

# TE OGH 2006/3/9 60b47/06i

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.03.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Pimmer als Vorsitzenden sowie die Hofräatin des Obersten Gerichtshofes Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Markus N\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Martin Dellasega und Dr. Max Kapferer, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH in Liquidation, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Egon Stöger, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen EUR 41.422,79, über den „Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs) der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 15. Dezember 2005, GZ 2 R 243/05k-27, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 25. Juli 2005, GZ 8 Cg 249/04z-22, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache dahin zu Recht erkannt, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.460,90 (darin EUR 410,15 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit EUR 1.771,02 (darin EUR 295,17 USt) bestimmten Kosten des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Baurägerin, die damals über eine Immobilienmaklerkonzession verfügte, verhandelte im Frühjahr/Sommer 2001 über ihren Angestellten Simon B\*\*\*\*\* mit dem Kläger über den Ankauf einer bestimmten Eigentumswohnung. „Grundbürgerliche Eigentümer dieser Wohnung“ waren die Eheleute Barbara H\*\*\*\*\* und Ing. Franz H\*\*\*\*. Sie wollten diese Wohnung verkaufen und von der Beklagten eine von dieser geplante und neu gebaute Wohnung kaufen. Am 21. 5. 2001 unterschrieben die Eheleute H\*\*\*\*\* der Beklagten ein Anbot auf Abschluss eines Kaufvertrags, wonach sie die Altwohnung der Beklagten um S 2,1 Mio als Pauschalfixpreis lastenfrei, geräumt und gereinigt verkaufen, wobei die Beklagte zur Annahme des Angebotes auch einen Dritten namhaft machen kann, welcher dann über einen von einem Vertreter der Beklagten ausgearbeiteten Kaufvertrag die Eigentumswohnung direkt vom Ehepaar H\*\*\*\*\* kauft. Für diesen Fall räumte das Ehepaar H\*\*\*\*\* der Beklagten ein, dass diese vom Dritten einen höheren Kaufpreis für die Wohnung als S 2,1 Mio verlangen darf, wobei der Beklagten dann der „Überling“ allein zusteht. Am 29. 6. 2001 unterfertigte der Kläger in der Filiale der beklagten Partei in Innsbruck ein Anbot auf Abschluss eines Kaufvertrags über diese Altwohnung um den Pauschalfixpreis von S 2.507.000. In diesem

Anbot erklärte er, über ausreichende Mittel zur Finanzierung des Ankaufs zu verfügen. Wie die Finanzierung durch den Kläger erfolgen sollte, war aus der Anbotsurkunde nicht zu entnehmen. Von einer benötigten Wohnbauförderung war nicht die Rede, ebenfalls nicht von Bankkredit und vorhandenen Eigenmitteln.

Nach Annahme des Anbots durch die beklagte Partei bezahlte der Kläger über Bankkredit insgesamt S 2,507.000 an die beklagte Partei. Sein Ansuchen um Gewährung von Wohnbauförderung wurde abgelehnt. Am 6. 6. 2002 verkaufte der Kläger diese Wohnung um EUR 144.708 an Sigrid P\*\*\*\*\*.

Der Kläger begehrte von der beklagten Partei zunächst aus dem Titel des Schadenersatzes EUR 41.422,79. Dazu brachte er im Wesentlichen vor, die beklagte Partei habe ihm verbindlich zugesagt, er werde Wohnbauförderung in Anspruch nehmen können. Der Beklagte sei bekannt gewesen, dass er die Wohnung ohne Wohnbauförderung nicht gekauft hätte. Der geltend gemachte Schadenersatz setze sich wie folgt zusammen:

Mindererlös EUR 26.073,16

Kosten für die Durch-

führung des Kaufvertrages EUR 11.409,63

Vermittlungsprovision an die

nunmehrige Käuferin Sigrid

P\*\*\*\*\* EUR 3.840,--

Spesen EUR 100,--

EUR 41.422,79

In der Tagsatzung vom 5. 7. 2005 brachte der Kläger ergänzend vor, das zwischen den Streitteilen bestehende Rechtsverhältnis stelle in Wahrheit einen Maklervertrag dar. Die beklagte Partei sei seitens der Familie H\*\*\*\*\* beauftragt gewesen, die Wohnung zu einem Kaufpreis von S 2,100.000 zu verkaufen. Dadurch, dass die Beklagte sich einen höheren Kaufpreis vorbehalten habe, habe sie gegen die Bestimmungen der IMV verstoßen. Auch dem Kläger gegenüber habe sich die Beklagte standeswidrig verhalten, indem sie verschwiegen habe, dass sie als Makler auftrete und ein sogenanntes „Spannengeschäft“ durchführe, bei welchem sie nicht die zulässige Provision von 3 %, sohin S 63.000, sondern das Vierfache, nämlich S 250.000 verdiene. Die Beklagte habe die Unerfahrenheit des Klägers ausgenützt und ihn mittels eines Angebots an ein Immobiliengeschäft gebunden, das er auf Grund seiner finanziellen Situation nicht einhalten habe können. Das Klagebegehren werde nicht bloß auf Schadenersatz, sondern auch auf unrechtmäßige Bereicherung und „jeden erdenklichen Rechtsgrund“ gestützt.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren. Sie habe dem Kläger nie zugesagt, dass er einen bestimmten Wohnbauförderungsbetrag erhalten könne. Im Übrigen seien die Ansprüche des Klägers verjährt. Außerdem sprach sich die Beklagte ausdrücklich gegen die Klagsänderung aus.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Dabei ging das Erstgericht davon aus, dass nicht festgestellt werden konnte, dass Simon B\*\*\*\*\* dem Kläger versicherte, er bekomme eine Wohnbauförderung von S 300.000 oder weniger. Simon B\*\*\*\*\* trat dem Kläger gegenüber nicht als Immobilienmakler oder Angestellter eines Immobilienmaklers auf. Über eine Maklerprovision wurde zwischen den Streitteilen nie gesprochen.

Rechtlich würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, dass aus den Bestimmungen der IMV für den Kläger nichts abzuleiten sei, weil er nicht habe beweisen können, dass die Beklagte ihm gegenüber als Immobilienmaklerin aufgetreten sei. Dass der Kläger keine Forderung erhalten habe, sei nicht der Beklagten anzulasten. Es sei nicht zu erkennen, dass die Umgehung zwingender Bestimmungen, nämlich der Provisionshöchstsätze für Immobiliengeschäfte, vorliege. Über die Zulässigkeit der Klagsänderung entschied das Erstgericht nicht ausdrücklich.

Über Berufung des Klägers hob das Berufungsgericht dieses Urteil auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Nach Verwerfung einer Beweis- und Mängelrüge erwog das Berufungsgericht in rechtlicher Sicht, nach § 16 Abs 2 MaklerG würden die für Immobilienmakler geltenden Bestimmungen auch für den gelten, der eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübe. Die beklagte Partei sei zumindest als Gelegenheitsimmobilienmakler iSd § 16 Abs 2 MaklerG anzusehen, sodass die Bestimmungen des MaklerG auch für die beklagte Partei Gültigkeit hätten. Über Berufung des Klägers hob das Berufungsgericht dieses Urteil auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Nach Verwerfung einer Beweis- und Mängelrüge erwog das Berufungsgericht in rechtlicher Sicht, nach Paragraph 16, Absatz 2, MaklerG würden die für Immobilienmakler geltenden Bestimmungen auch für den gelten, der eine entgeltliche Vermittlungstätigkeit bloß gelegentlich ausübe. Die beklagte Partei sei zumindest als Gelegenheitsimmobilienmakler iSd Paragraph 16, Absatz 2, MaklerG anzusehen, sodass die Bestimmungen des MaklerG auch für die beklagte Partei Gültigkeit hätten.

Nach § 17 MaklerG habe der Immobilienmakler dem Dritten mitzuteilen, wenn er nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig werde. Dies habe seinen Grund darin, dass bei Immobilienmaklern ein von dem in § 5 MaklerG normierten Verbot der Doppeltätigkeit abweichender Handelsbrauch bestehe, sodass ein Dritter grundsätzlich annehmen dürfe, dass der Immobilienmakler nicht nur die Interessen des Auftraggebers, sondern auch seine eigenen Interessen zu wahren habe, wenn der Makler auftragsgemäß auch für ihn tätig werde. Dies setze jedoch voraus, dass der Makler seiner Maklereigenschaft offenlege und deklariere, dass er nicht im eigenen Namen, sondern für seinen Auftraggeber tätig werde. Immerhin habe der zu vermittelnde potentielle Vertragspartner ein berechtigtes Interesse an dieser Offenlegung, weil es ihm nicht gleichgültig sein könne, ob er mit seinem Vertragspartner unmittelbar oder lediglich mit einem Vermittler bzw Makler verhandle. Nach Paragraph 17, MaklerG habe der Immobilienmakler dem Dritten mitzuteilen, wenn er nur für eine Partei des zu vermittelnden Geschäfts tätig werde. Dies habe seinen Grund darin, dass bei Immobilienmaklern ein von dem in Paragraph 5, MaklerG normierten Verbot der Doppeltätigkeit abweichender Handelsbrauch bestehe, sodass ein Dritter grundsätzlich annehmen dürfe, dass der Immobilienmakler nicht nur die Interessen des Auftraggebers, sondern auch seine eigenen Interessen zu wahren habe, wenn der Makler auftragsgemäß auch für ihn tätig werde. Dies setze jedoch voraus, dass der Makler seiner Maklereigenschaft offenlege und deklariere, dass er nicht im eigenen Namen, sondern für seinen Auftraggeber tätig werde. Immerhin habe der zu vermittelnde potentielle Vertragspartner ein berechtigtes Interesse an dieser Offenlegung, weil es ihm nicht gleichgültig sein könne, ob er mit seinem Vertragspartner unmittelbar oder lediglich mit einem Vermittler bzw Makler verhandle.

Die beklagte Partei wäre verpflichtet gewesen, den Kläger darauf hinzuweisen, dass sich der wahre Kaufpreis lediglich auf S 2,100.000 belaute und die Differenz auf den Betrag von S 2,507.000 sich einerseits aus Nebenkosten (in Höhe von S 117.000) einerseits und aus einer Vermittlungsprovision in Höhe von S 290.000 andererseits zusammensetze. Abgesehen davon, dass die Provision in einer derartigen Höhe den sich auf Grund einer Berechnung nach § 15 Abs 2 Z 2 IMV 1996 ergebenden Provisionssatz bei weitem übersteige, stehe nicht einmal fest, ob der Kläger in Kenntnis der Funktion der beklagten Partei als Immobilienmakler und daraus resultierender Provisionsforderungen die Tätigkeit der beklagten Partei überhaupt oder nur unter der Bedingung der normierten Provisionshöchstsätze in Anspruch genommen hätte. Diese Umstände seien im erstinstanzlichen Verfahren unerörtert geblieben, sodass die Rechtssache noch nicht entscheidungsreif sei. Im fortgesetzten Verfahren seien daher nach Erörterung mit den Parteien und entsprechender Beweisaufnahme Feststellungen zum hypothetischen Parteiwillen beider Streitteile unter der Prämisse einer erfolgten Aufklärung des Klägers über die Maklertätigkeit der Beklagten zu treffen. Die beklagte Partei wäre verpflichtet gewesen, den Kläger darauf hinzuweisen, dass sich der wahre Kaufpreis lediglich auf S 2,100.000 belaute und die Differenz auf den Betrag von S 2,507.000 sich einerseits aus Nebenkosten (in Höhe von S 117.000) einerseits und aus einer Vermittlungsprovision in Höhe von S 290.000 andererseits zusammensetze. Abgesehen davon, dass die

Provision in einer derartigen Höhe den sich auf Grund einer Berechnung nach Paragraph 15, Absatz 2, Ziffer 2, IMV 1996 ergebenden Provisionssatz bei weitem übersteige, stehe nicht einmal fest, ob der Kläger in Kenntnis der Funktion der beklagten Partei als Immobilienmakler und daraus resultierender Provisionsforderungen die Tätigkeit der beklagten Partei überhaupt oder nur unter der Bedingung der normierten Provisionshöchstsätze in Anspruch genommen hätte. Diese Umstände seien im erstinstanzlichen Verfahren unerörtert geblieben, sodass die Rechtssache noch nicht entscheidungsreif sei. Im fortgesetzten Verfahren seien daher nach Erörterung mit den Parteien und entsprechender Beweisaufnahme Feststellungen zum hypothetischen Parteiwillen beider Streitteile unter der Prämisse einer erfolgten Aufklärung des Klägers über die Maklertätigkeit der Beklagten zu treffen.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil - soweit überschaubar - eine oberstgerichtliche Judikatur „zu den dargelegten Rechtsfragen“ nicht vorliege.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der „Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs, vgl§ 519 Abs 2 ZPO) der Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; er ist auch berechtigt. Der „Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs, vergleiche Paragraph 519, Absatz 2, ZPO) der Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; er ist auch berechtigt.

1.1. Soweit sich die Beklagte gegen die Zulassung der Klagsänderung wendet, ist ihr entgegenzuhalten, dass das Erstgericht die Klagsänderung implizit dadurch zugelassen hat, dass es der Endentscheidung das geänderte Begehr zugrundegelegt hat (vgl ZBI 1921/6; ZBI 1926/43). Auf die von Teilen der Lehre (vgl Klicka in Fasching/Konecny2 § 235 Rz 40) an dieser Rechtsprechung geäußerte Kritik ist im vorliegenden Fall nicht einzugehen, weil auch nach der Auffassung Klickas der Beklagte in einem derartigen Fall die „konkludente Zulassung“ der Klagsänderung bekämpfen muss. Unterlasse er die Rüge in einem gegen die Sachentscheidung erhobenen Rechtsmittel, sei die Zulassung der Klagsänderung rechtskräftig (unter Berufung auf ZBI 1937/85).1.1. Soweit sich die Beklagte gegen die Zulassung der Klagsänderung wendet, ist ihr entgegenzuhalten, dass das Erstgericht die Klagsänderung implizit dadurch zugelassen hat, dass es der Endentscheidung das geänderte Begehr zugrundegelegt hat vergleiche ZBI 1921/6; ZBI 1926/43). Auf die von Teilen der Lehre vergleiche Klicka in Fasching/Konecny2 Paragraph 235, Rz 40) an dieser Rechtsprechung geäußerte Kritik ist im vorliegenden Fall nicht einzugehen, weil auch nach der Auffassung Klickas der Beklagte in einem derartigen Fall die „konkludente Zulassung“ der Klagsänderung bekämpfen muss. Unterlasse er die Rüge in einem gegen die Sachentscheidung erhobenen Rechtsmittel, sei die Zulassung der Klagsänderung rechtskräftig (unter Berufung auf ZBI 1937/85).

1.2. Dies muss im Hinblick auf§ 468 Abs 2 ZPO auch dann gelten, wenn der Beklagte - wie im vorliegenden Fall - im Verfahren erster Instanz obsiegt: Nach § 468 Abs 2 ZPO muss der Berufungsgegner für ihn nachteilige Feststellungen oder zu seinen Lasten vorgefallene Verfahrensfehler mit der Berufungsbeantwortung rügen, wenn sich der Berufungswerber ausdrücklich auf Feststellungen des Erstgerichts bezieht. Dies gilt somit nicht nur für die Bekämpfung von Feststellungen, sondern nach dem klaren Wortlaut des § 468 Abs 2 ZPO auch für Verfahrensmängel. Abgesehen davon, dass diese Bestimmung einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass der Berufungswerber sich, um die Rügepflicht des Berufungsgegners auszulösen, in seiner Rechtsrüge nur auf solche Feststellungen des Erstgerichtes ausdrücklich beziehen muss, die allenfalls in anderen Urteilsabschnitten - also meist in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung - verborgen sind (EvBI 1999/180), stützte sich der Kläger im vorliegenden Fall in seiner Berufung nahezu ausschließlich auf sein in der Tagsatzung vom 5.7.2005 erstattetes ergänzendes Vorbringen und die vom Erstgericht dazu getroffenen Feststellungen. Damit kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass sich der Kläger im Sinne des § 468 Abs 2 ZPO auf die betreffenden Feststellungen des Erstgerichts „bezog“.1.2. Dies muss im Hinblick auf Paragraph 468, Absatz 2, ZPO auch dann gelten, wenn der Beklagte - wie im vorliegenden Fall - im Verfahren erster Instanz obsiegt: Nach Paragraph 468, Absatz 2, ZPO muss der Berufungsgegner für ihn nachteilige Feststellungen oder zu seinen Lasten vorgefallene Verfahrensfehler mit der Berufungsbeantwortung rügen, wenn sich der Berufungswerber ausdrücklich auf Feststellungen des Erstgerichts bezieht. Dies gilt somit nicht nur für die Bekämpfung von Feststellungen, sondern nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 468, Absatz 2, ZPO auch für Verfahrensmängel. Abgesehen davon, dass diese Bestimmung einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass der Berufungswerber sich, um die Rügepflicht des Berufungsgegners auszulösen, in seiner Rechtsrüge nur auf solche Feststellungen des Erstgerichtes ausdrücklich beziehen muss, die allenfalls in anderen Urteilsabschnitten - also meist in der Beweiswürdigung oder in der rechtlichen Beurteilung - verborgen sind (EvBI 1999/180), stützte sich der Kläger im vorliegenden Fall in seiner Berufung nahezu ausschließlich auf sein in der Tagsatzung vom 5.7.2005 erstattetes

ergänzendes Vorbringen und die vom Erstgericht dazu getroffenen Feststellungen. Damit kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass sich der Kläger im Sinne des Paragraph 468, Absatz 2, ZPO auf die betreffenden Feststellungen des Erstgerichts „bezog“.

1.3. Sohin wäre es aber Sache der beklagten Partei gewesen, sich bei sonstigem Verlust ihres Rügerechts in der Berufungsbeantwortung gegen die Zulassung der Klagsänderung auszusprechen. Demgegenüber hat die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung zwar eine umfangreiche Mängel- und Beweisrügen erhoben, darin aber die ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgte Zulassung der Klagsänderung durch das Erstgericht nicht aufgegriffen. Lediglich im Rahmen der Rechtsrüge findet sich an dislozierter Stelle der Satz, die Beklagte habe sich „auch gegen die Klagsänderung zu Recht ausgesprochen“. Dieses Vorbringen der - durchgehend anwaltlich vertretenen - beklagten Partei stellt aber keine ordnungsgemäße Bekämpfung der Zulassung der Klagsänderung dar, zumal sie in ihrem Berufungsantrag ausschließlich begehrte, der Berufung des Klägers nicht Folge zu geben und das Ersturteil vollinhaltlich zu bestätigen, mithin also eine endgültige meritorische Entscheidung über das gesamte Klagebegehren anstrebte. Ein behaupteter erstgerichtlicher Verfahrensmangel, der nicht schon im Berufungsverfahren geltend gemacht wurde, kann aber mangels Verwirklichung einer Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nicht an den Obersten Gerichtshof herangetragen werden (Zechner in Fasching/Konecny2 § 503 ZPO Rz 34 mwN). 1.3. Sohin wäre es aber Sache der beklagten Partei gewesen, sich bei sonstigem Verlust ihres Rügerechts in der Berufungsbeantwortung gegen die Zulassung der Klagsänderung auszusprechen. Demgegenüber hat die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung zwar eine umfangreiche Mängel- und Beweisrügen erhoben, darin aber die ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgte Zulassung der Klagsänderung durch das Erstgericht nicht aufgegriffen. Lediglich im Rahmen der Rechtsrüge findet sich an dislozierter Stelle der Satz, die Beklagte habe sich „auch gegen die Klagsänderung zu Recht ausgesprochen“. Dieses Vorbringen der - durchgehend anwaltlich vertretenen - beklagten Partei stellt aber keine ordnungsgemäße Bekämpfung der Zulassung der Klagsänderung dar, zumal sie in ihrem Berufungsantrag ausschließlich begehrte, der Berufung des Klägers nicht Folge zu geben und das Ersturteil vollinhaltlich zu bestätigen, mithin also eine endgültige meritorische Entscheidung über das gesamte Klagebegehren anstrebte. Ein behaupteter erstgerichtlicher Verfahrensmangel, der nicht schon im Berufungsverfahren geltend gemacht wurde, kann aber mangels Verwirklichung einer Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nicht an den Obersten Gerichtshof herangetragen werden (Zechner in Fasching/Konecny2 Paragraph 503, ZPO Rz 34 mwN).

2. Im Hinblick auf die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ist zunächst auf den Begriff des Maklervertrages einzugehen. Nach § 1 MaklerG ist Makler, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein. Am Vorliegen eines Maklervertrags ändert grundsätzlich auch nichts, wenn sich der Makler den Selbsteintritt vorbehalten hat (vgl Reuter in Staudinger, BGB [2003] § 652 Rz 166). 2. Im Hinblick auf die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ist zunächst auf den Begriff des Maklervertrages einzugehen. Nach Paragraph eins, MaklerG ist Makler, wer auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Maklervertrag) für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt, ohne ständig damit betraut zu sein. Am Vorliegen eines Maklervertrags ändert grundsätzlich auch nichts, wenn sich der Makler den Selbsteintritt vorbehalten hat vergleiche Reuter in Staudinger, BGB [2003] Paragraph 652, Rz 166).

3. Die Zulässigkeit von sogenannten „Übererlösklauseln“ wird namentlich im deutschen Recht eingehend erörtert (vgl Reuter in Staudinger, BGB § 652 Rz 177 ff; Roth in MünchKomm BGB4 § 652 Rz 68, 200). Demnach ist eine Vereinbarung, wonach dem Makler die Differenz zwischen einem bestimmten und dem tatsächlich erzielten Verkaufs- bzw Kaufpreis als Provision zustehen solle, grundsätzlich zulässig (BGH NJW 1969, 886; Reuter aaO § 652 Rz 177). Lediglich auf Grund besonderer Umstände könne sich im Einzelfall die Sittenwidrigkeit einer entsprechenden Vereinbarung ergeben. Dies wurde etwa angenommen, wenn ein Makler die Übererlösprovision zu einem Zeitpunkt vereinbarte, in dem er bereits wusste, dass der potentielle Hauptvertragspartner einen besonders hohen Preis zu zahlen bereit war, ohne dies dem Verkäufer mitzuteilen (BGH NJW 1994, 1475). Ein Widerspruch der Übererlösklausel zur Funktion des Maklerwesens liege nicht vor. Die Übererlösklausel ändere nichts daran, dass der Makler durch den Nachweis bzw die Vermittlung einen Koordinationsbedarf befriedige. Nicht einmal die Entschließungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich des Abschlusses des Hauptvertrags als das die Richtigkeit des Austauschverhältnisses zwischen Makler und Auftraggeber verbürgende Element werde angetastet, könne dieser doch seiner Ansicht nach günstigeren Vertragsgelegenheiten wie sonst den Vorzug geben (Reuter aaO mwN). Einzige Voraussetzung sei, dass der Makler den Auftraggeber über den wahren Preis informiere, weil der Auftraggeber andernfalls seine

Entschließungsfreiheit nicht sachgerecht auszuüben vermöge (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1140; Reuter aaO § 652 Rz 177). Im Einzelfall könnte aber die Verbindung der Übererlösklausel mit dem Ausschluss einer Unterrichtungspflicht bei gleichzeitiger Abschlussvollmacht des Maklers den Maklervertrag wegen sittenwidriger Knebelung des Auftraggebers nichtig machen (Reuter aaO).3. Die Zulässigkeit von sogenannten „Übererlösklauseln“ wird namentlich im deutschen Recht eingehend erörtert vergleiche Reuter in Staudinger, BGB Paragraph 652, Rz 177 ff; Roth in MünchKomm BGB4 Paragraph 652, Rz 68, 200). Demnach ist eine Vereinbarung, wonach dem Makler die Differenz zwischen einem bestimmten und dem tatsächlich erzielten Verkaufs- bzw Kaufpreis als Provision zustehen solle, grundsätzlich zulässig (BGH NJW 1969, 886; Reuter aaO Paragraph 652, Rz 177). Lediglich auf Grund besonderer Umstände könnte sich im Einzelfall die Sittenwidrigkeit einer entsprechenden Vereinbarung ergeben. Dies wurde etwa angenommen, wenn ein Makler die Übererlösprovision zu einem Zeitpunkt vereinbarte, in dem er bereits wusste, dass der potentielle Hauptvertragspartner einen besonders hohen Preis zu zahlen bereit war, ohne dies dem Verkäufer mitzuteilen (BGH NJW 1994, 1475). Ein Widerspruch der Übererlösklausel zur Funktion des Maklerwesens liege nicht vor. Die Übererlösklausel ändere nichts daran, dass der Makler durch den Nachweis bzw die Vermittlung einen Koordinationsbedarf befriedige. Nicht einmal die Entschließungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich des Abschlusses des Hauptvertrags als das die Richtigkeit des Austauschverhältnisses zwischen Makler und Auftraggeber verbürgende Element werde angetastet, könnte dieser doch seiner Ansicht nach günstigeren Vertragsgelegenheiten wie sonst den Vorzug geben (Reuter aaO mwN). Einzige Voraussetzung sei, dass der Makler den Auftraggeber über den wahren Preis informiere, weil der Auftraggeber andernfalls seine Entschließungsfreiheit nicht sachgerecht auszuüben vermöge (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1140; Reuter aaO Paragraph 652, Rz 177). Im Einzelfall könnte aber die Verbindung der Übererlösklausel mit dem Ausschluss einer Unterrichtungspflicht bei gleichzeitiger Abschlussvollmacht des Maklers den Maklervertrag wegen sittenwidriger Knebelung des Auftraggebers nichtig machen (Reuter aaO).

4. Auf das österreichische Recht lassen sich diese Ausführungen nicht uneingeschränkt übertragen. Liegt nämlich ein Maklervertrag vor, so sind im Anwendungsbereich der IMV deren Höchstsätze zu beachten. Darüber hinausgehende Provisionsvereinbarungen sind teilnichtig (Fromherz, Maklergesetz § 8 Rz 7; Noss, Maklerrecht Rz 95). Lediglich außerhalb des Anwendungsbereiches der IMV bzw sonstiger amtlicher Provisionshöchstgrenzen könnten sich aus den dargelegten Erwägungen Grenzen für die Zulässigkeit der Vereinbarkeit der Höhe der Provision ergeben.4. Auf das österreichische Recht lassen sich diese Ausführungen nicht uneingeschränkt übertragen. Liegt nämlich ein Maklervertrag vor, so sind im Anwendungsbereich der IMV deren Höchstsätze zu beachten. Darüber hinausgehende Provisionsvereinbarungen sind teilnichtig (Fromherz, Maklergesetz Paragraph 8, Rz 7; Noss, Maklerrecht Rz 95). Lediglich außerhalb des Anwendungsbereiches der IMV bzw sonstiger amtlicher Provisionshöchstgrenzen könnten sich aus den dargelegten Erwägungen Grenzen für die Zulässigkeit der Vereinbarkeit der Höhe der Provision ergeben.

5. Im vorliegenden Fall liegt jedoch entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes weder ein Maklervertrag noch ein zur Umgehung der zwingenden Bestimmungen der IMV abgeschlossenes Umgehungsgeschäft vor: Die Verkäufer haben der Beklagten nämlich ein bindendes Anbot abgegeben, wonach diese das Objekt entweder zum Preis von S 2,100.000 selbst kaufen könne oder einen Dritten als Käufer namhaft machen könne.

Vergleichbare Fallgestaltungen wurden in der Vergangenheit von der Rechtsprechung bereits mehrfach behandelt:

5.1. In der Entscheidung Rsp 1924/11, 241 hatte das Handelsgericht Wien als Berufungsgericht einen Fall zu beurteilen, in dem der Kläger dem Beklagten Waren mit der Abrede übergeben hatte, er könne mit diesen, wenn er eine bestimmte Summe zahle, nach Belieben verfahren. Nach Durchführung des Verkaufes begehrte der Verkäufer die Herausgabe des erzielten Mehrerlöses. Das Handelsgericht Wien wies - unter Berufung auf Ehrenzweig (System1 II/1 402 [vgl auch II/1<sup>2</sup> 1040 ff] und Schey (Obligationsverhältnise I/3 490) - die Klage ab.

5.2. In der strafrechtlichen Entscheidung 13 Os 134/74 (= EvBl

1975/194 = JBl 1975, 495) hatte der angeklagte Realitätenvermittler

sich - bei sonstigem Verfall einer von ihm gestellten Kaution - verpflichtet, die Liegenschaft bis zu einem bestimmten Stichtag um einen bestimmten Preis zu veräußern. Der Angeklagte veräußerte in der Folge die Liegenschaft zu einem höheren Preis, ohne den Mehrerlös an seine Auftraggeber abzuführen. Der Oberste Gerichtshof sprach den Angeklagten vom Vorwurf des (schweren) Betruges nach §§ 197, 200, 203 StG frei. Es handle sich um einen dem Trödelvertrag ähnlichen Vertrag sui generis, bei dem der Angeklagte mangels ausdrücklicher Vereinbarung nicht zur Bekanntgabe des tatsächlich erzielten Mehrerlöses verpflichtet sei.sich - bei sonstigem Verfall einer von ihm gestellten

Kaution - verpflichtet, die Liegenschaft bis zu einem bestimmten Stichtag um einen bestimmten Preis zu veräußern. Der Angeklagte veräußerte in der Folge die Liegenschaft zu einem höheren Preis, ohne den Mehrerlös an seine Auftraggeber abzuführen. Der Oberste Gerichtshof sprach den Angeklagten vom Vorwurf des (schweren) Betruges nach Paragraphen 197., 200, 203 StG frei. Es handle sich um einen dem Trödelvertrag ähnlichen Vertrag sui generis, bei dem der Angeklagte mangels ausdrücklicher Vereinbarung nicht zur Bekanntgabe des tatsächlich erzielten Mehrerlöses verpflichtet sei.

5.3. Die Entscheidung 3 Ob 582/86 betraf eine Vereinbarung, wonach die Beklagte sich verpflichtete, eine Liegenschaft innerhalb eines halben Jahres zu verkaufen, widrigenfalls sie diese auf Aufforderung selbst kaufen müsse. Vom Kaufpreis sollte ein bestimmter Betrag der Verkäuferin, ein allfälliger Mehrerlös der Beklagten zufließen. Der Oberste Gerichtshof qualifizierte diese Vereinbarung als Verkaufsauftrag im Sine des § 1088 ABGB.5.3. Die Entscheidung 3 Ob 582/86 betraf eine Vereinbarung, wonach die Beklagte sich verpflichtete, eine Liegenschaft innerhalb eines halben Jahres zu verkaufen, widrigenfalls sie diese auf Aufforderung selbst kaufen müsse. Vom Kaufpreis sollte ein bestimmter Betrag der Verkäuferin, ein allfälliger Mehrerlös der Beklagten zufließen. Der Oberste Gerichtshof qualifizierte diese Vereinbarung als Verkaufsauftrag im Sine des Paragraph 1088, ABGB.

5.4. In dem der Entscheidung 2 Ob 513/93 (JBl 1994, 617) zugrundeliegenden Fall hatte der Kläger einen Pkw zur beklagten Partei „auf Kommission“ gestellt. Vereinbart war, dass er bei Verkauf des Fahrzeugs durch die Beklagte einen bestimmten Betrag erhalten solle; die Beklagte konnte das Fahrzeug zu einem beliebigen Preis verkaufen. Der Oberste Gerichtshof wertete diesen Vertrag nicht als Kommissionsgeschäft, weil die Beklagte auf eigene Rechnung tätig war. Vielmehr liege ein Verkaufsauftrag eigener Art vor. Weil der Beklagte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung handle, treffe ihn keine Verpflichtung, einen allfälligen Mehrerlös herauszugeben.

6.1. Im vorliegenden Fall handelte die Beklagte auf eigene Rechnung, sodass schon aus diesem Grund kein Kommissionsgeschäft vorliegt. Auch sonst unterscheidet sich die Vertragsgestaltung in mehrfacher Hinsicht von einem Kommissionsgeschäft: Der Kommissionär hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Es handelt sich um fremdbestimmtes Tätigwerden, wobei eine Rechnungslegungspflicht, eine Pflicht zur Herausgabe des gesamten Erlöses und eine Pflicht zum Tätigwerden vorgesehen sind (Pollak, Rechtsfragen des Verkaufsauftrages [§§ 1086-1088 ABGB], JBl 1985, 646 [650]). Außerdem hat der Kommissionär einen unbedingten Provisionsanspruch und Aufwandsersatzanspruch und der Kommittent ein Recht auf Widerruf nach § 405 Abs 3 HGB (Pollak aaO). Schließlich ist nach § 400 HGB das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs auf Waren beschränkt, die einen Börsen- oder Marktpreis haben. Alle diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.6.1. Im vorliegenden Fall handelte die Beklagte auf eigene Rechnung, sodass schon aus diesem Grund kein Kommissionsgeschäft vorliegt. Auch sonst unterscheidet sich die Vertragsgestaltung in mehrfacher Hinsicht von einem Kommissionsgeschäft: Der Kommissionär hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Es handelt sich um fremdbestimmtes Tätigwerden, wobei eine Rechnungslegungspflicht, eine Pflicht zur Herausgabe des gesamten Erlöses und eine Pflicht zum Tätigwerden vorgesehen sind (Pollak, Rechtsfragen des Verkaufsauftrages [§§ 1086-1088 ABGB], JBl 1985, 646 [650]). Außerdem hat der Kommissionär einen unbedingten Provisionsanspruch und Aufwandsersatzanspruch und der Kommittent ein Recht auf Widerruf nach Paragraph 405, Absatz 3, HGB (Pollak aaO). Schließlich ist nach Paragraph 400, HGB das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs auf Waren beschränkt, die einen Börsen- oder Marktpreis haben. Alle diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

6.2. Weil Gegenstand des Vertrages eine Liegenschaft war, liegt schon aus diesem Grund kein Trödelvertrag im Sinne des § 1086 ABGB vor. Außerdem fehlt die für den Trödelvertrag charakteristische alternative Verpflichtung zur Rückgabe der Sache oder zur Abführung eines bestimmten Betrages (vgl Pollak, aaO 649). Für derartige Fälle normiert § 1088 ABGB, dass der Übernehmer wie ein Gewalthaber angesehen werde.6.2. Weil Gegenstand des Vertrages eine Liegenschaft war, liegt schon aus diesem Grund kein Trödelvertrag im Sinne des Paragraph 1086, ABGB vor. Außerdem fehlt die für den Trödelvertrag charakteristische alternative Verpflichtung zur Rückgabe der Sache oder zur Abführung eines bestimmten Betrages vergleiche Pollak, aaO 649). Für derartige Fälle normiert Paragraph 1088, ABGB, dass der Übernehmer wie ein Gewalthaber angesehen werde.

§ 1088 Satz 1 ist jedoch nur insofern zwingendes Recht, als verfügt ist, dass bei Fehlen eines essentiellen Elements des Trödelvertrags ein Verkaufsauftrag im Sinne der §§ 1086 ff ABGB nicht vorliegt (Pollak aaO 655). Der Verweis auf die Regelungen des Auftrages ist hingegen nur als Auslegungsregel anzusehen (Pollak aaO).Paragraph 1088, Satz 1 ist jedoch nur insofern zwingendes Recht, als verfügt ist, dass bei Fehlen eines essentiellen Elements des Trödelvertrags

ein Verkaufsauftrag im Sinne der Paragraphen 1086, ff ABGB nicht vorliegt (Pollak aaO 655). Der Verweis auf die Regelungen des Auftrages ist hingegen nur als Auslegungsregel anzusehen (Pollak aaO).

6.3. In wirtschaftlicher Hinsicht weist die vorliegende Vertragsgestaltung mehrfach Übereinstimmungen mit dem Trödelvertrag auf: So war Zweck der Vereinbarung evident, den Verkäufern sofort ein fixes Entgelt zu verschaffen. Dadurch konnten die Verkäufer Zeit und Mühe sparen und von den Geschäftsverbindungen und dem Sachverstand der Beklagten profitieren. Umgekehrt hatte die Beklagte die Möglichkeit, ihre Geschäftsverbindungen auszunützen und gegebenenfalls einen neuen Kunden zu gewinnen (vgl Pollak aaO 650 ff). Gerade die Bestimmung eines fixen Entgelts unterscheidet den vorliegenden Vertrag von einem Auftrag oder Bevollmächtigungsvertrag, für den die Verpflichtung zur Abführung des gesamten Mehrerlöses typisch ist (Pollak aaO 648 mwN).6.3. In wirtschaftlicher Hinsicht weist die vorliegende Vertragsgestaltung mehrfach Übereinstimmungen mit dem Trödelvertrag auf: So war Zweck der Vereinbarung evident, den Verkäufern sofort ein fixes Entgelt zu verschaffen. Dadurch konnten die Verkäufer Zeit und Mühe sparen und von den Geschäftsverbindungen und dem Sachverstand der Beklagten profitieren. Umgekehrt hatte die Beklagte die Möglichkeit, ihre Geschäftsverbindungen auszunützen und gegebenenfalls einen neuen Kunden zu gewinnen vergleiche Pollak aaO 650 ff). Gerade die Bestimmung eines fixen Entgelts unterscheidet den vorliegenden Vertrag von einem Auftrag oder Bevollmächtigungsvertrag, für den die Verpflichtung zur Abführung des gesamten Mehrerlöses typisch ist (Pollak aaO 648 mwN).

Derartige Verträge, die an der Grenze zwischen Auftrag und Trödelvertrag stehen, sind untypische Verkaufsaufträge; sie sind als Verträge sui generis nach der jeweiligen Parteiabsicht und Interessenlage im Einzelfall zu beurteilen (Pollak aaO 656). Soll der Beauftragte - wie im vorliegenden Fall - auf eigene Rechnung handeln, ist der Verweis des § 1088 ABGB auf Vollmachtsrecht unpassend (Aicher in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1088 Rz 2 mwN)Derartige Verträge, die an der Grenze zwischen Auftrag und Trödelvertrag stehen, sind untypische Verkaufsaufträge; sie sind als Verträge sui generis nach der jeweiligen Parteiabsicht und Interessenlage im Einzelfall zu beurteilen (Pollak aaO 656). Soll der Beauftragte - wie im vorliegenden Fall - auf eigene Rechnung handeln, ist der Verweis des Paragraph 1088, ABGB auf Vollmachtsrecht unpassend (Aicher in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1088, Rz 2 mwN).

6.4. Im vorliegenden Fall haben sich die Verkäufer in ihrem der Beklagten gegenüber abgegebenen Anbot bereits vertraglich gebunden; der Beklagten wurde ein Gestaltungsrecht (vgl auch 2 Ob 513/93 = JBI 1994, 617) eingeräumt, wonach sie die Liegenschaft selbst kaufen oder einen Dritten als Käufer präsentieren konnte. Wenngleich die Beklagte das Anbot nicht sofort annahm, hat sie doch nach der abgeschlossenen Vereinbarung Beilage ./5 bereits als Gegenleistung für die Abgabe des Anbots auf einen Teilbetrag des Kaufpreises für die neue Wohnung in Höhe von S 2,100.000 unwiderruflich verzichtet. Damit bestand aber bereits bei Abgabe des Anbots für die Verkäufer Gewissheit, dass diese als Gegenleistung für ihre frühere Wohnung S 2,100.000 erhalten würden. Bei dieser Sachlage liegt aber in der Tätigkeit der Beklagten keine „Vermittlung“ im Sinne des § 1 MaklerG, setzt eine solche doch voraus, dass die betreffenden Parteien überhaupt in der Lage sind, über das Gegenstand des Maklervertrags bildende Objekt zu disponieren (vgl zur Abschlussfreiheit des Auftraggebers § 4 Abs 2 MaklerG; Fromherz, MaklerG § 1 Rz 27; Reuter in Staudinger, BGB § 652 Rz 177). Im vorliegenden Fall waren demgegenüber die Verkäufer bereits durch ihr der Beklagten abgegebenes Anbot gebunden und auf Grund des der Beklagten eingeräumten Gestaltungsrechts verpflichtet, jeden von dieser präsentierten Dritten als Erwerber ihrer Wohnung zu akzeptieren.6.4. Im vorliegenden Fall haben sich die Verkäufer in ihrem der Beklagten gegenüber abgegebenen Anbot bereits vertraglich gebunden; der Beklagten wurde ein Gestaltungsrecht vergleiche auch 2 Ob 513/93 = JBI 1994, 617) eingeräumt, wonach sie die Liegenschaft selbst kaufen oder einen Dritten als Käufer präsentieren konnte. Wenngleich die Beklagte das Anbot nicht sofort annahm, hat sie doch nach der abgeschlossenen Vereinbarung Beilage ./5 bereits als Gegenleistung für die Abgabe des Anbots auf einen Teilbetrag des Kaufpreises für die neue Wohnung in Höhe von S 2,100.000 unwiderruflich verzichtet. Damit bestand aber bereits bei Abgabe des Anbots für die Verkäufer Gewissheit, dass diese als Gegenleistung für ihre frühere Wohnung S 2,100.000 erhalten würden. Bei dieser Sachlage liegt aber in der Tätigkeit der Beklagten keine „Vermittlung“ im Sinne des Paragraph eins, MaklerG, setzt eine solche doch voraus, dass die betreffenden Parteien überhaupt in der Lage sind, über das Gegenstand des Maklervertrags bildende Objekt zu disponieren vergleiche zur Abschlussfreiheit des Auftraggebers Paragraph 4, Absatz 2, MaklerG; Fromherz, MaklerG Paragraph eins, Rz 27; Reuter in Staudinger, BGB Paragraph 652, Rz 177). Im vorliegenden Fall waren demgegenüber

die Verkäufer bereits durch ihr der Beklagten abgegebenes Anbot gebunden und auf Grund des der Beklagten eingeräumten Gestaltungsrechts verpflichtet, jeden von dieser präsentierten Dritten als Erwerber ihrer Wohnung zu akzeptieren.

6.5. Eine sachwidrige Benachteiligung der Verkäufer ist in dieser Vereinbarung trotz der im Anbot vorgesehenen relativ langen Bindungsfrist von mehr als zwei Jahren nicht zu erblicken. Abgesehen davon, dass diese lange Bindungsdauer im konkreten Fall nicht zum Tragen kam, weil es bereits wenige Wochen nach Abgabe des Anbots zum Verkauf kam, erhielten die Verkäufer schon als Gegenleistung für die Abgabe des Anbots eine Gutschrift auf den Kaufpreis der neuen Wohnung in Höhe von S 2,100.000. Aus diesem Grund ist auch unbedenklich, dass der Beklagten ein Präsentationsrecht ohne jede Einflussmöglichkeit der Verkäufer eingeräumt wurde, würde sich doch eine allfällige mangelnde Bonität des Käufers im Hinblick auf die unbedingt gewährte Kaufpreisgutschrift wirtschaftlich nicht zum Nachteil der Verkäufer, sondern nur zum Nachteil der den Käufer präsentierenden Beklagten auswirken können. Im Gegensatz zum Regelfall übernahm daher die Beklagte das volle wirtschaftliche Risiko, die Wohnung der Verkäufer zumindest um den Betrag von S 2,100.000 verwerten zu können. Diese vom typischen Maklergeschäft gravierend abweichende Vorgangsweise, die für die Verkäufer den Vorteil der raschen und sicheren Erzielung eines bestimmten - ihren subjektiven Äquivalenzvorstellungen entsprechenden - Preises bietet, rechtfertigt es, das vorliegende Geschäft nicht als Maklertätigkeit im Sinne der §§ 1, 16 MaklerG anzusehen. Vielmehr liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Eigengeschäft der beklagten Partei (vgl auch § 6 Abs 4 MaklerG) vor.6.5. Eine sachwidrige Benachteiligung der Verkäufer ist in dieser Vereinbarung trotz der im Anbot vorgesehenen relativ langen Bindungsfrist von mehr als zwei Jahren nicht zu erblicken. Abgesehen davon, dass diese lange Bindungsdauer im konkreten Fall nicht zum Tragen kam, weil es bereits wenige Wochen nach Abgabe des Anbots zum Verkauf kam, erhielten die Verkäufer schon als Gegenleistung für die Abgabe des Anbots eine Gutschrift auf den Kaufpreis der neuen Wohnung in Höhe von S 2,100.000. Aus diesem Grund ist auch unbedenklich, dass der Beklagten ein Präsentationsrecht ohne jede Einflussmöglichkeit der Verkäufer eingeräumt wurde, würde sich doch eine allfällige mangelnde Bonität des Käufers im Hinblick auf die unbedingt gewährte Kaufpreisgutschrift wirtschaftlich nicht zum Nachteil der Verkäufer, sondern nur zum Nachteil der den Käufer präsentierenden Beklagten auswirken können. Im Gegensatz zum Regelfall übernahm daher die Beklagte das volle wirtschaftliche Risiko, die Wohnung der Verkäufer zumindest um den Betrag von S 2,100.000 verwerten zu können. Diese vom typischen Maklergeschäft gravierend abweichende Vorgangsweise, die für die Verkäufer den Vorteil der raschen und sicheren Erzielung eines bestimmten - ihren subjektiven Äquivalenzvorstellungen entsprechenden - Preises bietet, rechtfertigt es, das vorliegende Geschäft nicht als Maklertätigkeit im Sinne der Paragraphen eins, 16 MaklerG anzusehen. Vielmehr liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Eigengeschäft der beklagten Partei vergleiche auch Paragraph 6, Absatz 4, MaklerG) vor.

6.6. Weil die Verkäufer auch sofort Klarheit über den von ihm als Gegenleistung für die Liegenschaft zu erhaltenden Kaufpreis hatten, bestand auch - anders als beim Kommissionsgeschäft - keine Notwendigkeit, sie vor einer Übervorteilung durch die Beklagte zu schützen. Im Hinblick auf den vertraglich vereinbarten Fixpreis bedurfte es keines (weiteren) objektiven Kriteriums zur Preisbestimmung (vgl Pollak aaO 652).6.6. Weil die Verkäufer auch sofort Klarheit über den von ihm als Gegenleistung für die Liegenschaft zu erhaltenden Kaufpreis hatten, bestand auch - anders als beim Kommissionsgeschäft - keine Notwendigkeit, sie vor einer Übervorteilung durch die Beklagte zu schützen. Im Hinblick auf den vertraglich vereinbarten Fixpreis bedurfte es keines (weiteren) objektiven Kriteriums zur Preisbestimmung vergleiche Pollak aaO 652).

6. 7. Jedenfalls ist nicht erkennbar, inwieweit durch die Vertragsgestaltung im vorliegenden Fall schutzwürdige Interessen des Klägers verletzt wurden. Insbesondere ist darin keine Umgehung der Schutzvorschriften des MaklerG oder der IMV zum Nachteil des Klägers zu erblicken.

7. Damit ist aber auf die Erwägungen des Berufungsgerichts zu die Beklagte nach dem MaklerG allenfalls treffenden Aufklärungspflichten nicht weiter einzugehen. Im Übrigen ist - abgesehen davon, dass eine Irrtumsanfechtung des betreffenden Vertrages schon wegen Verjährung nicht mehr in Betracht kommt (§ 1487 ABGB) - nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger Irrtum des Klägers über das zwischen den Verkäufern und der Beklagten bestehende Rechtsverhältnis für dessen Disposition kausal war. Im Hinblick auf das der Beklagten eingeräumte Gestaltungsrecht war jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich die Beklagte selbst verfügbefugt, sodass der Erwerb des Kaufobjekts von den Verkäufern direkt oder zu einem günstigeren Preis von vornherein nicht in Betracht kam.7. Damit ist aber auf die Erwägungen des Berufungsgerichts zu die Beklagte nach dem MaklerG allenfalls treffenden

Aufklärungspflichten nicht weiter einzugehen. Im Übrigen ist - abgesehen davon, dass eine Irrtumsanfechtung des betreffenden Vertrages schon wegen Verjährung nicht mehr in Betracht kommt (Paragraph 1487, ABGB) - nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger Irrtum des Klägers über das zwischen den Verkäufern und der Beklagten bestehende Rechtsverhältnis für dessen Disposition kausal war. Im Hinblick auf das der Beklagten eingeräumte Gestaltungsrecht war jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich die Beklagte selbst verfügbefugt, sodass der Erwerb des Kaufobjekts von den Verkäufern direkt oder zu einem günstigeren Preis von vornherein nicht in Betracht kam.

8. Auf Schadenersatzansprüche wegen der Zusage der Gewährung von Wohnbauförderung, für die im Übrigen nach den Feststellungen der Vorinstanzen schon aus tatsächlichen Gründen keine Grundlage besteht, kommt der Kläger im Rekursverfahren nicht mehr zurück. Damit ist aber die Sache im Sinne einer Wiederherstellung des klagsabweisenden Urteils erster Instanz spruchreif (§ 519 Abs 2 letzter Satz ZPO). Die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelverfahren beruht auf §§ 41, 50 ZPO.8. Auf Schadenersatzansprüche wegen der Zusage der Gewährung von Wohnbauförderung, für die im Übrigen nach den Feststellungen der Vorinstanzen schon aus tatsächlichen Gründen keine Grundlage besteht, kommt der Kläger im Rekursverfahren nicht mehr zurück. Damit ist aber die Sache im Sinne einer Wiederherstellung des klagsabweisenden Urteils erster Instanz spruchreif (Paragraph 519, Absatz 2, letzter Satz ZPO). Die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelverfahren beruht auf Paragraphen 41., 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E802756Ob47.06i

#### **Schlagworte**

Kennung X PUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht in Zak 2006/468 S 277 - Zak 2006,277 = RdW 2006/514 S 560 - RdW 2006,560= Noss, immolex 2009,140 (tabellarische Aufzählung)XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2006:0060OB00047.06i.0309.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

17.06.2009

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