

# TE OGH 1972/6/21 10b118/72

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.06.1972

## Norm

ABGB §1008

ABGB §1238

Handelsgesetzbuch §29

Handelsgesetzbuch §346

Handelsvertretergesetz §6 Abs4

## Kopf

SZ 45/71

## Spruch

Die Nachweisprovision nach den "Richtlinien für die Realitätenvermittler" gebührt als Usance nicht nur zwischen Kaufleuten, sondern ganz allgemein

Die gesetzliche Vertretungsmacht des Ehemanns ersetzt die nach§ 1008 ABGB erforderliche Spezialvollmacht dann nicht, wenn es sich um eine sehr einschneidende Verfügung wie den Ankauf einer Liegenschaft handelt

OGH 21. 6. 1972, 1 Ob 118/72 (LG Salzburg 10 R 23/72; BG Salzburg 12 C 1427/70)

## Text

Der Kläger, ein Realitätenvermittler, begehrte im vorliegenden, seit 19. 6. 1970 anhängigen Prozeß von der Beklagten die Bezahlung eines Betrages von S 4233.60 samt 5% Zinsen seit 27. 5. 1970 mit der Begründung, sie habe einen Vermittlungsauftrag unterschrieben und ein vom Kläger angebotenes Grundstück käuflich erworben; damit sei die vereinbarte Vermittlungsprovision fällig geworden, ungeachtet des Umstandes, daß der mündlich abgeschlossene Kauf später durch Rücktritt der Beklagten storniert worden sei.

Der Erstrichter hat dem Klagebegehren bezüglich des Betrages von S 4233.60 samt 4% Zinsen Folge gegeben, das Zinsenmehrbegehren von 1% jedoch abgewiesen. Er hat folgenden wesentlichen Sachverhalt festgestellt: die Beklagte hat am 4. 5. 1970 im Büro des Klägers auf Grund einer Zeitungsankündigung die Anschrift der an einem Verkauf interessierten Franz und Elisabeth M, Gastwirtsehegatten in M, erfahren und gleichzeitig einen Vermittlungsauftrag an den Kläger in Bezug auf ein Grundstück in M aus dem Eigentum der Ehegatten M zum Preise von S 80 pro m<sup>2</sup> unterfertigt. Hiebei wurde schriftlich der Provisionsanspruch des Klägers mit 4% der Kaufsumme vereinbart, der nicht nur für den Fall des Zustandekommens des Geschäftes, sondern unabhängig davon, ob ein bereits abgeschlossener Vertrag aus welchen Gründen immer nicht realisiert werden würde, bestehen sollte. Noch am selben Tage hat die Beklagte mit ihrem Gatten Siegfried S die angebotene Liegenschaft besichtigt, die am Fuße eines Hanges gelegen war und ein Ausmaß von 1323 m<sup>2</sup> hatte. Es handelte sich hiebei um einen Teil der Parzelle 1542/4. Wegen der an Ort und Stelle ersichtlichen ungünstigen Lage für die verkehrsmäßige Aufschließung hat der Kaufgegenstand bei der Beklagten keinen Gefallen gefunden; sie hat den Kauf abgelehnt. Wohl hat ihr aber ein oberhalb des Hanges gelegener Baugrund

- die Parzelle 1542/5 - zugesagt, von dem aber Franz M sagte, daß er schon jemand anderem im Wort sei, die Ehegatten S könnten den Grund aber bekommen, wenn dieser Kaufwerber zurücktreten sollte. Dieser Interessent war S persönlich bekannt und er hoffte, daß er diesen zum Rücktritt bewegen könne. Hierauf haben sich die Ehegatten S entfernt. In den Nachmittagstunden des selben Tages kehrte Siegfried S allein zu Franz M zurück. Die beiden trafen nun die schriftliche, mit "Vorvertrag" überschriebene Vereinbarung, daß Siegfried S und dessen Gattin von den Ehegatten Franz und Elisabeth M das Grundstück aus der Parzelle 1542/4 im Ausmaß von 1323 m<sup>2</sup> um den Preis von S 80.- pro m<sup>2</sup> kaufen, doch mit dem Vorbehalt, daß der Kauf nur dann zustande kommen sollte, wenn nicht das gleichzeitig den Ehegatten S schriftlich eingeräumte Vorkaufsrecht auf die Parzelle 1542/5 im Ausmaß von 1470 m<sup>2</sup> realisiert werden könne. Die beiden Männer hatten sich bei der schriftlichen Festlegung dieser Vereinbarung nur im Grundstücksausmaß um rund 90 m<sup>2</sup> geirrt, waren sich aber eindeutig über die Parzelle einig, die den Kaufgegenstand bei Nichtrealisierbarkeit des Vorkaufsrechtes bilden sollte. Sie haben ferner vereinbart, wie der Kaufpreis bezahlt und von wem die Kosten der Vertragserrichtung getragen werden sollten. Sie waren sich auch darüber einig, daß unmittelbar nach Klarstellung die Parzelle 1542/5 nicht mehr zu haben sei, der Kaufvertrag hinsichtlich des unterhalb des Abhanges gelegenen Grundstückes geschlossen werden sollte. Noch am Abend des 4. 5. 1970 erfuhr Siegfried S, daß der Käufer der Parzelle 1542/5 nicht zurücktrete. Etwa zwei Wochen später teilte Siegfried S dem Franz M mit, daß sich er und seine Frau entschlossen hätten, das am Fuße des Abhanges gelegene Grundstück nicht zu kaufen. Die Berufung des M auf die schriftliche Vereinbarung wurde von Siegfried S durch eine geringschätzige Erklärung, in Bezug auf diese Abmachung abgetan.

Der Erstrichter vertrat in rechtlicher Beziehung unter Hinweis auf die Lehre Swobodas die Auffassung, daß zwischen Franz M und Siegfried S ein den Vorschriften des § 936 ABGB entsprechender Vorvertrag zustande gekommen sei, wenn auch zwischen der Beklagten und Franz M bzw dessen Ehegattin kein Vertragsverhältnis entstanden sei, weil Siegfried S keine Spezialvollmacht seiner Gattin hatte. Das Geschäft sei iS des § 6 HVG durch die Tätigkeit des Klägers zustande gekommen, weil sich ohne dessen Tätigkeit der Verkäufer Franz M und der Käufer Siegfried S nicht als Vertragspartner gefunden hätten. Die "Richtlinien für die Mitglieder der Innungen der Gebäudeverwalter, Realitätenvermittler und Inkassobüros" besagten im Teil II P 6, daß dem Vermittler der Anspruch auf die Provision auch dann gewahrt bleibe, wenn das Rechtsgeschäft mit dem vom Vermittler namhaft gemachten Geschäftsinteressenten nicht vom Auftraggeber (hier der Beklagten), sondern von einem anderen (hier Siegfried S) geschlossen werde. Da die Provisionsverpflichtung der Beklagten auch dann aufrecht bleibe, wenn ein bereits abgeschlossener Vertrag aus welchen Gründen immer nicht realisiert werden sollte, bestehe der Provisionsanspruch des Klägers, der auch der Höhe nach gerechtfertigt sei, zu Recht. Nur das Zinsenmehrbegehren von 1% sei abzuweisen gewesen, weil für dieses weder ein begründetes Vorbringen noch ein Beweismittel vorliege.

Das Berufungsgericht änderte das Urteil des Erstrichters, das hinsichtlich der Abweisung des Zinsenmehrbegehrens in Rechtskraft erwachsen ist, über Berufung der Beklagten dahin ab, daß es das Klagebegehren abwies. Es vertrat die Auffassung, daß ein durch den Kläger vermitteltes Geschäft nicht zustande gekommen sei, da die Beklagte den Ankauf des gegenständlichen Grundstückes von vornherein abgelehnt und ihr Gatte den Vertrag über dieses Grundstück gegen ihren ausdrücklich erklärten Willen abgeschlossen habe, ohne von ihr durch die nach § 1008 ABGB hiezu erforderliche Spezialvollmacht ermächtigt gewesen zu sein; der Vertragsabschluß sei auch nicht nachträglich durch die Beklagte genehmigt worden. Die Liegenschaftseigentümer M hätten sich auch nicht auf ein Vertrauen auf den äußeren Tatbestand berufen können. Da die Beklagte in Gegenwart der Ehegatten M erklärt habe, die gegenständliche Liegenschaft nicht kaufen zu wollen, sondern die andere, hinsichtlich der M noch einem Dritten im Wort war, hätten die Ehegatten M nicht annehmen können, daß S nunmehr bevollmächtigt sei, namens seiner Frau einen Kaufvertrag über die gegenständliche Liegenschaft abzuschließen. Im übrigen habe es auch auf Seiten der Verkäufer an der nach § 1008 ABGB für Franz M erforderlichen Vollmacht zum Verkauf der Liegenschaftshälfte der Elisabeth M gefehlt. Der Anspruch des Klägers sei auch nicht im Abschnitt II P 6 der "Richtlinien für die Realitätenvermittler" begründet, da diese Richtlinien als Usancen gemäß § 346 HGB nur für beiderseitige Handelsgeschäfte Geltung hätten, die Beklagte aber als Hausfrau nicht Kaufmann sei. Eine Anwendbarkeit dieser Richtlinien als "lex contractus" scheide aus, weil eine Vereinbarung der Anwendbarkeit derselben aus den Feststellungen nicht zu entnehmen sei. Darüber hinaus ergebe sich eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung der Anwendbarkeit dieser Richtlinien aus dem Vermittlungsauftrag nicht. Eine stillschweigende Vereinbarung der Anwendbarkeit dieser Richtlinien könne ebenfalls aus dem festgestellten Sachverhalt nicht entnommen werden, weil bei Überlegung aller Umstände hinreichende Gründe übrig blieben, daran zu zweifeln, daß die Beklagte, die als Hausfrau offenbar gar keine Kenntnis von der Existenz dieser Richtlinien gehabt

habe, die Anwendbarkeit derselben vereinbaren wollte. Ein Provisionsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten bestehe daher nicht.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision des Klägers nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Es kann dahingestellt bleiben, ob das mit "Vorvertrag" überschriebene Übereinkommen vom 4. 5. 1970, dessen Textierung sehr unklar gefaßt ist, einen Kaufvertrag iS der §§ 1053 ff ABGB oder einen Vorvertrag zu einem solchen nach § 936 ABGB oder bloß eine Punktation gemäß § 885 ABGB darstellt, denn Voraussetzung dafür, daß die Beklagte aus einem solchen Vertrag verpflichtet und damit auch zur Leistung der Vermittlungsprovision an den Kläger verbunden wäre, wäre ihre Zustimmung zum Abschluß eines solchen Vertrages.

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war die Beklagte beim Abschluß des genannten Übereinkommens persönlich nicht zugegen, sondern nur ihr Gatte Siegfried S, der auch allein als Käufer unterzeichnet hat, wenn es auch zutrifft, daß es in dem Übereinkommen heißt "Herr und Frau Siegfried S als Käufer ...". Unbestritten ist, daß Siegfried S eine schriftliche Spezialvollmacht seiner Gattin im Sinne des § 1008 ABGB zum Abschluß eines derartigen Vertrages nicht hatte. Es ist auch nicht hervorgekommen, daß ihm eine solche mündlich erteilt oder das Geschäft von der Beklagten nachträglich genehmigt worden wäre. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Ehegatten (§ 1238 ABGB) ersetzt aber die nach § 1008 ABGB erforderliche Spezialvollmacht insbesondere dann nicht, wenn es sich, wie im gegenständlichen Fall, um den Ankauf einer Liegenschaft, sohin um eine sehr einschneidende Verfügung handelt (EvBl 1957/201). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Oberste Gerichtshof in seinen Entscheidungen SZ 38/185 und 6 Ob 233/66 unter Heranziehung der Ausführungen Stanzls in Klang[2] IV/1, 813, eine Einschränkung insofern gemacht hat, daß die Frage, ob eine Spezialvollmacht erforderlich sei oder nicht, nur nach dem jeweiligen Sachverhalt im Einzelfall beurteilt werden können, wobei maßgeblich sei, ob unter Bedachtnahme auf alle Besonderheiten des Falles gesagt werden können, daß das Geschäft zum gewöhnlichen Betrieb der in Frage stehenden Verwaltung des Frauenvermögens gehörte. Während es sich in der Entscheidung SZ 38/185 um die Frage handelte, ob der Ehegatte im Namen seiner Frau der Einschränkung einer Dienstbarkeit bindend für diese zustimmen könne, lag der Entscheidung 6 Ob 233/66 die Frage zugrunde, ob der Ehemann ohne Spezialvollmacht seiner Frau eine Vereinbarung dahin treffen könne, ein Grenzberichtigungsverfahren zu dem Zwecke durchzuführen zu lassen, daß dessen Ergebnis unter Verzicht auf die Möglichkeit, das bessere Recht im Prozeßweg durchzusetzen, als bindend anzusehen sei. Es handelte sich somit in beiden Fällen nicht um so einschneidende Rechtsveränderungen, wie es der Ankauf einer Liegenschaft darstellt. Der erkennende Senat hält daher an der eingangs zitierten Entscheidung fest, daß für den Ankauf oder Verkauf einer Liegenschaft als einer einschneidenden Verfügung die gesetzliche Vertretungsmacht des Ehemannes nach § 1238 ABGB die nach § 1008 ABGB erforderliche Spezialvollmacht nicht ersetzt.

Der Kläger kann sich hinsichtlich des von ihm behaupteten Zustandekommens eines Kaufvertrages zwischen der Beklagten und den Ehegatten M auch nicht darauf stützen, letztere könnten sich bezüglich des Vertragsabschlusses auf den Grundsatz des Schutzes des äußeren Tatbestandes berufen. Der Dritte ist nur dann im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand rechtlich relevanter Momente zu schützen, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Schutz zum Nachteil gereicht (EvBl 1957/129;

SZ 38/161; 7 Ob 133/66). Entscheidend ist hiebei, ob jemand bei

Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit davon ausgehen durfte, daß der

erschienene Vertreter bevollmächtigt ist (SZ 39/215; EvBl 1971/329 =

JBl 1972, 97 = RZ 1971, 156). Ein Dritter kann sich also nur dann

auf den äußeren Tatbestand berufen, wenn er bei Anwendung gehöriger

Aufmerksamkeit davon ausgehen durfte, daß der als Bevollmächtigter

Handelnde tatsächlich eine Vollmacht hat (RZ 1956, 93, EvBl 1968/155

= JBl 1969, 35, 1 Ob 155/70, aber auch hiezu EvBl 1971/329 = JBl

1972, 97 = RZ 1971, 156 und zuletzt etwa 1 Ob 212/71). Um

Vertretungsmacht begründen zu können, muß ein äußerer Tatbestand die Grundlage für die Überzeugung des Dritten vom Vorhandensein der Vertretungsmacht bilden und vom Vertretenen selbst geschaffen sein (JBl 1971, 422). Diese Voraussetzungen liegen diesmal nicht vor. Die Beklagte hat bei Besichtigung des Grundstückes im Beisein ihres Gatten und des Franz M ausdrücklich erklärt, dasselbe wegen der ungünstigen Aufschließungsmöglichkeiten nicht kaufen zu wollen. Nach den Feststellungen hat sie dessen Kauf ausdrücklich abgelehnt. Als nun in der Folge, uzw noch am selben Tag, Siegfried S bei Franz M nochmals, jedoch allein erschienen war und für sich und seine Gattin eine Kaufvereinbarung mit Franz M über eben dieses Grundstück getroffen hat, wäre es nach obigen grundsätzlichen Ausführungen Pflicht des Franz M gewesen, Siegfried S zumindest danach zu fragen, ob sich dessen Gattin nun doch zum Kauf der genannten Liegenschaft entschlossen habe. Es kann sohin nicht davon gesprochen werden, Franz M hätte jene gehörige Aufmerksamkeit angewendet, um annehmen zu können, Siegfried S sei von seiner Frau ermächtigt, auch in deren Namen den von ihr noch einige Stunden vorher ausdrücklich abgelehnten Kauf nunmehr abschließen zu können.

Da sohin eine Kaufvereinbarung hinsichtlich der gegenständlichen Liegenschaft zwischen den Ehegatten M und der Beklagten weder durch direkten Vertragsabschluß der Vertragspartner noch durch eine auch die Beklagte verpflichtende Vereinbarung des Siegfried S als Voraussetzung für den Anspruch des Klägers auf Vermittlungsprovision zustande gekommen ist, kann dieser eine solche von der Beklagten auch nicht begehrn. Daß die Beklagte konkludent ihrem Mann bevollmächtigt hätte, ist weder behauptet worden noch hervorgekommen.

Es ist der Revision allerdings darin beizupflichten, daß der Ansicht des Berufungsgerichtes, es seien die "Richtlinien für die Realitätenvermittler" als Usancen gemäß § 346 HGB nur zwischen Kaufleuten anwendbar, zumindest in dieser allgemeinen Form nicht beigetreten werden kann, denn die (gemäß § 29 HVG auch auf andere Geschäftsvermittler anzuwendende) Bestimmung des § 6 HVG weist in Abs 4 hinsichtlich der Nachweisprovision ausdrücklich auf den "Gebrauch" für die betreffenden Geschäftszweige hin. Diese Bestimmung gilt also ganz allgemein und nicht nur für Kaufleute.

Dessen ungeachtet ist damit für den Kläger nichts gewonnen, denn auch aus den mehrfach genannten "Richtlinien" läßt sich nicht ableiten, daß der Geschäftsherr für die Provision auch dann zu haften hätte, wenn das Geschäft nicht mit ihm, sondern mit einem Dritten abgeschlossen wurde, wobei dieser Dritte durch den Geschäftsherrn von der Geschäftsgelegenheit erfahren hat. Ein solcher Anspruch würde gegenüber dem Geschäftsherrn nur dann bestehen, wenn der Dritte (hier der Ehegatte der Beklagten) als Strohmann von ihm vorgeschoben worden wäre. Umstände, aus denen auf eine solche Vorgangsweise der Beklagten geschlossen werden könnte, wurden vom Kläger in erster Instanz weder behauptet noch unter Beweis gestellt.

Inwieweit der Kläger unter Bedachtnahme auf die "Richtlinien" allenfalls einen Anspruch gegenüber dem Ehegatten der Beklagten hätte, braucht diesmal nicht untersucht zu werden, weil sich die Klage nicht auch gegen ihn richtet.

Auf § 6 Abs 3 HVG kann sich der Kläger deshalb nicht berufen, weil diese Bestimmung den Anspruch davon abhängig macht, daß die Ausführung eines abgeschlossenen Geschäftes infolge Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben ist, also den tatsächlichen Abschluß des Geschäftes voraussetzt. Daß es aber zum Abschluß zwischen der Beklagten und den Liegenschaftseigentümern hinsichtlich der gegenständlichen Liegenschaft nicht gekommen ist, wurde bereits aufgezeigt. Hat sich der Geschäftsherr entschlossen, die verkäufliche Liegenschaft nicht zu erwerben, so hat der Vermittler keinen Anspruch auf Provision (SZ 25/168). Nur dann, wenn die Unterlassung des Geschäftsabschlusses in der Absicht erfolgt wäre, den Vermittler um die Provision zu bringen, könnte der Vermittler einen Schadenersatzanspruch erheben (HS III/30). Darauf wurde das Klagebegehrn aber nicht begründet, es fehlen auch alle Anhaltspunkte für eine solche Vorgangsweise der Beklagten.

Im übrigen ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß die Richtlinien nicht zur "lex contractus" gemacht wurden, denn der in dem Vermittlungsauftrag vom 4. 5. 1970 enthaltene Hinweis auf die tarifmäßigen Prozente des Umsatzwertes als Provision betrifft allein die Höhe des allfälligen Anspruches.

Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob Franz M zum Abschluß der gegenständlichen Vereinbarung mit Siegfried S auch im Namen seiner Ehefrau als Hälfteeigentümerin der Liegenschaft berechtigt war.

#### **Anmerkung**

**Schlagworte**

Ehemann, gesetzliche Vertretungsmacht, Ehemann, Spezialvollmacht, Gesetzliche Vertretungsmacht, Ehegatte, Kaufmann, Nachweisprovision als Usance, Nachweisprovision, Richtlinien für die Realitätenvermittler, Nachweisprovision, Usance, Provision, Usance, Richtlinien für die Realitätenvermittler, Nachweisprovision, Spezialvollmacht, Ehemann, Usance, Nachweisprovision, Usance, Provision, Vertretungsmacht, Ehemann, Vertretungsmacht, gesetzliche

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1972:0010OB00118.72.0621.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19720621\_OGH0002\_0010OB00118\_7200000\_000

**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)