

# TE OGH 1991/11/20 10b618/91

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.11.1991

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann, Dr. Schlosser, Dr. Graf und Dr. Schiemer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Helene R\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Ingrid Gesselbauer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1.) Helene M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Johannes Patzak, Rechtsanwalt in Wien, sowie 2.) Helmut L\*\*\*\*\*, und 3.) Dipl.Ing. Alexander M\*\*\*\*\*, die beiden letzteren vertreten durch Dr. Hans H. Schallaböck, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien als Berufungsgerichtes vom 15. Mai 1991, GZ 41 R 172/91-29, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Floridsdorf vom 26. November 1990, GZ 7 C 1330/89-22, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Das berufungsgerichtliche Urteil wird aufgehoben; die Rechtssache wird an das Gericht zweiter Instanz zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

## **Text**

Begründung:

Die Erstbeklagte ist zur Hälfte, der Zweit- und der Drittbeklagte sind je zu einem Viertel Eigentümer einer Liegenschaft in Wien-Brigittenau. Das auf dieser Liegenschaft errichtete Haus wird von einer unter der Firma einer Personenhandelsgesellschaft betriebenen Hausverwaltungskanzlei verwaltet, deren Alleininhaberin die Erstbeklagte ist. Die Klägerin war Mieterin der Wohnung Nr. 35.

Diese begeht die Feststellung, ihr stehe das Recht zu, den Beklagten einen Nachmieter für die von ihr gemietete Wohnung namhaft zu machen, mit dem die Vermieter einen Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen wie im Mietvertrag mit ihr abzuschließen hätten. Dieses Recht sei ihr von einem Mitarbeiter der Hausverwaltungskanzlei der Erstbeklagten zugesichert worden. Sie habe in der Folge auch einen Nachmieter namhaft gemacht, die Erstbeklagte weigerte sich jedoch, mit diesem einen Mietvertrag abzuschließen. Das Feststellungsinteresse der Klägerin sei darin begründet, daß sie sonst nur die im § 10 MRG genannten Aufwendungen geltend machen könne, dieser Anspruch überdies erst bei Neuvermietung fällig werde und ihr der von ihr namhaft gemachte Nachmieter alle Aufwendungen ersetzen würde.

Die Erstbeklagte bestritt, der Klägerin ein solches Recht eingeräumt zu haben, der Zweit- und der Drittbeklagte wendeten insbesondere ein, sie hätten die Erstbeklagte nie zur Einräumung eines solchen Rechtes an Mieter ermächtigt. Sollte das behauptete Recht zugesichert worden sein, wäre dies jedenfalls ohne ihre Zustimmung geschehen.

Das Erstgericht gab dem Feststellungsbegehrten statt.

Es stellte fest, im Dezember 1988 habe die Klägerin der Hausverwaltungskanzlei fernmündlich mitgeteilt, daß sie das Mietverhältnis im darauf folgenden Frühjahr beenden wolle und auch schon einen Wohnungsinteressenten an der Hand habe. Ein Angestellter der Hausverwaltungskanzlei habe darauf, gleichfalls im Dezember 1988 die Wohnung besichtigt, um allfällige Ablöseansprüche zu prüfen. Im Zuge der Besichtigung habe ihn die Klägerin gefragt, ob ihr ein "Weitergaberecht" eingeräumt werde. Der Mitarbeiter der Hausverwaltungskanzlei der Erstbeklagten habe ihr erklärt, gegen Bezahlung von S 30.000,-- - dieser Betrag allerdings "schwarz" - werde ihr das begehrte Weitergaberecht eingeräumt. Diesen Betrag müsse sie in der Hausverwaltungskanzlei erlegen. Darauf habe die Klägerin eine Immobilienmaklerin mit der Suche nach einem Nachmieter beauftragt. Nachdem ein solcher gefunden worden sei, habe sich die Klägerin in Begleitung der Maklerin, des Interessenten und dessen Vaters in die Hausverwaltungskanzlei der Erstbeklagten begeben; das ausbedingte Entgelt habe sie in bar bei sich gehabt. Dort habe aber die Erstbeklagte das "Weitergaberecht" bestritten und erklärt, die Wohnung sei anderweitig vergeben. Auf den Einwand der Klägerin, der Mitarbeiter habe ihr das "Weitergaberecht" zugesichert, bedeutete ihr die Erstbeklagte, dieser sei zu solchen Vereinbarungen nicht berechtigt; tatsächlich sei ihm eine solche Vollmacht ausdrücklich nicht erteilt worden. Der Mitarbeiter habe der Klägerin vor der Erstbeklagten bestätigt, daß er jener das "Weitergaberecht" zugesichert habe, worauf ihm diese deshalb Vorwürfe gemacht habe. Zum Abschluß eines Vertrages mit dem von der Klägerin namhaft gemachten Mietinteressenten sei es nicht gekommen. Der Zweit- und der Drittbeklagte hätten der Erstbeklagten nach dem Erwerb ihrer Viertelanteile erklärt, es dürften keine neuen Mietverträge abgeschlossen werden. Von dem Vorfall seien sie nicht in Kenntnis gesetzt worden.

Rechtlich meinte das Erstgericht, die Hausverwaltungsvollmacht schließe die Einräumung eines "Weitergaberechtes" in sich. Der Mitarbeiter der Erstbeklagten habe durch sein Auftreten und durch seine uneingeschränkten Erklärungen in der Klägerin den Anschein erweckt, zur Einräumung von "Weitergaberechten" ermächtigt zu sein. Es sei deshalb zwischen den Streitparteien und der Klägerin eine wirksame Vereinbarung zustandegekommen, die diese auch zu erfüllen gewillt gewesen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Gericht zweiter Instanz wies das Klagebegehrten ab und sprach aus, daß zwar der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000,-- übersteige, die ordentliche Revision aber nicht zulässig sei. Schon aufgrund der erstinstanzlichen Feststellung "S 30.000 gegen Weitergaberecht" erweise sich das Klagebegehrten als unberechtigt:

Die Klägerin begehrte die Feststellung eines entgeltlosen Rechtes, nach den erstinstanzlichen Feststellungen sei ein solches aber bloß gegen Entgelt eingeräumt worden. Ohne daß somit erst überprüft werden müßte, ob ein solches Präsentationsrecht nun tatsächlich vereinbart worden sei, könne dem Feststellungsbegehrten allein schon deshalb kein Erfolg beschieden sein.

Die von der Klägerin dagegen erhobene Revision ist berechtigt.

Das Gericht zweiter Instanz wies das Klagebegehrten ab, weil das Erstgericht - ohne daß dies von den Beklagten eingewendet worden wäre - festgestellt hatte, daß der Mitarbeiter der Erstbeklagten der Klägerin das Präsentationsrecht bloß gegen "Schwarzzahlung" von S 30.000,-- zugesagt habe, die Klägerin aber die Feststellung eines "entgeltlosen Nominierungsrechtes" begehrte. Das Berufungsgericht übersah dabei jedoch, daß auf die Verpflichtung zur Erfüllung der Klagsforderung bloß Zug um Zug gegen eine vom Kläger zu erbringende Gegenleistung von Amts wegen nicht Bedacht zu nehmen ist (SZ 24/164 uva; zuletzt wieder SZ 60/15; vgl. auch Fasching, LB2 Rz 1127). Die Beklagten haben im Verfahren erster Instanz - wie schon erwähnt - die Gegenleistungspflicht der Klägerin nicht eingewendet, weshalb das Feststellungsbegehrten allein aus diesem Grunde nicht hätte abgewiesen werden dürfen. Daran ändern auch die Feststellungen des Erstgerichtes über den Inhalt des vereinbarten Präsentationsrechtes nichts, weil die Beklagten aus dieser Tatsache nach ihrem Vorbringen in erster Instanz keine rechtlichen Folgerungen ableiten.

Im übrigen hätte das Berufungsgericht das Feststellungsbegehrten selbst bei einer entsprechenden Einwendung der

Beklagten nicht einfach abweisen dürfen, weil die Verurteilung Zug um Zug gegen Erbringung der vereinbarten Gegenleistung nicht aliud, sondern minus ist (NZ 1986, 188; SZ 48/140 uva; Fasching aaO) und die Einfügung einer solchen Verpflichtung der Klägerin durch das Gericht nur dann nicht zulässig wäre, wenn diese sie bestritten hätte (SZ 53/63 ua); davon kann aber nach dem Klagsvorbringen keine Rede sein. Ein minus kann auch bei Feststellungsklagen zuerkannt werden (zuletzt wieder 2 Ob 72/90).

Das Berufungsgericht wird deshalb im fortzusetzenden Verfahren zunächst die Mängel- und Beweisrüge in der Berufung des Zweit- und des Drittbeklagten zu erledigen haben. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß die Beklagten auch die mangelnde Schriftform im Verfahren erster Instanz nicht eingewendet haben.

Sollte das Gericht zweiter Instanz die erstgerichtlichen Feststellungen übernehmen, wäre jedenfalls von einer Einigung im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Mitarbeiter der Erstbeklagten auszugehen. Die Feststellung des Erstgerichtes, der Mitarbeiter habe der Klägerin erklärt, "daß sie gegen Bezahlung von S 30.000,-- (allerdings "schwarz") ein Weitergaberecht eingeräumt bekomme", kann nämlich nur dahin verstanden werden, daß damit eine Einigung über das Präsentationsrecht erzielt wurde, die Ausübung dieses Rechtes jedoch von der Zahlung von S 30.000,-- abhängen sollte; keinesfalls kann diese Feststellung - wie das die Erstbeklagte meint - so gedeutet werden, daß die Klägerin bis zur Entrichtung des bedungenen Entgelts keinerlei Rechte hätte erwerben sollen und deshalb auch nicht erworben habe, weil die Gegenleistung aus welchem Grunde auch immer unterblieben sei.

Sollte das Berufungsgericht die erstinstanzlichen Feststellungen über die Einigung der Klägerin mit dem Mitarbeiter der Erstbeklagten nach Prüfung der bisher nicht erledigten Beweisrüge übernehmen, so hinge der wirksame Erwerb des Präsentationsrechtes durch die Klägerin davon ab, ob die Erstbeklagte, die als Hälfteeigentümerin als solche zu einer derartigen Zusage nicht berechtigt war, als Hausverwalterin von den übrigen Miteigentümern ausreichend bevollmächtigt war oder dies für die Klägerin wenigstens den Anschein hatte, aber auch davon, ob eines dieser Erfordernisse auch auf den Mitarbeiter der Erstbeklagten zutraf:

Nach ständiger Rechtsprechung (EvBl 1987/74 uva; zuletzt wieder WoBl 1991, 208/24; Strasser in Rummel, ABGB2 §§ 1027 bis 1033 Rz 9) berechtigt die nicht weiter beschränkte Vollmacht des Hausverwalters zum Abschluß von Mietverträgen und zur Festlegung der näheren Bedingungen, soweit es sich dabei um gewöhnliche, also vor allem um ortsübliche Bedingungen handelt, aber auch zur Einräumung des Rechtes zur Übertragung solcher Mietrechte als Gegenleistung für eine Ablöse. Schließt die Hausverwaltervollmacht somit die Zusicherung von Weitergaberechten wenigstens bei Mietverträgen zu gewöhnlichen Bedingungen in sich, muß dies wohl auch für die Gewährung von Präsentationsrechten gelten, die zwar den Mieter nicht schon berechtigen, durch eine bloße Erklärung die Vertragsübernahme zu bewirken, die den Vermieter aber verpflichten, mit einem vom bisherigen Mieter namhaft gemachten Dritten einen Vertrag gleichen (oder bestimmten abweichenden) Inhalts abzuschließen (vgl Würth-Zingher, Miet- und Wohnrecht, § 12 MRG Rz 2 und 3), es sei denn, daß der bisherige Vertrag außergewöhnliche Bedingungen enthielte, die der Vermieter nun auch dem neuen Mieter gegenüber gegen sich gelten lassen müßte. Solche außergewöhnliche Bedingungen haben die Beklagten indessen gar nicht behauptete; ebensowenig brachten sie vor, daß die hiefür bedungene Ablöse aus dem Rahmen des Üblichen fiele. Sollte das Gericht zweiter Instanz die Feststellungen des Erstgerichtes auch in dem Umfang übernehmen, in dem sie von den Beklagten in zweiter Instanz bekämpft wurden, müßte es somit seiner neuerlichen Entscheidung eine die Zusage von Präsentationsrechten einschließende Anscheinsvollmacht der Erstbeklagten als Hausverwalterin zugrunde legen, weil die festgestellte Untersagung des Abschlusses weiterer Mietverträge durch den Zweit- und den Drittbeklagten der Klägerin nach den Verfahrensergebnissen weder bekannt war noch hätte bekannt sein müssen.

Das Präsentationsrecht wurde allerdings nach den erstinstanzlichen Feststellungen nicht von der Erstbeklagten selbst, sondern von deren Mitarbeiter zugesichert. Das Erstgericht stellte - wenn auch erst im Rahmen seiner Erwägungen zur Beweiswürdigung - zwar fest, der Angestellte sei "nicht berechtigt, ein Weitergaberecht einzuräumen", nahm aber eine Anscheinsvollmacht an, weil dieser Mitarbeiter "durch sein Auftreten und seine uneingeschränkten Erklärungen ..... den begründeten Glauben erweckt" habe, daß er als Vertreter der Hausverwalterin zur Einräumung eines "Weitergaberechtes" befugt sei. Das Erstgericht übersah dabei jedoch, daß der Sachverhalt, aus dem der Dritte auf eine ausreichende Bevollmächtigung schließen darf, stets auf ein Verhalten des Geschäftsherrn selbst zurückzuführen sein muß (SZ 59/62 uva; Strasser in Rummel aaO § 1002 Rz 49). Ein derartiges Verhalten der Erstbeklagten hat die Klägerin aber weder behauptet noch das Erstgericht festgestellt.

Dem Vorbringen der Klägerin im Verfahren erster Instanz kann lediglich entnommen werden, daß ihr der in der Hausverwaltungskanzlei der Erstbeklagten beschäftigte Mitarbeiter das Recht zur Namhaftmachung eines Nachmieters gegen Entgelt zugestanden habe, weshalb sie dieses Recht auch in Anspruch nehmen könne. Die Klägerin unterstellt dem Mitarbeiter demnach eine ausreichende Bevollmächtigung, ohne näher auszuführen, weshalb ihm eine solche Vertretungsmacht zugekommen sei, ohne aber auch vom Erstgericht gemäß § 182 ZPO zu einer solchen Präzisierung ihres Vorbringens aufgefordert worden zu sein.

Die Frage, ob der Angestellte der Erstbeklagten mit einer Vollmacht ausgestattet war, derzufolge er der Klägerin das von ihr beanspruchte Präsentationsrecht einräumen durfte und damit - den erstinstanzlichen Feststellungen entsprechend - auch eingeräumt hat, kann aber nach den bisherigen Verfahrensergebnissen noch nicht beantwortet werden. Die Erstbeklagte betreibt, wie schon dargelegt, ihre Hausverwaltungskanzlei unter der Firma einer Personenhandelsgesellschaft (vgl. § 19 Abs. 1 und 2 HGB), betreibt demnach ein (Voll-)Handelsgewerbe. Ist jemand zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Handlungsvollmacht gemäß § 54 Abs. 1 HGB auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Andere als die dort aufgezählten Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht ein Dritter nur gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte (§ 54 Abs. 2 und 3 HGB). Der Kaufmann, der einen unter Berufung auf diese Vorschriften geltend gemachten Anspruch mit Erfolg bekämpfen will, muß behaupten und notfalls beweisen, daß er eine Vollmacht in dem fraglichen Umfang nicht erteilt habe und der Dritte diesen Umstand gekannt habe oder hätte kennen müssen (vgl. Capelle-Canaris, Handelsrecht21 191).

Das Erstgericht stellte fest, der Angestellte habe, nachdem die Klägerin mitgeteilt hatte, daß sie das Mietverhältnis beenden wolle, die Wohnung besichtigt, um allfällige Ablöseansprüche der Klägerin zu prüfen. Der Mitarbeiter bekundete in seiner Zeugenaussage, er sei hiebei im Auftrag der Hausverwaltung tätig geworden. Diesen Feststellungen kann jedoch nicht entnommen werden, ob der Mitarbeiter der Klägerin auch den von den Vermietern zu zahlenden Ablösebetrag zuzusichern befugt war; sollte er dazu ermächtigt gewesen sein, erschiene es auch denkbar, daß er dann, anstelle des Ablösebetrags auszuhandeln, der Klägerin das Präsentationsrecht einräumen durfte, um so die Pflicht zur Ablöse von Investitionen (vgl. § 10 MRG bzw. § 1097 ABGB) auf den Nachmieter unmittelbar abzuwälzen. Ob der zum Aushandeln des Ablösebetrages beauftragte Mitarbeiter eines Kaufmanns auch zu einer bindenden Ablösevereinbarung bzw. anstelle einer solchen Abmachung zur Einräumung eines Präsentationsrechtes bevollmächtigt anzusehen ist, ist nicht bloß Rechts-, sondern insofern auch Tatfrage, als es beim Umfang der Handlungsvollmacht in erster Linie auf die Branchenüblichkeit ankommt (Friedl-Schinko in Straube, HGB § 54 Rz 10; Joost in Großkomm. HGB4 § 54 Rz 46).

Ob die Klägerin deshalb darauf vertrauen durfte, daß der Mitarbeiter der Erstbeklagten zur Zusicherung des Präsentationsrechtes bevollmächtigt gewesen sei, kann nach den bisher getroffenen Feststellungen noch nicht verlässlich beurteilt werden. Das Berufungsgericht wird deshalb im fortzusetzenden Verfahren in Verhandlungsergänzung gemäß § 496 Abs. 3 ZPO die Sachverhaltsgrundlage im Sinne der vorstehenden Ausführungen nach Erörterung mit den Parteien zu verbreitern und zur Ausmittlung der Branchenüblichkeit gegebenenfalls auch ein Sachverständigengutachten einzuholen haben (HS 1186/101; Friedl-Schinko aaO). Erst danach wird - sollte das Gericht zweiter Instanz die erstgerichtlichen Feststellungen über die Einigung der Klägerin und des Mitarbeiters der Erstbeklagten über das Präsentationsrecht übernehmen - verlässlich beurteilt werden können, ob der Angestellte der Hausverwaltungskanzlei der Erstbeklagten auch zu dieser Zusage ausreichend bevollmächtigt schien.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs. 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E28286

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

ECLI:AT:OGH0002:1991:0010OB00618.91.1120.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19911120\_OGH0002\_0010OB00618\_9100000\_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)