, ABGB. Da auf den zu beurteilenden Fall Paragraph 7 b, KSchG in der Fassung BGBl 2014/33 noch nicht anzuwenden ist (Kathrein/Schoditsch in KBB4 ErgH Paragraph eins, KSchG Rz 13), trüge also der Kunde ohne die dargestellte Auslegung des Paragraph 7, Absatz eins, PartnervermittlungsV bei vereinbarter Übersendung ab Absendung die Gefahr.

4.6 Daraus folgt zusammengefasst, dass gemäß § 7 Abs 1 PartnervermittlungsV der Unternehmer den Nachweis zu erbringen hat, dass seinen Kunden die schriftlichen Partnervorschläge auch tatsächlich zugegangen sind; ihn trifft also die Gefahr des Verlusts eines per Post übermittelten Partnervorschlages. 4.6 Daraus folgt zusammengefasst, dass

gemäß Paragraph 7, Absatz eins, PartnervermittlungsV der Unternehmer den Nachweis zu erbringen hat, dass seinen Kunden die schriftlichen Partnervorschläge auch tatsächlich zugegangen sind; ihn trifft also die Gefahr des Verlusts eines per Post übermittelten Partnervorschlags.

5. Das Berufungsgericht wird daher die entscheidungswesentliche und mit Beweistrüge des Klägers in der Berufung bekämpfte Feststellung zu überprüfen haben, dass ihm sämtliche Partnervorschläge zuzugingen. Übernimmt es diese Feststellung, ist das klageabweisende Urteil des Erstgerichts zu bestätigen.

Ist hingegen der Zugang weiterer vier Partnervorschläge innerhalb des Zeitraums von 12 Monaten nicht erweislich, wird sich das Berufungsgericht inhaltlich mit dem Rückforderungsbegehren des Klägers auseinanderzusetzen haben, weil dann die vertraglich vereinbarten Werkleistungen teilweise nicht erbracht wurden.

In diesem Zusammenhang ist dem Kläger darin beizupflichten, dass sich die Beklagte nicht auf Punkt 4b des Vertrags berufen kann: Unter Berücksichtigung, dass der Kläger für sechs Partnervorschläge in einem Zeitraum von 12 Monaten ein bereits bei Vertragsabschluss vorausbezahltes Gesamtentgelt leistete, ist die ihm in Punkt 4b des Vertrags auferlegte aktive Verpflichtung, trotz dieser Vorauszahlung sämtliche Partnervorschläge schriftlich anzufordern, als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB zu qualifizieren. Im Übrigen ging die Beklagte selbst von dieser Bestimmung ab; übersendete sie doch dem Kläger sämtliche Partnervorschläge ohne entsprechende schriftliche Aufforderungen. In diesem Zusammenhang ist dem Kläger darin beizupflichten, dass sich die Beklagte nicht auf Punkt 4b des Vertrags berufen kann: Unter Berücksichtigung, dass der Kläger für sechs Partnervorschläge in einem Zeitraum von 12 Monaten ein bereits bei Vertragsabschluss vorausbezahltes Gesamtentgelt leistete, ist die ihm in Punkt 4b des Vertrags auferlegte aktive Verpflichtung, trotz dieser Vorauszahlung sämtliche Partnervorschläge schriftlich anzufordern, als gröblich benachteiligend iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB zu qualifizieren. Im Übrigen ging die Beklagte selbst von dieser Bestimmung ab; übersendete sie doch dem Kläger sämtliche Partnervorschläge ohne entsprechende schriftliche Aufforderungen.

Gingen dem Kläger die weiteren vier Partnervorschläge nicht zu, wird mit den Parteien zu erörtern sein, ob die Voraussetzungen eines Teilrücktritts iSd § 918 Abs 2 ABGB verwirklicht sind bzw ob sich der Kläger, der in erster Instanz von der gänzlichen Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten ausging, unter Modifizierung seines Begehrens auf einen Teilrücktritt stützen will (vgl zum Gesamtrücktritt nach § 918 ABGB Krammer, iFamZ 2010, 331 [333]). In diesem Fall müsste auch erörtert werden, ob der Kläger der Beklagten eine Nachfrist setzte. Eine Nachfristsetzung wäre allerdings dann entbehrlich gewesen, wenn sich die Beklagte - wofür ihr Prozessstandpunkt spricht - unter Hinweis auf die nach ihrer Auffassung bereits vollständig erfüllten Vertragspflichten weigerte, weitere Partnervorschläge zu erstatten (vgl P. Bydlinski in KBB4 § 918 ABGB Rz 13 mwN). Unstrittig ist jedenfalls, dass eine Nachfristsetzung zur „Nachholung“ allenfalls nicht zugegangener Partnervorschläge jetzt nicht mehr in Betracht kommt, weil der Kläger inzwischen selbst eine seinen Wunschvorstellungen entsprechende Partnerin gefunden hat (vgl S 19 in ON 8). Gingen dem Kläger die weiteren vier Partnervorschläge nicht zu, wird mit den Parteien zu erörtern sein, ob die Voraussetzungen eines Teilrücktritts iSd Paragraph 918, Absatz 2, ABGB verwirklicht sind bzw ob sich der Kläger, der in erster Instanz von der gänzlichen Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten ausging, unter Modifizierung seines Begehrens auf einen Teilrücktritt stützen will vergleiche zum Gesamtrücktritt nach Paragraph 918, ABGB Krammer, iFamZ 2010, 331 [333]). In diesem Fall müsste auch erörtert werden, ob der Kläger der Beklagten eine Nachfrist setzte. Eine Nachfristsetzung wäre allerdings dann entbehrlich gewesen, wenn sich die Beklagte - wofür ihr Prozessstandpunkt spricht - unter Hinweis auf die nach ihrer Auffassung bereits vollständig erfüllten Vertragspflichten weigerte, weitere Partnervorschläge zu erstatten vergleiche P. Bydlinski in KBB4 Paragraph 918, ABGB Rz 13 mwN). Unstrittig ist jedenfalls, dass eine Nachfristsetzung zur „Nachholung“ allenfalls nicht zugegangener Partnervorschläge jetzt nicht mehr in Betracht kommt, weil der Kläger inzwischen selbst eine seinen Wunschvorstellungen entsprechende Partnerin gefunden hat vergleiche S 19 in ON 8).

6. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. 6. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E114174

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:0030OB00001.16T.0316.000

Im RIS seit

14.04.2016

Zuletzt aktualisiert am

06.12.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at