jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1985/10/29 4Ob366/85

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.10.1985

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl, Dr. Resch Dr. Gamerith und Dr. Riedler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A Immobilienmaklergesellschaft mbH, Josefstädterstraße 60, 1080 Wien, vertreten durch Dr. Franz J. Salzer und Dr. Gunter Granner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei B Realitätengesellschaft mbH,

Phorusgasse 3, 1040 Wien, vertreten durch Dr. Christian Haas, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert S 300.000) infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 30. Mai 1985, GZ. 1 R 103/85-8, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 18. März 1985, GZ. 39 Cg 50/85-3, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit S 9.631,05 bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (davon S 875,55 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

Text

Begründung:

Beide Streitteile betreiben in Wien das Gewerbe des Immobilienmaklers im Sinne der §§ 259 ff. GewO 1973 und sind daher Mitbewerber. Die beklagte Partei ließ in der Zeit zwischen 12. 1. und 4. 2. 1985 im 'Kurier' zahlreiche Inserate veröffentlichen, in denen sie für Interessenten Mietwohnungen und Eigentumswohnungen suchte und hiebei 'kostenlose Abwicklung', 'kostenlose notarielle Abwicklung' oder 'kostenlose notarielle Sofortabwicklung' versprach.

Die klagende Partei behauptet, dieses Vorgehen der beklagten Partei verstoße gegen die Standesregel des § 5 Z 6 der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 16. Juni 1978 über Ausübungsregeln für Immobilienmakler, BGBl. Nr. 323 (Immobilienmaklerverordnung, im folgenden: ImmMV) und gegen § 1 UWG. Sie beantragt zur Sicherung eines gleichlautenden Unterlassungsbegehrens, der beklagten Partei zu verbieten, bei der Werbung um ihre Inanspruchnahme als Vermittler von Rechtsgeschäften über Eigentums- und Mietwohnungen, kostenlose Abwicklung, kostenlose notarielle Barabwicklung oder kostenlose notarielle Sofortabwicklung anzukündigen und den Personen, die ihre Vermittlungstätigkeit in Anspruch nehmen, anzubieten.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Sicherungsantrages und wendete ein, daß nur dem Verkäufer oder Vermieter 'kostenlose' Abwicklung gewährt werde, der andere Vertragspartner aber sehr wohl Provision zu bezahlen

habe; sie führe daher keine 'unentgeltlichen' Vermittlungen durch. Zudem sei § 5 Z 6 ImmMV eine wettbewerbsneutrale Norm.

Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag mit der Begründung statt, daß das aus den vorliegenden Inseraten bescheinigte Verhalten der beklagten Partei im Sinne des § 5 Z 6 ImmMV standeswidrig sei und wegen des wettbewerbsregelnden Charakters dieser Norm auch gegen § 1 UWG verstoße.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der beklagten Partei Folge, änderte den erstgerichtlichen Beschluß dahin ab, daß es den Sicherungsantrag abwies, sprach aus, daß der Wert des von der Abänderung betroffenen gesamten Beschwerdegegenstandes S 15.000, nicht aber S 300.000 übersteigt und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Die zweite Instanz war der Ansicht, daß die beanstandeten Inserate nicht nur auf Grund der Bestimmung des § 5 Z 6 ImmMV (die es bei der Ausübung dieses Gewerbes als standeswidriges Verhalten gegenüber anderen Berufsangehörigen ansieht, die unentgeltliche Durchführung von Vermittlungen anzubieten oder diese Vermittlungen zu Bedingungen anzubieten oder durchzuführen, die einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsführung widersprechen), sondern auch nach § 8 Abs 7 ImmMV zu beurteilen seien, der eine überschreitung des zulässigen Höchstbetrages der Provision bis zu 100 % gestatte, wenn eine der Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes zur Erteilung eines Vermittlungsauftrages nur unter der Bedingung bereit sei, daß sie die Pflicht zur Bezahlung einer Provision oder sonstigen Vergütung nicht treffe. Aus den Inseraten ergebe sich klar, daß die beklagte Partei Interessenten oder Auftraggeber an der Hand habe, die derartige Provisionen zu leisten bereit seien, daß die Abgeber von Realitäten keine Belastungen treffen.

Trotz der in der Entscheidung ÖBl. 1967, 84, vertretenen Ansicht, daß die Ankündigung und Durchführung einer für den Verkäufer provisionsfreien Vermittlung sittenwidrig sei, halte das Berufungsgericht das beanstandete Verhalten der beklagten Partei nicht für sittenwidrig. Die Mißachtung von Standesvorschriften im Wettbewerb sei nicht allgemein als anstößig zu beurteilen, wenn es nur darum gehe, die Vermögensinteressen der Mitglieder zu wahren.

§ 8 Abs 7 ImmMV sehe vor, daß eine der beiden Parteien des vermittelten Realitätengeschäftes gegenüber dem Makler kostenfrei bleiben könne, in welchem Fall dieser mit der anderen Partei eine höhere Provision vereinbaren dürfe. Damit werde der praktisch häufige Fall geregelt, daß der über einen Immobilienmakler ein Objekt suchende Interessent sich zu einer höheren Entgeltleistung gegenüber dem Makler verpflichte, wenn der Abgeber zu keiner Provisionszahlung an den Makler bereit sei. Die beanstandete Ankündigung der beklagten Partei sei daher nicht als wettbewerbswidriger Verstoß gegen die Standespflichten der Immobilienmakler, sondern als allgemein nicht anstößig empfundene Wettbewerbsankündigung, im Sinne des § 8 Abs 7 ImmMV vorzugehen, anzusehen.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen den Beschluß des Rekursgerichtes erhobene Revisionsrekurs der klagenden Partei ist nicht berechtigt. Die Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 16. Juni 1978 über Ausübungsregeln für Immobilienmakler enthält nicht nur (auf Grund der Verordnungsermächtigung des § 261 GewO 1973) bei der Gewerbeausübung zu beobachtende Verhaltensweisen (Standesregeln), sondern (auf Grund der Verordnungsermächtigung des § 69 Abs 2 GewO 1973) auch Kunden-(Konsumenten-)schutzbestimmungen (unter anderem) über Maßnahmen, die die Gewerbetreibenden bei Dienstleistungen, die sie erbringen, zu treffen haben. Auf letztere können sich wegen ihrer allgemeinen Geltung auch Kunden berufen (SZ 53/117, SZ 55/111, SZ 56/15 uva). Diese beiden Normzwecke überschneiden sich - jedenfalls bei einem Teil - der erlassenen Bestimmungen, obwohl die Immobilienmaklerverordnung die jeweils geschützten Personenkreise dadurch unterscheidet, daß sie in § 4 Verhaltensweisen (beispielsweise) aufzählt, bei denen sich die Immobilienmakler im Geschäftsverkehr mit den Auftraggebern standeswidrig verhalten, während § 5 eine (wiederum beispielsweise) Aufzählung von Standesregeln anderen Berufsangehörigen gegenüber enthält. Auf eine Bestimmung aus diesem Normenkreis beruft sich die klagende Partei, nämlich auf § 5 Z 6 ImmMV, wonach es standeswidrig ist, die unentgeltliche Durchführung von Vermittlungen anzubieten. Der zweite Halbsatz dieser Bestimmung, die es untersagt, die Vermittlung zu Bedingungen (insbesondere Provisionen oder sonstigen Vergütungen) anzubieten oder durchzuführen, die einer ordnungsgemäßen kaufmännischen Geschäftsführung widersprechen, kann außer Betracht bleiben, weil die klagende Partei in erster Instanz gar nicht dargetan hat, worin diese standeswidrigen Bedingungen - außer der bereits unter den ersten Halbsatz fallenden Unentgeltlichkeit der Vermittlung - bestehen sollen.

Das Publikum kann den beanstandeten Inseraten - jedenfalls, soweit sie auch das Wort 'notariell' enthalten - zweierlei entnehmen:

a) daß eine provisionsfreie 'Abwicklung' (= Vermittlung) durch den Immobilienmakler angeboten wird,

b) daß die notarielle Durchführung ('Abwicklung') kostenlos ist. Die letztere Ankündigung fällt nicht unter § 5 Z 6 ImmMV, weil der Immobilienmakler damit nicht seine eigenen Leistungen als Vermittler unentgeltlich anbietet, sondern auf eine Bedingung hinweist, unter denen sein Auftraggeber bereit ist, mit Dritten Verträge abzuschließen.

Die beklagte Partei bestreitet nicht, mit den beanstandeten Inseraten potentiellen Verkäufern oder Vermietern auch Provisionsfreiheit der Vermittlung zugesagt zu haben. Das Rekursgericht hält dies für zulässig, weil aus den Inseraten hervorgehe, daß die Beklagte Auftraggeber oder Interessenten an der Hand habe, die solche Vergütungen zu leisten bereit seien, daß den Abgeber der Realitäten keine Belastung treffe. Die Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise ergebe sich aus § 8 Abs 7 ImmMV. Diese (den Kundenschutzbestimmungen der Immobilienmaklerverordnung zuzurechnende) Norm bestimmt, daß der Immobilienmakler mit einer Partei des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes eine Provision oder sonstige Vergütung vereinbaren darf, die den zulässigen Höchstbetrag (§§ 10 ff. ImmMV) bis zu 100 % überschreitet, wenn die andere Partei zur Erteilung eines Vermittlungsauftrages nur unter der Bedingung bereit ist, daß sie die Pflicht zur Bezahlung einer Provision oder sonstigen Vergütung nicht trifft. Das Rekursgericht meint, die beanstandeten Inserate seien als allgemein nicht anstößig empfundene Wettbewerbsankündigung, im Sinne des § 8 Abs 7 ImmMV vorzugehen, anzusehen.

Die Revisionsrekurswerberin hält dem entgegen, daß diese Bestimmung für die - vom Sicherungsbegehren allein betroffenen Wohnungsvermittlungen - nicht gelte (§ 8 Abs 8 ImmMV). Die beklagte Partei verstoße gegen die - wettbewerbsrechtlichen Charakter tragende - Standesvorschrift des § 5 Z 6 ImmMV, die das Anbieten der unentgeltlichen Durchführung von Vermittlungen schlechthin verbiete und durch § 8 Abs 7 ImmMV keine Einschränkung erleide, weil die Tätigkeit des Maklers stets beiden Teilen Vorteile bringe und darauf aufgebaut sei, daß er von beiden Teilen Provision erhalte.

Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen.

Aus der Kundenschutzbestimmung des § 8 Abs 7 ImmMV kann allerdings nicht abgeleitet werden, daß der Makler mit seinem Auftraggeber schon allein deshalb eine den sonst zulässigen Höchstbetrag überschreitende Provision vereinbaren dürfe, weil nach den Vorstellungen beider Parteien der Dritte - etwa um besondere Anreize zu einem Vertragsabschluß zu bieten - provisionsfrei bleiben soll. Wie der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung MietSlg. 33.568 ausführte, ist die Bestimmung des § 8 Abs 7 ImmMV dahin auszulegen, daß die Vereinbarung der doppelten Provision mit einem Kunden nur dann zulässig ist, wenn sich der andere Vertragspartner des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes weigert, dem Immobilienmakler für seine Tätigkeit irgendein Entgelt zu leisten. Auf die Frage, ob die infolge Provisionsfreiheit des Dritten aus welchen Gründen immer ausfallende Provision eines Vertragspartners des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes rechtswirksam durch Vereinbarung vorweg dem anderen Vertragspartner auferlegt werden darf, kommt es aber nicht an. Die nach der Immobilienmaklerverordnung festgesetzten Provisionen oder sonstigen Vergütungen sind Höchstbeträge; § 8 Abs 13 ImmMV sieht ausdrücklich vor, daß mit dem Auftraggeber ein Pauschalentgelt vereinbart werden darf, dessen Höhe jedoch den zulässigen Höchstbetrag nicht übersteigen darf. Auch das Pauschalentgelt darf daher niedriger sein. Es ist somit jedenfalls nicht standeswidrig, wenn der Makler bei der Provisionsvereinbarung unter dem gesetzlichen Höchstsatz bleibt oder sich mit der von einem Vertragspartner gebührenden gesetzlichen Höchstprovision (ohne die nach § 8 Abs 7 ImmMV zulässigen Zuschläge) begnügt. Damit kann die Revisionsrekurswerberin aus der Bestimmung des § 8 Abs 8 ImmMV, wonach bei Vermittlung einer Wohnung keine vom Käufer, Bestandnehmer oder sonstigem Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigten zu bezahlende erhöhte Provision vereinbart werden darf, nichts für sich ableiten. Entscheidend ist vorliegend nicht, was der Immobilienmakler mit den Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes in Wahrung des Konsumentenschutzes vereinbaren darf, sondern was er in Wahrung der Standespflichten gegenüber anderen Berufsangehörigen anbieten und in der Werbung ankündigen darf. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweisen sich die beanstandeten Inserate als zulässig.

Gesetzliche Grundlage der Tätigkeit des Immobilienmaklers ist § 29 HVG (EvBl 1967/368); danach finden eine Reihe von Bestimmungen des HVG auf den Mäklervertrag Anwendung (§§ 2, 4, 5, 6, 11 bis 13, 17 und 18). Besonderes Merkmal des Mäklervertrages im Geschäftszweig der Immobilienmakler ist es, daß dort infolge eines abweichenden Gebrauches das sonst für den Handelsvertreter bestehende Verbot, ohne Einwilligung des Geschäftsherrn vom Dritten eine

Provision oder sonstige Belohnung anzunehmen, nicht gilt (SZ 15/204; EvBl 1968/368). Grundsätzlich besteht kein Verbot der Doppelvertretung für Immobilienmakler (strenger wohl § 654 BGB; doch darf auch nach BGB der Zivilmakler unter bestimmten Voraussetzungen als 'Doppelmakler' tätig werden, vgl. etwa MünchKomm-Schwerdtner § 654 RdNr. 1-13). Der Immobilienmakler ist vielmehr in der Lage, Geschäfte zu schließen, bei denen er mit der Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen beider Teile betraut ist. Zutreffend verweist aber Ehrenzweig (System 2 II/1, 537) darauf, daß sich bei der Vermittlung im engeren Sinn - wenn also die Tätigkeit des Maklers über die Nachweisung der Gelegenheit zum Geschäftsabschluß oder die Zuführung eines Interessenten hinausgeht - leicht Interessengegensätze ergeben können (dazu etwa Riedel in Staudinger, KommzBGB 11 II/3 1849 f.; Dehner in GBG RGRK 12 II/4 § 654 Rz 2) und dann der Satz gilt, daß niemand zwei Herren dienen kann. Als Beispiel erwähnt Ehrenzweig den Fall, daß 'der Kauflustige dem Makler eine besondere Provision für das Herabdrücken des Preises verspricht'. Der Makler, der darauf eingehe, verletze die Interessen des Verkäufers und verwirke die von diesem zugesicherte Provision. Die Stellung der Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes gegenüber dem Makler ist aber nicht nur in solchen Extremfällen offensichtlich einseitiger Interessenvertretung durch den Makler ungleich. Wenn sich der Makler nicht darauf beschränkt, die Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes einander nur namhaft zu machen, sondern auf den Inhalt des abzuschließenden Rechtsgeschäfts einen mehr oder minder großen Einfluß nimmt, wird er häufig einer der beiden Parteien des abzuschließenden Rechtsgeschäftes stärker verbunden sein als der anderen, besonders wenn zunächst nur einer von ihnen sein Auftraggeber ist, er also nicht zwei Auftraggeber aus seinem vorhandenen Auftragsstand zusammenführt. Das drückt auch die Immobilienmaklerverordnung dadurch aus, daß sie einerseits vom Auftraggeber des Immobilienmaklers und andererseits von dem namhaft gemachten Interessenten spricht (z.B. § 8 Abs 2, § 9 Abs 1 ImmMV), wiewohl der namhaft gemachte Interessent dadurch, daß er der Vermittlung zumindest schlüssig zustimmt (vgl. EvBl 1967/368) letztlich auch zum 'Auftraggeber' wird. Ein besonderes Ungleichgewicht in den Beziehungen des Maklers zu den Parteien des abzuschließenden Rechtsgeschäftes wird bestehen, wenn er mit einem von ihnen durch häufige Geschäfte oder Aufträge zur besonderen Interessenwahrung verbunden ist, was sehr leicht zu einer Verletzung der Interessen der anderen Partei des abzuschließenden Vertrages führen kann. Der pflichtgemäß handelnde Immobilienmakler wird daher bei einer besonderen Bindung an den 'eigentlichen' Auftraggeber vertragliche Bindungen mit den namhaft gemachten Interessenten, gegen die ihm dann wegen Interessenkollision ohnehin kein Provisionsanspruch zustünde, gar nicht anstreben. Andererseits muß aber der Immobilienmakler in diesen Fällen zur besseren Wahrung der Interessen seines Auftraggebers berechtigt sein, Dritte, die er für diesen als Vertragspartner zu gewinnen sucht, darauf hinzuweisen, daß der Geschäftsabschluß für sie keine Provisionspflicht nach sich zieht, weil er dadurch seinem Auftraggeber leichter eine Abschlußmöglichkeit verschaffen kann. Gleiches gilt bei einer sehr einseitigen Marktlage (Käufer- oder Verkäufermarkt), wenn zu erwarten ist, daß der Makler seinem Auftraggeber überhaupt nur dann Interessenten zuführen kann, wenn diese provisionsfrei bleiben. Auch hier kann es die Wahrung der Interessen des (Haupt-)Auftraggebers erfordern, Interessenten auf die Provisionsfreiheit hinzuweisen. Aus all dem folgt, daß es zwar im Sinne des § 5 Z 6 ImmMV standeswidrig ist, wenn der Immobilienmakler mit dem Anbot der unentgeltlichen Durchführung von Vermittlungen um neue Auftraggeber (im Sinne des § 8 Abs 2 ImmMV) wirbt, nicht aber, wenn er für seine zur Provisionszahlung verpflichteten Auftraggeber nach Interessenten sucht und diesen aus sachlich gerechtfertigten Gründen einen provisionsfreien Abschluß mit seinem Auftraggeber anbietet. In diesen Fällen ist ja die Durchführung der Vermittlung bereits an sich provisionspflichtig, wenn es auch nur zur Provisionszahlung von einer Seite kommt. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, ist allen beanstandeten Inseraten klar zu entnehmen, daß die beklagte Partei bereits diverse Auftraggeber an der Hand hat, für die sie entsprechende Interessenten sucht. Damit ist aber im Zweifel davon auszugehen, daß diese Auftraggeber provisionspflichtig sind, und eine unentgeltliche Durchführung von Vermittlungen nicht angeboten wurde. Der Sachverhalt ist somit ein anderer als jener, der der Entscheidung des Landesgerichtes Klagenfurt vom 9. Dezember 1966 (ÖBl. 1967, 84) zugrunde lag, weil dort Realitäten ohne Hinweis auf einen bereits vorliegenden Vermittlungsauftrag eines bestimmten Käufers gesucht und dem Verkäufer Provisionsfreiheit zugesagt wurde. Auf die Behauptung der Revisionsrekurswerberin, die beanstandeten Inserate enthielten fingierte Auftraggeber und seien daher reine Lockinserate, ist als unzulässige Neuerung nicht einzugehen. Dem Revisionsrekurs ist daher ein Erfolg zu versagen. Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 78, 402 EO, 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E06731

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1985:0040OB00366.85.1029.000

Dokumentnummer

JJT_19851029_OGH0002_0040OB00366_8500000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at