

# TE OGH 1986/11/19 80b575/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.11.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Vogel, Dr. Kropfitsch und Dr. Zehetner als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\* G\*\*\* FÜR I\*\*\* V\*\*\* M.B.H., Hans-Grässel-Weg 7, D 8000 München 70, BRD, vertreten durch Dr. Alois Kitzmüller, Rechtsanwalt in Liezen, wider die beklagte Partei A\*\*\*

F\*\*\*-, B\*\*\* UND B\*\*\* M.B.H., Kurhausplatz 298, 8990 Bad Aussee, vertreten durch Dr. Franz Loidl, Rechtsanwalt in Bad Aussee, wegen S 347.333,- s.A. (Revisionsstreitwert S 229.251,-), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 28. Feber 1986, GZ. 4 R 1/86-30, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Kreisgerichtes Leoben vom 8. Oktober 1985, GZ 3 Cg 89/84-22, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung insgesamt wie folgt zu lauten hat:

- 1) Die Klagsforderung besteht mit S 229.251,- zu Recht und mit S 118.082,- nicht zu Recht.
- 2) Die eingewendete Gegenforderung besteht mit S 52.006,64 zu Recht und darüber hinaus bis zur Höhe der als berechtigt erkannten Klagsforderung nicht zu Recht.
- 3) Die beklagte Partei ist daher schuldig, der klagenden Partei den Betrag von S 177.244,36 samt 5 % Zinsen seit 1.1.1983 binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.
- 4) Das Mehrbegehren der klagenden Partei auf Zahlung eines weiteren Betrages von S 170.088,64 und ihr Zinsenmehrbegehren wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei an Kosten des Verfahrens in erster Instanz den Betrag von S 11.766,52 (darin Barauslagen von S 1.571,40 und Umsatzsteuer von S 926,83) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegenseitig aufgehoben. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei an Kosten des Revisionsverfahrens den Betrag von S 5.106,16 (darin Barauslagen von S 518,40 und Umsatzsteuer von S 417,07) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin beehrte die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von S 347.333,- s.A. im wesentlichen mit der Begründung, daß ihr die Beklagte mit Vertrag vom 29.10.1982 das Alleinvertriebsrecht für 48 Wohneinheiten im Objekt

"E\*\*\* E\*\*\* J\*\*\*" in Bad Aussee übertragen habe, wobei der Klägerin der Anspruch auf eine Akquisitionsgebühr (Provision) von 10 % des tatsächlichen Verkaufspreises der Wohnungen laut Preisliste eingeräumt worden sei.

Dabei seien die Parteien übereingekommen, daß von dieser Provisionsvereinbarung jene Verkäufe von Wohneinheiten nicht umfaßt sein sollten, die von der Beklagten selbst entriert würden, vorausgesetzt, daß bis längstens 28.11.1982 die Kaufverträge mit den von der Beklagten selbst namhaft gemachten Käufern abgeschlossen werden konnten. Tatsächlich seien bis zum vereinbarten Stichtag durch die Beklagte hinsichtlich der Wohneinheiten Nr. 311 (K\*\*\*), Nr. 312 (L\*\*\*), Nr. 411 (M\*\*\*) und Nr. 414

(C\*\*\*) keine Kaufverträge abgeschlossen worden; der Abschluß dieser Kaufverträge sei erst später erfolgt. Während die Beklagte bezüglich der Wohneinheit Nr. 414 die der Klägerin zustehende Verkäuferprovision bezahlt habe, verweigere sie dies hinsichtlich der Wohneinheiten Nr. 311, 312 und 411. Für diese drei vom Alleinvertriebsrecht der Klägerin umfaßten Wohneinheiten gebühre der Klägerin vereinbarungsgemäß die Verkäuferprovision von S 229.251,-; diesen Betrag habe die Beklagte der Klägerin zu bezahlen. Ferner schulde die Beklagte der Klägerin aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes einen Betrag von S 118.082,- deswegen, weil die Klägerin durch die Vertragsbrüchigkeit der Beklagten außerstandegesetzt worden sei, hinsichtlich der Wohneinheiten Nr. 311, 312 und 414 von den Käufern das von ihr ansonsten mit den einzelnen Käufern vereinbarte "Agio" von 5,65 % vom jeweiligen listenmäßigen Kaufpreis zu verlangen.

Die Beklagte wendete im wesentlichen ein, daß die Verkäufe aller vier von der Klägerin genannten Wohneinheiten von dem der Klägerin erteilten Alleinvermittlungsauftrag ausdrücklich ausgenommen worden seien; die Klägerin habe in diesen Fällen auch keinerlei Vermittlungstätigkeit entfaltet. Für die Wohneinheit Nr. 411 (M\*\*\*) stehe der Kläger deswegen keine Verkäuferprovision zu, weil der Vertragsabschluß erst nach Ablauf des befristeten Alleinvermittlungsauftrages erfolgt sei. Überdies sei mit der Klägerin nachträglich ein außergerichtlicher Vergleich geschlossen worden, in dem sich die Beklagte verpflichtet habe, die Provision für die Wohnung Nr. 414 zu bezahlen, während die Klägerin auf die Provisionen für die Wohneinheiten Nr. 311 und 312 verzichtet habe. Nur auf Grund dieses Vergleiches habe die Beklagte der Klägerin die Verkäuferprovision für die Wohneinheit Nr. 414 (C\*\*\*), die ihr ansonsten nicht zugestanden wäre, bezahlt. Die Beklagte habe der Klägerin für die von ihr verkauften Wohneinheiten (einschließlich der Wohneinheit Nr. 414; siehe dazu das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz ON 16 in Verbindung mit den gleichzeitig vorgelegten unter Beilage 14 erliegenden Abrechnungen) Provisionszahlungen in der vereinbarten Höhe von 10 % des Verkaufspreises im Gesamtbetrag von DM 499.636,80 geleistet. Der zwischen den Streitparteien geschlossene Vertrag sei nach österreichischem Recht zu beurteilen. Nach diesem seien im Sinne der Vorschriften des § 917a ABGB und der Immobilienmaklerverordnung nur Provisionen von 3 % des Verkaufspreises zulässig; darüber hinausgehende Provisionsvereinbarungen seien unwirksam. Die Beklagte habe der Klägerin über den zulässigen Höchstbetrag von 3 % des Verkaufspreises hinausgehende Provisionszahlungen von DM 319.767,55 geleistet. Dies entspreche (bei einem Umrechnungskurs von 7 : 1) einem Betrag von S 2.238.372,85, den die Klägerin der Beklagten rückzuerstatten habe. Diese Forderung werde bis zur Höhe der Klagsforderung aufrechnungsweise gegen diese eingewendet. Die Klägerin bestreite die eingewendete Gegenforderung. Das Erstgericht entschied, daß die Klagsforderung mit S 76.421,56 s. A. und die eingewendete Gegenforderung mit S 75.356,56 zu Recht besteht. Es verurteilte daher die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von S 1.065,- s.A. und wies das auf Zahlung eines weiteren Betrages von S 346.265,- s.A. gerichtete Mehrbegehren ab.

Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Die Klägerin beschäftigt sich mit der Vermittlung "internationaler Immobilien" und mit Kapitalanlagen. Sie hat ihren Sitz in München. Gegenstand des Unternehmens der Beklagten ist im wesentlichen die Schaffung von Wohn- und Geschäftsobjekten. Unter anderem war die Beklagte auch Bauträger und Eigentümer des Objektes "E\*\*\* E\*\*\* J\*\*\*" in Bad Aussee, das insgesamt 56 Wohneinheiten (sogenannte Hotelapartements) umfaßte.

Mit einem mit 29.10.1982 datierten Vertrag übertrug die Beklagte der Klägerin das Alleinvertriebsrecht für 48 Wohneinheiten in diesem Objekt. Danach hatte die Klägerin im wesentlichen für dieses Objekt Werbung zu treiben, Kaufverträge zu erstellen und die Unterschriften der Käufer auf den Kaufverträgen zu erwirken. Dafür wurde der Klägerin eine Provision (Akquisitionsgebühr) von 10 % des tatsächlichen Verkaufspreises der Wohnungen samt Einrichtung laut bestehender und einen unverzichtbaren Bestandteil des Vertrages bildender Preisliste zugesagt. Der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung entstand laut Vertrag durch erfolgreiche Vermittlung der Käuferunterschrift

auf dem Kaufvertrag. Die Gültigkeit dieses Vertrages wurde vom 1.11.1982 bis zum 15.8.1983 zeitlich beschränkt. Die Bedingungen dieses Vertrages sollten sinngemäß gelten, wenn während seiner Laufzeit ein Verkauf angebahnt, dieser jedoch erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vollzogen werden sollte. Es wurde vereinbart, daß mündliche Nebenabreden nicht gültig sind und Änderungen nur Gültigkeit erlangen, wenn sie in Schriftform erfolgen und von beiden Parteien unterzeichnet sind. Dieser vertraglichen Vereinbarung gingen mündliche Besprechungen zwischen den Streitparteien in Bad Aussee am 5.10. und am 5.11.1982 voraus, an welchen auf Seiten der Klägerin der damalige Geschäftsführer Eduard W\*\*\* und Norbert S\*\*\* und auf Seiten der Beklagten deren seinerzeitiger Geschäftsführer Manfred Z\*\*\* sowie Herbert S\*\*\* teilnahmen. Von Seiten der Beklagten wurde bei diesen Gesprächen, insbesondere durch Herbert S\*\*\*, zum Ausdruck gebracht, daß vom Alleinvertriebsrecht der Klägerin jene Wohneinheiten ausgenommen sein sollten, bezüglich welcher die Beklagte bereits Kaufinteressenten in Aussicht habe und mit denen sie auch schon in Verhandlungen stehe. Sollte mit diesen Interessenten bis längstens 28.11.1982 eine Kaufvereinbarung zustandekommen, stehe der Klägerin hierfür keine Provision zu. Im besonderen handelte es sich bei diesen Kaufinteressenten um Paul C\*\*\*, die Ehegatten Maria und Ruppert L\*\*\* sowie die Ehegatten Waltraud und Wolf-Herbert K\*\*\*. Im Schreiben der Beklagten vom 17.11.1982, mit welchem sie den nunmehr inzwischen auch von ihr unterfertigten Vermittlungsauftrag der Klägerin zusendete, wurden die Namen dieser Kaufinteressenten und auch die Wohnungen, die die Beklagte für sie reserviert hatte, ausdrücklich angeführt und es wurde zum Ausdruck gebracht, daß sich die Beklagte für diese Kaufinteressenten Provisionsfreiheit ausbedinge. Die Klägerin erklärte sich damit grundsätzlich einverstanden. Mit Telex vom 3.12.1982 wies die Beklagte gegenüber der Klägerin neuerlich mit Nachdruck darauf hin, daß bezüglich der Appartements Nr. 414 (C\*\*\*), Nr. 311 (K\*\*\*) und Nr. 312 (L\*\*\*) der Alleinvermittlungsauftrag keine Anwendung finde. Zu Paul C\*\*\* hatte die Beklagte eine enge Beziehung. Der Kontakt wurde durch einen Angestellten der Volksbank "Steirisches Salzkammergut" - die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft dieser Volksbank - gepflogen. C\*\*\* bekundete Interesse am Erwerb eines Appartements. Es war jedoch schwierig, mit ihm zu einem Abschluß zu kommen, weil er immer wieder geschäftlich verhindert war. Die Beklagte übermittelte ihm ein Kaufanbot über den Erwerb des Appartements Nr. 414. C\*\*\* unterfertigte dieses Anbot am 22.11.1982 und sendete es an die Beklagte zurück. Der eigentliche Kaufvertrag wurde von ihm am 8.2.1983 unterschrieben.

Die Kaufinteressenten L\*\*\* und K\*\*\* sagten der Beklagten (gegenüber Herbert S\*\*\*) noch vor dem Stichtag 28.11.1982

mündlich verbindlich zu, Appartements zu erwerben. Ein entsprechendes Kaufanbot der Beklagten unterschrieben sie jeweils am 6.12.1982 in Bad Aussee. Die verbücherungsfähigen Kaufvertragsurkunden über die Appartements Nr. 311 und Nr. 312 wurden am 5.1./14.1.1983 bzw. am 5.1./10.1.1983 ausgefertigt. Die M\*\*\*-K\*\*\*-GES.M.B.H. hatte bereits vor dem Zustandekommen des Vertrages zwischen den Streitparteien vom 29.10.1982 von der Beklagten zwei Appartements gekauft. Mit Kaufvertrag vom 20.7.1983 erwarb sie zusätzlich noch das Appartement Nr. 411 über die Klägerin, an welche sie im Hinblick auf den abgeschlossenen Vermittlungsauftrag von der Beklagten verwiesen worden war. Dieser von der Beklagten noch nicht unterfertigte Kaufvertrag geriet vorübergehend in Verlust, weshalb am 14.10./11.11.1983 ein neuer Vertrag beglaubigt unterfertigt wurde.

Die Klägerin hat hinsichtlich der Wohneinheiten Nr. 311, 312 und 414 keinerlei Vermittlungstätigkeit entfaltet. Die diesbezüglichen Verkäufe kamen ausschließlich auf Grund eigener Bemühungen der Beklagten zustande.

In der Folge erhob die Klägerin bezüglich der Appartements Nr. 311, 312, 411 und 414 Provisionsansprüche gegenüber der Beklagten mit der Begründung, daß die Abschlüsse mit diesen Käufern erst nach dem 28.11.1982 erfolgt seien. Daraufhin kam es zwischen den Streitparteien zu mehrfachen Zusammenkünften und Besprechungen mit dem Ziel, eine außergerichtliche Einigung herbeizuführen. Tatsächlich kam es zwischen ihnen zu einer vergleichsweisen Regelung dahingehend, daß die Beklagte sich bereit erklärte, hinsichtlich des Appartements Nr. 414 (C\*\*\*) eine Provision an die Klägerin zu zahlen, und zwar aus der Erwägung heraus, daß C\*\*\* auch ein Geschäftskunde der Klägerin war, während andererseits die Klägerin auf eine Provision hinsichtlich der Appartements Nr. 311 (K\*\*\*) und Nr. 312 (L\*\*\*) verzichtete. In Entsprechung dieser vergleichsweisen Einigung zahlte die Beklagte die auf das Appartement Nr. 414 entfallende Provision von DM 10.613,60 an die Klägerin. Hingegen hielt die Klägerin ihre Zusage, auf eine Provision hinsichtlich der Appartements Nr. 311 und Nr. 312 zu verzichten, nicht ein, weshalb die Beklagte letztlich mit Schreiben vom 14.2.1984 gegenüber der Klägerin zum Ausdruck brachte, daß sie nun auch ihren Teil der Vereinbarung als gegenstandslos betrachte und die Provisionszahlung für das Appartement Nr. 414 als Irrtum ansehe und zurückfordere.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt im wesentlichen dahin, daß die Beklagte die Wohneinheiten Nr. 311 (K\*\*\*), Nr. 312 (L\*\*\*), Nr. 411 (M\*\*\*) und Nr. 414 (C\*\*\*) grundsätzlich selbst provisionsfrei verkaufen hätte dürfen, wenn verbindliche Kaufvereinbarungen bis 28.11.1982

zustandegekommen seien; dies sei bei den Wohneinheiten Nr. 311, 312 und 414 der Fall gewesen. C\*\*\* habe am 22.11.1982 ein Anbot der Beklagten zum Erwerb der Wohneinheit Nr. 414 verbindlich und unwiderruflich angenommen; mit K\*\*\* und L\*\*\* seien noch vor dem 28.11.1982 rechtsverbindliche Kaufvereinbarungen über die Wohneinheiten Nr. 311 und 312 mündlich zustandegekommen. Für den Verkauf des Appartements Nr. 411 (M\*\*\*) habe hingegen die Beklagte die vereinbarte Provision zu bezahlen, weil der Kaufvertrag innerhalb der Laufzeit des Alleinvermittlungsauftrages abgeschlossen worden sei. Der von den Streitparteien nachträglich geschlossene Vergleich über die Provisionszahlung bzw. den Verzicht darauf sei durch beiderseitiges Nichteinhalten und Erklärung, daran nicht gebunden zu sein, als einvernehmlich wieder aufgehoben zu betrachten. Die Klägerin müsse daher die für die Wohneinheit Nr. 414 (C\*\*\*) erhaltene Provision rückerstatten. Auf § 917a ABGB und die Immobilienmaklerverordnung könne sich die Beklagte nicht berufen, weil sie im Hinblick darauf nicht schutzwürdig sei, daß sie eine 10%ige Verkäuferprovision in die den Käufern vorgeschriebenen Kaufpreise bereits einkalkuliert habe.

Dieses Urteil wurde von beiden Streitparteien mit Berufung bekämpft. Das Berufungsgericht gab mit dem angefochtenen Urteil der Berufung der Beklagten keine Folge. Hingegen gab es der Berufung der Klägerin teilweise Folge. Es änderte die Entscheidung des Erstgerichtes dahin ab, daß es die Klagsforderung mit S 229.251,-

als zu Recht bestehend und die eingewendete Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend erkannte. Es verurteilte daher die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von S 229.251,- s.A. an die Klägerin und wies deren auf Zahlung eines weiteren Betrages von S 118.082,- s.A. gerichtetes Mehrbegehren ab.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes mit Ausnahme jener, daß die Kaufinteressenten L\*\*\*

und K\*\*\* der Beklagten noch vor dem 28.11.1982 mündlich zusagten, Appartements zu erwerben. In diesem Umfang traf das Berufungsgericht nach teilweiser Beweiswiederholung folgende Feststellungen:

Alle Verhandlungen mit den eigenen Interessenten führte für die Beklagte Herbert S\*\*\*, der als Angestellter eines anderen Unternehmens zur Dienstleistung bei der Beklagten abgestellt worden war, ohne deren Dienstnehmer geworden zu sein. Die Beklagte wurde rechtswirksam den Kaufinteressenten gegenüber nur durch die Geschäftsführer Z\*\*\* und P\*\*\* vertreten. Rupert L\*\*\* war bei der Beklagten schon aus früheren Geschäften bekannt und wurde zwecks Erwerbung einer Wohnung in der besagten Anlage von der Beklagten angeschrieben. Er zeigte sich interessiert und erwähnte, daß auch ein Bekannter von ihm am Erwerb einer weiteren Wohnung Interesse hätte. Diese Erklärungen erfolgten in Telefongesprächen zwischen S\*\*\* und L\*\*\*. In einem letzten Telefonat zwischen 17. und 28.11.1982 teilte L\*\*\* mit, daß er am 6.12.1982 mit seinem Bekannten nach Bad Aussee kommen werde. Daß L\*\*\* von seinem Bekannten Wolf-Herbert K\*\*\* ermächtigt gewesen wäre, telefonisch bindende Kaufzusagen der Beklagten gegenüber abzugeben oder bindende Kaufangebote zu stellen und daß L\*\*\* derartiges für seine Person und für K\*\*\* vor dem 28.11.1982 getan hätte, kann nicht festgestellt werden.

Rechtlich führte das Berufungsgericht im wesentlichen aus, daß zufolge des vorliegenden Sachverhaltes mit Auslandsberührung zunächst das anzuwendende Recht zu ermitteln sei. Wenn auch die Streitparteien das der Klägerin eingeräumte Recht als Alleinvertriebsrecht bezeichnet hätten, handle es sich doch um einen Alleinvermittlungsvertrag. Eine ausdrückliche oder schlüssige Rechtswahl hätten die Streitparteien nicht getroffen; auch die Geltungsannahme eines bestimmten Landesrechtes könne aus dem Vertragsverhalten beider Teile nicht abgeleitet werden. Eine Anknüpfung nach § 35 IPRG sei daher nicht möglich. Gemäß § 36 IPRG sei aber das Recht der BRD anzuwenden, weil nur die Beklagte der Klägerin Geld schulde, während die Klägerin die "charakteristische Leistung" erbringe. Eine Rückverweisung auf das österreichische Recht liege nicht vor.

Die Klägerin sei Zivilmakler gemäß den §§ 652 ff BGB. Der zwischen den Streitparteien geschlossene Vertrag sei ein Zivilmaklervertrag mit befristeter Alleinbeauftragung der Klägerin.

Der Zivilmaklervertrag könne grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden. Hier hätten die Streitparteien die Schriftform gewillkürt, wie sich aus § 7 des Vertragstextes ausdrücklich ergebe. Daß sie davon nachträglich wieder abgegangen wären, sei nicht behauptet worden und komme aus dem Beweismaterial nicht hervor. Zur Einhaltung der Schriftform

genügte Briefwechsel (§ 127 BGB), wie er in den Beilagen 2, 3, 4, 6 und 10 gepflogen worden sei. In einem solchen Fall komme der Vertrag in dem Zeitpunkt zustande, in dem die schriftliche Erklärung der Annahme eines schriftlichen Vertragsanbotes dem Anbieter zugehe (§ 130 Abs. 1 BGB). Das sei hier mit Eingang des Schreibens Beilage 3 vom 17.11.1982 bei der Klägerin der Fall gewesen. Mit diesem Datum, dessen nähere Festlegung entbehrlich sei, sei der Vertrag mit dem Inhalt geschlossen gewesen, wie er sich aus dem Vertragstext laut Beilage 1 und dem darauf folgenden Briefwechsel (Beilagen 2, 3 und 10) ergebe. Daraufhin habe die Klägerin bemängelt, daß die Liste (Beilage 10) inhaltlich über eine vorher ausgehandelte Liste hinausgehe. Die Beklagte habe erwidert, daß sie auf der zugesandten Liste (Beilage 10), beinhaltend auch die Interessenten C\*\*\*, L\*\*\* und dessen Bekannten (K\*\*\*) bestehe. Eine Antwort sei darauf seitens der Klägerin nicht mehr erfolgt. Die Klägerin habe aber am Vertrag festgehalten, diesen, wie er ihr mit dem Schreiben Beilage 3 seitens der Beklagten angeboten worden sei, nicht zurückgewiesen und in Ausführung des Vertrages die angebotenen Leistungen erbracht. Zwar sei die Annahmeerklärung der Beklagten unter Vornahme von Erweiterungen nach § 150 Abs. 2 BGB auch im Handelsverkehr als Ablehnung, verbunden mit neuem Antrag, zu werten, doch hätte die Klägerin im beiderseitigen kaufmännischen Geschäftsverkehr nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte die Ausführung des seitens der Beklagten modifizierten Vertrages ablehnen müssen. Aus dem beharrlichen Verhalten der Beklagten habe sie nämlich ersehen können, daß die Beklagte den Vertrag jedenfalls nicht unter den in der mündlichen Vorverhandlung besprochenen Bedingungen (Liste Beilage H) abzuschließen bereit gewesen sei. In diesem besonderen Fall sei Schweigen und das vertragsgemäße Verhalten der Klägerin als Zustimmung zur Vertragsmodifikation zu werten, ansonsten man zur Verneinung des Vertragsbestandes wegen fehlender Willensübereinstimmung gelangen müßte. Der Vertrag sei daher mit Zugang der Beilage 3 und 10 an die Klägerin dahin zustande gekommen, daß die Interessenten C\*\*\*, L\*\*\* und dessen Bekannter (K\*\*\*) von der Beklagten provisionsfrei bis 28.11.1982 bearbeitet werden konnten.

Das Erstgericht sei entsprechend dem schriftlichen Vertragstext davon ausgegangen, daß der Klägerin keine Provision zustehe, wenn die Beklagte mit den genannten Interessenten bis 28.11.1982 eine Kaufvereinbarung zustandebrächte. Fraglich sei aber, ob die einseitige Bindung eines Interessenten für die vereinbarte Provisionsfreiheit genügt hätte oder ob dazu beidseitige, womöglich förmliche Vertragsabschlußerklärung nötig gewesen sei. Ein bestimmter Parteiwille sei diesbezüglich nicht feststellbar. Die vertragliche Regelung habe offensichtlich nicht die Möglichkeit eines Streites hierüber bedacht und sei diesbezüglich lückenhaft geblieben. Diese Lücke sei durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Auszulegen sei die Bedeutung der Wortfolge "...ein Vertrag abgeschlossen...". Dabei sei deutsches Recht unter Berücksichtigung des Umstandes anzuwenden, daß die Streitparteien unter Kaufvertragsabschluß jedenfalls einen solchen gemeint haben müßten, der am Kaufgegenstandsort (in Österreich) wirksam sein mußte. Die von der Beklagten abzuschließenden Kaufverträge wären schließlich bei Auslandsberührung, etwa gegenüber deutschen Käufern, hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach den §§ 31 und 36 IPRG jedenfalls unter der Geltung österreichischen Rechtes gestanden. Die vertragliche Regelung sei entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Es sei darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Die im Vertrag sonst enthaltenen Erklärungen und Wertungen seien subjektive Ausgangspunkte für die Vertragsergänzung. Die Maßstäbe von Treu und Glauben stellten bei solcher Vertragsergänzung dem gegenüber das objektive Moment dar.

Sinn und Zweck des Vertrages sei es gewesen, der Klägerin das Recht einzuräumen, gegen Leistung einer pauschalen Akquisitionsgebühr für die Appartementanlage Kaufinteressenten aufzutreiben, die Kaufverträge zu erstellen, sie von den Interessenten fertigen zu lassen und die Kaufpreiszahlungen bei ihnen anzufordern (§ 6 des Vertrages). Der Anspruch auf die Vergütung hätte durch erfolgreiche Vermittlung der Käuferunterschrift auf dem jeweiligen Kaufvertrag (§ 2 Abs. 2 des Vertrages), daher mit unwiderruflicher Bindung des jeweiligen Käufers, entstehen sollen. Für den Fall, daß die Verkäuferin dann nicht willens gewesen wäre, ihrerseits den Kaufvertrag zu schließen, sei im Vertrag nichts vorgesehen, wohl aber ein Anspruch der Klägerin auf die gesamte Akquisitionsgebühr, wenn ein Kaufvertrag aus auf Seiten der Beklagten liegenden Gründen wieder aufgehoben worden wäre (§ 5 lit. b des Vertrages). An der Zielsetzung dieser Regelungen und an der Sitte des redlichen Verkehrs orientierte Vertragsauslegung könne nur dahin erfolgen, daß die Beklagte vereinbarungsgemäß jedenfalls provisionspflichtig wurde, sobald die Bindung des Kaufinteressenten vorlag, auch wenn sie den Vertrag mit ihm dann nicht abzuschließen bereit gewesen wäre. Umgekehrt müsse dann aber ebenso gelten, daß die Beklagte dann provisionsfrei bleiben durfte, wenn ihr ein zumindest den Interessenten bindendes Angebot auf Abschluß eines Kaufvertrages vorgelegen sei.

Ob eine Zusage zum Kaufvertragsabschluß, in welcher Form auch immer sie erfolgt sein möge, für den Erklärenden verbindlich gewesen wäre, bestimme sich aus den angeführten Gründen nach österreichischem Recht. Der Kaufvertrag über Liegenschaften könne formfrei, somit auch mündlich, abgeschlossen werden. Es komme daher darauf an, ob seitens der Interessenten L\*\*\* und K\*\*\*

zumindest mündlich vor dem 28.11.1982 bindende Kaufzusagen abgegeben worden seien oder nicht.

Dies sei nach den vom Berufungsgericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen nicht der Fall.

Daß der zwischen den Streitparteien geschlossene außergerichtliche Vergleich nicht mehr in Geltung stehe, sei im Berufungsverfahren unbestritten.

Nach § 10 der Immobilienmaklerverordnung BGBl. 1978/323 (ImmMV) dürfe für die Vermittlung des Verkaufes eines Liegenschaftsanteiles bei einem Wert von mehr als S 500.000,- nur eine Provision oder sonstige Vergütung bis zu 3 % des Wertes des Anteiles vereinbart werden. Die Beklagte berufe sich auf diese Bestimmung und auf § 917a ABGB zur Begründung ihrer Gegenforderung aus dem Titel des Rückersatzanspruchs wegen ohne Rechtstitel geleisteter Provisionsüberzahlung. Dem sei nicht zu folgen.

Wie ausgeführt, unterliege die Vertragsbeziehung zwischen den Streitparteien dem Recht der BRD. Taxen im Sinne des § 653 Abs. 2 BGB, also behördlich festgesetzte Preise, bestünden nach deutschem Recht für den Immobilienverkehr nicht. Nach diesem Recht sei daher die Vereinbarung einer Provision von 10 % rechtswirksam. Zu beachten wäre allerdings, ob es sich bei der genannten Verordnung um eine sogenannte Eingriffsnorm handle. Darunter seien staatliche Lenkungsmaßnahmen in Form von Zwangsvorschriften zu verstehen, die im öffentlichen Interesse auf private Rechtsverhältnisse einwirkten. Habe ein Staat wegen der grundlegenden wirtschafts- oder sozialpolitischen Bedeutung ein großes Anwendungsinteresse an solchen Normen, weil ihre Nichtanwendung mit den Grundwerten seiner Rechtsordnung unvereinbar wäre, so verdränge die Eingriffsnorm im Weg der Sonderanknüpfung die entgegenstehende ausländische Regelung. Ob eine österreichische Eingriffsnorm diese Bedeutung habe, bestimme sich nicht nach den im Einzelfall betroffenen Rechtssubjekten, sondern entweder aus der Selbstaussage der Norm über ihren Anwendungsbereich oder - bei Fehlen einer solchen Selbstaussage - aus der Interpretation.

Inländische Preislenkungsmaßnahmen wie etwa die vorliegende Verordnung könnten bei entsprechender Bedeutung in die ausländische Rechtsbeziehung eingreifen. Die Immobilienmaklerverordnung enthalte keine Selbstaussage über ihren allfälligen Eingriff in das fremde Recht. Interpretativ könne eine solche Eingriffsabsicht nicht angenommen werden. Die wirtschafts- und sozialpolitische Bedeutung der Verordnung beschränke sich darauf, im österreichischen Rechtsbereich zum Nachteil der Vermittlungsauftraggeber aufgetretenen Auswüchsen von Vertragsgestaltungen, darunter auch übermäßigen Provisionsvereinbarungen, vorzubeugen. Eine gesamtwirtschaftspolitische Bedeutung könne den einzelnen Bestimmungen nicht zuerkannt werden. Die sozialpolitische Bedeutung erschöpfe sich im wesentlichen darin, zu verhindern, daß im Verkehr mit Immobilienmaklern unerfahrenen Auftraggebern erhebliche finanzielle Nachteile durch unbedachte Abschlüsse oder Inanspruchnahmen erwüchsen. Keineswegs könne eine sozialpolitische Zielsetzung des Ordnungsgebers dahin ersehen werden, den Ausländergrundstücksverkehr reglementieren zu wollen. Mit sonstigen als wirtschaftspolitisch bedeutsam erkannten Preisregelungsvorschriften, etwa dem Zollgesetz, könne die vorliegende Regelung nicht verglichen werden. Sie sei daher auf die Rechtsbeziehung zwischen den Streitparteien nicht anwendbar. Aber auch dann, wenn der Eingriff in diese Rechtsbeziehung generell zu bejahen wäre, käme die Anwendung der Verordnung im speziellen Fall nicht in Betracht. Die Verordnung definiere die Vermittlung eines Geschäftes nicht. Es sei daher von der Rechtsprechung auszugehen, nach der beim Immobilienmakler bereits die Nachweisung der Gelegenheit zum Geschäft ohne sonstige verdienstliche Tätigkeit provisionsbegründend sei und somit Vermittlung darstelle. Darüber hinaus erkläre § 1 Abs. 2 ImmMV noch den Vertragsabschluß im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers zur Vermittlung. Auf diese Tätigkeiten seien die Höchstbeträge der Verordnung zu beziehen. Würden, wie im vorliegenden Fall, darüber hinausgehende Tätigkeiten vereinbart, so unterlägen sie nicht den behördlichen Höchstbeträgen. Für solche Fälle der Betrauung von Immobilienmaklern mit außergewöhnlichen Tätigkeiten sehe § 8 Abs. 1 ImmMV die Möglichkeit der Vereinbarung eines besonderen Barauslagensatzes vor. Wenn sich also die Klägerin von der Beklagten für ihre Tätigkeit eine Provision und Aufwandsentschädigung zusagen habe lassen, habe sie nur dann und insoweit gegen die Höchstbeträge zulässiger Vergütung verstoßen, als bewiesen wäre, daß die auf die besonderen gewünschten Tätigkeiten entfallenden Aufwendungen 7 % des Pauschalentgeltes nicht erreichten oder hierfür nicht

angemessen wären. Derartiges habe die beweispflichtige Beklagte nicht behauptet und bewiesen. Die Beklagte wäre nach dem Inhalt des abgeschlossenen Maklervertrages mit Alleinvertriebsrecht verpflichtet gewesen, alle Interessenten, die sich bis 28.11.1982 nicht gebunden hatten, an die Klägerin zu verweisen. Sie habe dies zumindest bei den Interessenten L\*\*\* und K\*\*\* nicht getan, sei dadurch vertragsbrüchig geworden und hätte einen hieraus der Klägerin entstandenen Schaden zu ersetzen. Voraussetzung dafür wäre aber, daß die Klägerin nachgewiesen hätte, daß es ihr gelungen wäre, den Vertrag ebenso zustandezubringen wie die Beklagte, daß also L\*\*\* und K\*\*\*

trotz ihnen dann anzulastender Käuferprovision (von der Klägerin Agio genannt) den Vertrag geschlossen hätten. Diesen Nachweis der Kausalität zwischen der vertragswidrigen Nichtzuweisung der Interessenten durch die Beklagte an die Klägerin und dem Schadenseintritt - Entgang der Käuferprovision - habe die hierfür beweispflichtige Klägerin nicht erbracht. Daß die Klägerin die Wohnungen 311 und 312 an andere Interessenten unter Erzielung des Agios von 5,65 % hätte vermitteln können, sei in erster Instanz nicht behauptet worden.

Zusammenfassend sei die Berufung der Klägerin insoweit berechtigt, als die Vergütung für die Verkäufe an L\*\*\* und K\*\*\* wegen Nichtzustandbringens einer Bindung dieser Käufer durch die Beklagte vor dem 28.11.1982 zu bezahlen sei, wobei hier offen bleiben könne, ob es sich dabei um Schadenersatz wegen Vertragsbruches (Nichtzuweisung der Interessenten) oder Provisionsentgangersatz auf Grund vertraglicher Zusage (§ 2 des Vertrages) handle. Nach den getroffenen Vereinbarungen sei es für den Verkäuferprovisionsanspruch auch unmaßgeblich gewesen, ob die Klägerin eine verdienstliche Tätigkeit entfaltet hatte oder nicht. Ihr sei das Alleinverkaufsrecht an sämtlichen noch freien Wohnungen zu bestimmt vereinbarten Vergütungen eingeräumt gewesen. Die einzelnen vereinbarten Ausnahmen von diesem Recht (L\*\*\* und K\*\*\*) seien nicht zum Tragen gekommen.

Eine Gegenforderung aus der Provisionszahlung C\*\*\* sei allerdings nicht festzustellen gewesen, weil eine solche Aufrechnungseinrede gar nicht erhoben worden sei. Die tatsächlich eingewendete Gegenforderung habe sich auf generell, weil gegen die Taxen der Immobilienmaklerverordnung verstoßend, um 7 % überhöht bezahlte Provisionen gestützt. Von einem solchermaßen ausdrücklich konkretisierten Einwand sei eine allenfalls auf andere Rechtsgründe stützbar Aufrechnungseinrede nicht umfaßt.

Damit kam das Berufungsgericht zu seiner oben wiedergegebenen Entscheidung.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten. Sie bekämpft sie in ihrem klagsstattgebenden Teil aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil des Berufungsgerichtes in diesem Umfang aufzuheben oder im Sinne der vollinhaltlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern.

Die Klägerin beantragt, der Revision keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist im Hinblick auf die Höhe des Streitgegenstandes, über den das Berufungsgericht entschieden hat (§ 55 Abs. 1 Z 1 JN; vgl. Fasching Kommentar I 344), ohne die im § 503 Abs. 2 ZPO normierte Einschränkung der Revisionsgründe zulässig und auch sachlich teilweise berechtigt.

Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor, was nicht näher zu begründen ist (§ 510 Abs. 3 ZPO).

In ihrer Rechtsrüge wendet sich die Beklagte vor allem gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß das zwischen den Streitteilen bestehende Rechtsverhältnis nach deutschem Recht zu beurteilen sei.

Dem ist nicht zu folgen.

Bei dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrag, mit dem es die Klägerin übernahm, für die Beklagte gegen die Leistung eines bestimmten Entgeltes den Abschluß von Kaufverträgen über mit Wohnungseigentum verbundene Liegenschaftsanteile zu vermitteln, handelt es sich um einen Zivilmaklervertrag im Sinne des § 29 Abs. 1 HVG. Eine ausdrückliche oder schlüssige Rechtswahl der Parteien liegt nicht vor; auch Umstände, aus denen sich ergibt, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung als maßgebend angenommen haben, sind nicht gegeben (§ 35 Abs. 1 IPRG). Zwischen den Parteien wurde kein Verbrauchervertrag im Sinne des § 41 IPRG geschlossen (siehe dazu Hoyer in Krejci, Handbuch zum KSchG 742 f). Denn für beide Streitteile gehörte das abgeschlossene Rechtsgeschäft zum Betrieb ihres Unternehmens im Sinne des § 1 KSchG. Es handelt sich daher um kein Rechtsgeschäft zwischen Unternehmer und

Verbraucher, sondern um ein solches zwischen Unternehmern, das nicht den speziellen Bestimmungen der §§ 38 bis 45 IPRG zu unterstellen ist. Gemäß § 36 IPRG sind gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet, nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die andere Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; schließt diese Partei den Vertrag als Unternehmer, so ist statt des gewöhnlichen Aufenthaltes die Niederlassung maßgebend, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wird. Für die Anwendung dieser Bestimmung kommt es nicht auf das Bestehen zweier Leistungspflichten, sondern auf den geplanten Leistungsaustausch als solchen an, auch wenn er durch eine nicht geschuldete Leistung ausgelöst wird, wie etwa beim Maklervertrag (Schwimmann, Grundriß des IPR 122). Der zwischen den Parteien geschlossene Zivilmaklervertrag ist daher nicht der Verweisungsnorm des § 37 IPRG, sondern der § 36 IPRG zu unterstellen, was im vorliegenden Fall im Hinblick auf den Sitz der Klägerin in München zur Anwendung des Rechtes der BRD führt.

Eine Rückverweisung im Sinne des § 5 IPRG liegt nicht vor, weil auch nach den maßgeblichen deutschen Rechtsvorschriften für den Makler im Zweifel das Recht des Ortes gilt, an dem er seinen Beruf ausübt (Palandt, BGB 45 2175 mwN).

Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, daß für den Bereich des Internationalen Privatrechts sogenannte "Eingriffsnormen", das sind staatliche Lenkungsmaßnahmen in Form von Zwangsvorschriften, die im öffentlichen Interesse auf Privatrechtsverhältnisse einwirken, von Bedeutung sind. Ihre kollisionsrechtliche Bedeutung liegt darin, daß derartigen Eingriffsnormen, die das öffentliche Interesse des rechtssetzenden Staates an ihrer Beachtung dokumentieren, grundsätzlich der Vorrang vor der überwiegend an privaten Interessenkollisionen orientierten allgemeinen Anknüpfung des Schuldstatuts gebührt. Das öffentliche Geltungsinteresse manifestiert sich im eigenen Anwendungswillen derartiger Eingriffsnormen; daher besteht zu ihm die "stärkste Beziehung" im Sinne des § 1 Abs. 1 IPRG, die unabhängig vom gesetzlichen oder vereinbarten Schuldstatut und dieses durchbrechend zum Tragen kommen muß, namentlich dann, wenn sich das Rechtsverhältnis auf das Hoheitsgebiet des Eingriffsstaates auswirkt und sich deshalb der Zwangswirkung der Eingriffsgesetze faktisch gar nicht entziehen kann. Unter dieser Voraussetzung sind derartige Eingriffsnormen im Sinne des § 1 Abs. 1 IPRG gesondert vom Schuldstatut an ihren eigenen Anwendungswillen anzuknüpfen; dieser wird entweder aus ausdrücklichen Selbstaussagen über den Anwendungsbereich oder interpretativ aus dem Zweck solcher Eingriffsnormen zu ermitteln sein (Schwimmann aaO 110 ff mwN).

Nun trifft es sicher zu, daß § 10 ImmMV Vorschriften über die Höchstgrenzen von Provisionen enthält, die ein Immobilienmakler bei Vermittlung des Verkaufs von Liegenschaftsanteilen, mit denen das Wohnungseigentum an einer bestimmten Wohnung verbunden ist, verlangen darf und daß auch gemäß § 917 a ABGB dann, wenn zum Schutz eines Vertragspartners gesetzlich bestimmt ist, daß kein höheres als ein bestimmtes Entgelt vereinbart werden darf, eine Entgeltvereinbarung soweit unwirksam ist, als sie dieses Höchstmaß überschreitet.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes enthalten die Bestimmungen der ImmMV nicht nur Landesrecht für Immobilienmakler, sondern auch Konsumentenschutzbestimmungen, auf die sich wegen ihrer allgemeinen Geltung auch Kunden berufen können. Insbesondere bei den die dem Immobilienmakler gebührende Provision regelnden Bestimmungen handelt es sich um derartige Konsumentenschutzbestimmungen (SZ 56/154 mwN).

Damit ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, ob es sich bei diesen Vorschriften um Eingriffsnormen im oben dargestellten Sinn handelt. Die ImmMV wurde auf Grund der im § 69 Abs. 2 und im § 261 GewO 1973 enthaltenen Verordnungsermächtigungen erlassen, also zum Schutz von Kunden vor Vermögensschäden und zur Festsetzung von Regeln über die bei der Gewerbeausübung zu beobachtenden Verhaltensweisen, beides aber nur in Bezug auf im Inland ausgeübte gewerbliche Tätigkeiten. Dies ergibt sich aus dem Regelungszweck der Gewerbeordnung; sie enthält nur Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Gewerbe im Inland ausgeübt werden darf, nicht aber über die Ausübung von Gewerben durch Ausländer im Ausland. Die ImmMV enthält keine Bestimmung darüber, daß ihre Vorschriften zivilrechtlichen Inhaltes auch dann anzuwenden wären, wenn ein Maklervertrag nach den Vorschriften des IPRG nach ausländischem Recht zu beurteilen ist und derartige kann auch aus dem dargestellten Zweck dieser gesetzlichen Regelung, nämlich der Aufstellung von Regeln für die gewerbliche Tätigkeit im Inland, nicht abgeleitet werden.

Mit Recht ist daher das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der vorliegende Zivilmaklervertrag zwischen den



Streitparteien nach den Bestimmungen des deutschen Rechtes zu beurteilen ist, nach dem Taxen im Sinne des § 653 Abs. 2 BGB nicht bestehen (Palandt aaO 715) und nach dem die Vereinbarung einer Verkäuferprovision in der Höhe von 10 % des Verkaufspreises zulässig ist.

Wenn die Beklagte in ihrer Rechtsrüge weiter ausführt, daß die Klägerin hinsichtlich der Wohnungseinheiten Nr. 311, 312 und 414 keine Vermittlungstätigkeit entfaltet habe, daß die diesbezüglichen Verkäufe ausschließlich auf Grund eigener Bemühungen der Beklagten zustande gekommen seien und daß der Klägerin daher für diese Wohnungseinheiten kein Anspruch auf Verkäuferprovision zustehe, übersieht sie, daß es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen zeitlich befristeten Alleinvermittlungsauftrag handelte. Ein solcher läßt zwar nach den Vorschriften der §§ 652 ff BGB grundsätzlich die Abschlußfreiheit des Auftraggebers unberührt und bedeutet für sich allein noch keine Abbedingung der Ursächlichkeit der Tätigkeit des Maklers als Voraussetzung für seinen Provisionsanspruch; es ist jedoch eine anderslautende Vereinbarung möglich und zulässig (Palandt aaO 713 ff). Die Auslegung der im vorliegenden Fall zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarung durch das Berufungsgericht ist durchaus zutreffend; dazu wird in der Revision der Beklagten nichts ausgeführt. Danach gingen aber die Parteien übereinstimmend davon aus, daß die Klägerin für alle Vertragsabschlüsse im Rahmen des mit ihr geschlossenen Alleinvermittlungsauftrages während der Vertragslaufzeit die ihr zugesagte Verkäuferprovision beanspruchen durfte und daß davon nur jene Objekte ausgenommen werden sollten, hinsichtlich welcher die Beklagte durch eigene Vermittlungstätigkeit bis 28.11.1982 zumindest das Vorliegen eines den Interessenten bindenden Angebotes auf Abschluß eines Kaufvertrages erreichte. Daraus ergibt sich aber ganz eindeutig, daß zwischen den Streitparteien Einigkeit darüber bestand, daß die Klägerin jedenfalls Anspruch auf die Verkäuferprovision haben sollte, wenn die von ihnen getroffene Ausnahmeregelung nicht zutrifft; anders wäre die zwischen ihnen getroffene Vereinbarung nicht verständlich. Nach dem Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung hatte daher die Klägerin bezüglich der Wohnungseinheiten Nr. 311, 312 und 411, für die nach den Feststellungen der Vorinstanzen die zwischen den Streitparteien getroffene Ausnahmeregelung nicht zutrifft und die während der Laufzeit des Alleinvermittlungsauftrages verkauft wurden, Anspruch auf die vereinbarte Verkäuferprovision, ohne diesbezüglich das Vorliegen einer eigenen verdienstlichen Vermittlungstätigkeit nachweisen zu müssen.

Mit Recht hat unter diesen Umständen das Berufungsgericht die Klagsforderung in der Höhe der der Klägerin für diese drei Wohnungseinheiten zustehenden Verkäuferprovision als berechtigt erkannt.

Was allerdings die eingewendete Gegenforderung betrifft, verweist die Beklagte unter dem Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit mit Recht darauf, daß die Annahme des Berufungsgerichtes, eine Gegenforderung aus der Provisionszahlung C\*\*\* (Wohnungseinheit Nr. 414) sei nicht eingewendet worden, nicht zutrifft. Die Beklagte hat nämlich die eingewendete Gegenforderung von S 2,238.372,85 damit begründet, daß sie für die von der Klägerin verkauften Wohnungseinheiten (einschließlich der an C\*\*\* verkauften Wohnungseinheit Nr. 414 !) Verkäuferprovisionen in der Höhe von 10 %

des Verkaufspreises bezahlt habe, obwohl nur solche von 3 % zulässig seien. In dieser eingewendeten Gegenforderung ist somit ein Betrag enthalten, der 70 % der von der Beklagten an die Klägerin bezahlten Verkäuferprovision für die Wohnungseinheit Nr. 414 von insgesamt DM 10.613,60 entspricht, somit ein Betrag von DM 7429,52 bzw. (nach dem von der Beklagten in ihrem Schriftsatz ON 16 gebrauchten Umrechnungsschlüssel von 7 : 1) S 52.006,64. Wenn es auch nicht zutrifft, daß die Vereinbarung einer Verkäuferprovision in dieser Höhe unzulässig gewesen wäre, so hat doch die Beklagte in ihrem Vorbringen in erster Instanz auch darauf verwiesen, daß sie zur Zahlung dieser Verkäuferprovision nach der mit der Klägerin getroffenen Ausnahmeregelung nicht verpflichtet gewesen wäre (was nach den Feststellungen der Vorinstanzen zutrifft, weil C\*\*\* sein verbindliches Kaufanbot bereits vor dem 28.11.1982 gegenüber der Beklagten abgab) und sie nur auf Grund des später mit der Klägerin getroffenen außergerichtlichen Vergleiches bezahlt habe, von dem die Parteien aber in der Folge wieder abgingen. Es liegt somit in Wahrheit der Einwand einer Gegenforderung der Beklagten in der Höhe von S 52.006,64 vor, den sie (auch) damit begründet, daß der Rechtsgrund für die Beklagte, diese Zahlung zu behalten, nachträglich weggefallen sei.

In diesem Umfang besteht nach den Feststellungen der Vorinstanzen die eingewendete Gegenforderung zu Recht.

Es wurde bereits ausgeführt, daß die Klägerin aus dem Verkauf der Wohnungseinheit Nr. 414 (C\*\*\*) keinen Anspruch auf Verkäuferprovision gegen die Beklagte hat, weil diesbezüglich die von den Streitparteien getroffene Ausnahmeregelung eingreift. Der rechtliche Grund, auf Grund dessen die Beklagte diese Zahlung an die Klägerin

leistete, nämlich der zwischen den Streitparteien geschlossene außergerichtliche Vergleich, ist später weggefallen, weil nach den diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanzen die Streitparteien nachträglich von diesem Vergleich einvernehmlich wieder abgingen. Es ist nicht näher zu untersuchen, ob im Sinne des § 46 IPRG der Kondiktionsanspruch der Beklagten nach österreichischem oder nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Er ist nach beiden Rechtsordnungen deswegen zu bejahen, weil sowohl nach § 1435 ABGB als auch nach § 812 BGB eine Leistung zurückgefordert werden kann, wenn der rechtliche Grund, sie zu behalten, aufgehört hat. Dies ist der Fall, wenn, wie hier, die den Rechtsgrund der Leistung bildende vertragliche Vereinbarung später einvernehmlich aufgehoben wurde. Es besteht somit die eingewendete Gegenforderung mit einem Betrag von S 52.006,64 zu Recht und darüber hinaus bis zur Höhe der als berechtigt erkannten Klagsforderung nicht zu Recht. In teilweiser Stattgebung der Revision der Beklagten war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens in erster Instanz beruht auf § 43 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens auf den §§ 43 Abs. 1, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E09871

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0080OB00575.86.1119.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19861119\_OGH0002\_0080OB00575\_8600000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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