

# TE OGH 1987/1/13 20b523/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.01.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik, Dr.Melber, Dr.Huber und Dr.Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö\*\*\*

A\*\*\*, 1040 Wien, Prinz Eugen-Straße 20-22, vertreten durch Dr.Heinz Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei prot. Firma "A\*\*\*\*" Immobilien Gesellschaft mbH, 1160 Wien, Neulerchenfelderstraße 32, vertreten durch Dr.Alfred Cerny, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 25.Oktober 1984, GZ 3 R 202/84-9, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 30.April 1984, GZ 33 Cg 806/83-4, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 12.265,50 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 940,50 S Umsatzsteuer und 1.920 S Barauslagen) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

In der auf die §§ 28 und 29 KSchG gestützten Klage wird behauptet, die beklagte Partei verwende im geschäftlichen Verkehr hinsichtlich von Vermittlungsaufträgen des "Abgebers" einer Liegenschaft oder Wohnung Formulare, welche im einzelnen angeführte Klauseln enthielten, die gegen die guten Sitten, die Bestimmungen der Immobilienmaklerverordnung sowie die §§ 6 und 10 KSchG verstießen. Die beklagte Partei sei im Falle mangelnder Vertragstreue und demgemäßer Zahlung einer Vertragsstrafe durch den Vertragspartner besser gestellt als bei Vertragserfüllung, das Formular enthalte eine unzulässige Revolvierungsklausel und schließe mündliche Absprachen gesetzwidrig aus. Wegen der dauernden Anwendung der inkriminierten Geschäftsbedingungen bestehe Wiederholungsgefahr, sodaß die Voraussetzungen für den erhobenen Unterlassungsanspruch vorlägen.

Die beklagte Partei beantragte Klagsabweisung. Ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen liege in keiner Weise vor. Das in der Klage genannte Formular enthalte die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit, sofern sich der Vertragspartner vertragstreu verhalte. Nur im gegenteiligen Falle sei die Haftung des Vertragspartners für die Abgeberprovision (5 % der Ablöse plus drei Monatsmieten zuzüglich Umsatzsteuer) und für die Mieterprovision (drei Bruttomonatsmieten zuzüglich Umsatzsteuer) vorgesehen. Hinsichtlich letzterer handle es sich um einen Schadenersatz, bei welchem sie das Vorhandensein eines konkreten Interessenten beweisen müsse und wobei eine Ermäßigung nach § 1336 ABGB möglich sei. Die von der beklagten Partei für den Fall der Vertragstreue getroffene Vereinbarung und jene für den gegenteiligen Fall brächten der beklagten Partei keinen verdienstlichen Vorteil. Wenn die beklagte Partei für den Fall

der Vertragstreue vom "Abgeber" keine Provision verlange, dann sei dies ausschließlich ihre Sache. Die beanstandete Verlängerungsklausel widerspreche nicht dem § 6 Abs 1 KSchG, weil diese Frist nicht "unangemessen lange" sei. Der Satz "mündliche oder telefonische Absprachen haben keine Gültigkeit" beziehe sich nur auf die Schriftlichkeit eines Widerrufs und nicht auf den Gesamtvertrag. Das Erstgericht erklärte die beklagte Partei im Sinne der Klage schuldig, im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbes gegenüber Verbrauchern in Formularen die Verwendung folgender Klauseln zu unterlassen: a) "Sollte lediglich durch mein Verschulden oder durch unrichtige Angaben in diesem Alleinvermittlungsauftrag der Vertragsabschluß unterbleiben, z.B. wenn ich die laufenden und regelmäßigen Besichtigungstermine verhindere bzw. nicht einhalte, oder wenn ich den Abschluß verweigere, hafte ich Ihnen hiefür in der Höhe von 5 % der Investitionsablässe plus sechs Bruttomonatsmieten exklusive Mehrwertsteuer. Sollte ich während der Zeit des Alleinvermittlungsauftrages ohne Ihre Intervention einen Abschluß tätigen, hafte ich Ihnen ebenso für die oben genannte Provision." c) "Mündliche und telefonische Absprachen haben keine Gültigkeit". Das weitere Begehren hinsichtlich der Klausel b) "Er verlängert sich jedoch um weitere zwei Monate, wenn nicht spätestens fünf Tage vor dem Endtermin schriftlich der Widerruf bekanntgegeben wird, wobei das Einlangen des Widerrufs entscheidet", wies es ab. Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei Folge und ihrem Unterlassungsbegehren auch im Punkte b) der Klage statt. Die Berufung der beklagten Partei wies es ab. Es sprach aus, daß der Wert des von der Bestätigung betroffenen Streitgegenstandes den Betrag von 60.000 S, nicht aber jenen von 300.000 S, der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes 15.000 S, nicht aber 300.000 S übersteige und daß die Revision zulässig sei. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes erhebt die beklagte Partei eine auf § 503 Abs 1 Z 4 ZPO gestützte Revision mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne der Klagsabweisung.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht gerechtfertigt.

Auf der Grundlage der unbestrittenen Verwendung des die vorgenannten Klauseln enthaltenden, dem Gericht vorgelegten, Formulars durch die beklagte Partei vertrat das Erstgericht die Rechtsansicht, die zu a) genannte Klausel verstoße gegen § 917 a ABGB, die zu c) angeführte Klausel widerspreche der Bestimmung des § 10 Abs 3 KSchG, die zu b) wiedergegebene Klausel erscheine dagegen weder gesetz- noch sittenwidrig.

Das Berufungsgericht trat den Berufungsausführungen der klagenden Partei bei, wonach in der Formulierung der zu b) genannten Klausel kein hinreichender Hinweis des Unternehmers auf die Folgen der Unterlassung eines rechtzeitigen Widerrufs liege. Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG seien für den Verbraucher insbesondere solche selbst ausgehandelte Vertragsbestimmungen nicht verbindlich, nach welchen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, der Verbraucher werde bei Beginn der hiefür notwendigen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und habe zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Nach dem klaren Gesetzesauftrag müsse der Verbraucher daher bei Beginn der Frist, die ihm für ein bestimmtes Verhalten eingeräumt werde, auf die Bedeutung seines Verhaltens bzw. die Unterlassung eines bestimmten Verhaltens hingewiesen werden. Das Gesetz schließe somit aus, daß der Hinweis durch die bloße Übernahme in die Vertragsbestimmungen ausreichen solle. Diese klare Gesetzeslage könne von der beklagten Partei nicht dadurch widerlegt werden, daß sie ein derartiges Vorgehen als "wirtschaftsfremd" bezeichne. Die in der Berufung der beklagten Partei zur Klausel a) vertretene Auffassung, mit der beanstandeten Vertragsbestimmung werde keine Vertragsstrafe, sondern eine echte Provision für den Fall der Vereitelung des Vermittlungsgeschäftes vorgesehen und sie müsse eine derartige Provision für diesen Fall bedingen, um gegen den Auftraggeber Schadenersatzansprüche geltend machen zu können, beruhe auf Mißverständnissen. Zum Zwecke der treuwidrigen Vereitelung der Ausführung des Geschäftes durch den Auftraggeber könne kein gesetz- oder sittenwidriges Verhalten vereinbart werden. Dem Immobilienmakler stehe hinsichtlich einer solchen treuwidrigen Vereitelung ohne besondere Vereinbarung ein Schadenersatzanspruch zu. Entscheidend sei, daß Immobilienmakler bei Vermittlung nur gemäß § 8 Abs 1 ImmMV für den Fall ihrer erfolgreichen Tätigkeit und darüber hinaus in den Fällen des § 9 ImmMV Provision oder sonstige Vergütungen vereinbaren dürften. Unter den Voraussetzungen des § 9 Abs 1 Z 1 bis 4 ImmMV dürfe bei zweckentsprechender Vermittlungstätigkeit ohne Zustandekommen des vermittelten Rechtsgeschäftes eine dem § 8 Abs 1 ImmMV entsprechende, also keine höhere, Provision vereinbart werden. Gemäß § 8 Abs 7 ImmMV könne der zu vereinbarende Höchstbetrag bis zu 100 % überschritten werden, wenn eine der Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes zur Erteilung des Vermittlungsauftrages nur unter der Bedingung

bereit sei, selbst keine Provision oder Vergütung zu bezahlen. Bei der Vermittlung von Wohnungen dürfe der Immobilienmakler gemäß § 8 Abs 8 ImmMV keine vom Käufer, Bestandnehmer oder sonstigen Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigten zu bezahlende erhöhte Provision im Sinne des Abs 7 vereinbaren. In solchen Fällen könne daher gemäß § 14 ImmMV mit jeder der beiden Parteien des Vertrages nur eine Provision oder sonstige Vergütung in der Höhe des dreifachen Monatsbruttomietzinses vereinbart werden. Die Freistellung des Abgebers von der Provisionspflicht und die Überwälzung auf diesen entfallender Provisionen auf den Abnehmer sei somit bei Vermittlung von Wohnungen unzulässig. Eine solche Vereinbarung könne demgemäß auch nicht unter den Voraussetzungen des § 9 ImmMV für den Fall des Nichtzustandekommens des Rechtsgeschäftes geschlossen werden. Demgemäß verstoße die von der beklagten Partei vorgesehene Klausel gegen die Bestimmungen der §§ 8, 9 und 14 ImmMV, welche als Gesetz im materiellen Sinne aufzufassen seien. Die diesbezügliche Vereinbarung erscheine nach dem Zweck der Norm somit nichtig. Ob auch die Vereinbarung eines Entgelts von 5 % der Investitionsablässe gesetz- oder sittenwidrig sei, müsse nicht untersucht werden, weil bei der auf Grund einer Verbandsklage vorzunehmenden Gesetzwidrigkeitsprüfung kein Raum für eine geltungserhaltende Reduktion gegeben sei. Die zu c) genannte Klausel verstoße im Sinne der erstgerichtlichen Rechtsansicht in ihrer allgemein gehaltenen Form gegen § 10 Abs 3 KSchG. Der Ansicht, diese Klausel beziehe sich nur auf die Regelung des Formerfordernisses für den Widerruf des Alleinvermittlungsauftrages, könne nicht gefolgt werden. In der Revision wird zunächst ausgeführt, die Ansicht des Berufungsgerichtes, die Klausel b) über die Vertragsverlängerung verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, erscheine unrichtig. Es sei hier vielmehr dem Erstgericht darin zu folgen, wonach entscheidend sei, daß der Verbraucher "zu Beginn des Vertragsabschlusses" auf die Bedeutung seines Verhaltens (Stillschweigen oder Widerruf) ausreichend hingewiesen wurde und zur Abgabe einer Erklärung eine angemessene Frist habe. Die Meinung des Berufungsgerichtes, der Verbraucher müsse bei Beginn der vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen werden, erscheine zu streng formell. Hinsichtlich der Klausel a) sei davon auszugehen, daß der Makler seit dem Inkrafttreten der ImmMV nur dann gegen einen vertragsuntreuen Kunden einen vertraglichen oder gesetzlichen Schadenersatzanspruch habe, wenn dies gemäß § 9 ImmMV vereinbart worden sei. Durch die klagsgegenständliche Vereinbarung sollte erreicht werden, daß der Auftraggeber bei vertragswidrigem Verhalten nicht mehr die Begünstigung der Unentgeltlichkeit des Geschäftes für sich in Anspruch nehmen könne, also in den in § 9 ImmMV genannten Vereitelungsfällen der beklagten Partei eine Provision zu zahlen habe; weiters, daß die beklagte Partei von ihm jene Provision begehren könne, die der Käufer oder Mietinteressent zu zahlen hätte. Die Meinung, die beklagte Partei verdiene bei vertragswidrigem Verhalten des Partners mehr als bei Vertragszuhaltung, übersehe, daß die beklagte Partei allein auf Grund der Vereinbarung laut Klausel

a) noch keinen unmittelbaren Rechtsanspruch erwerbe, sondern im Prozeß gegen den "Abgeber" auch den Vereitelungstatbestand des § 9 ImmMV nachweisen müsse. Dürfe auch in den Fällen des § 9 ImmMV nur so viel wie in § 8 leg.cit. vorgesehen vereinbart werden, dann müßten Schadenersatzklagen der Makler auch ohne Vorliegen einer § 9-Vereinbarung zulässig sein. Es gehe nicht an, Schadenersatzansprüche mangels Vorliegens einer Vereinbarung nach § 9 leg.cit. mit dem Hinweis abzuweisen, daß nichts vereinbart worden sei, andererseits aber nicht zuzulassen, in einer § 9-Vereinbarung all das zu vereinbaren, was dem Makler gegen beide Parteien zustehe. Eine § 9-Vereinbarung könne daher durchaus mehr enthalten, als dem Makler gemäß § 8 leg.cit. zustehe. Im übrigen sei der unterinstanzliche Ausspruch einer Unzulässigkeit und Sittenwidrigkeit der Klausel a) in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht zu erhalten, weil die Klausel auch zulässige Bestandteile enthalte und daher höchstens eine Teilnichtigkeit vorliege, sodaß die Vereinbarung nicht zur Gänze hinfällig sei. Bei der zu c) genannten Klausel schließlich handle es sich nicht um Unternehmererklärungen, sondern um "Absprachen", also Vereinbarungen beider Parteien. Es sollte also nur Gültigkeit haben, was im Alleinvermittlungsauftrag schriftlich vereinbart worden sei. Auch hier gelte, daß nur die Verwendung eines unzulässigen Teiles untersagt werden könne.

Diesen Ausführungen kann in keinem Punkte gefolgt werden. Zunächst folgt aus der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG grundsätzlich überhaupt die Wirkungslosigkeit vertraglicher "Erklärungsfiktionen". Eine Ausnahme hiervon besteht nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nur dann, wenn für die fragliche Äußerung eine Frist vorgesehen ist, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers eingehalten wird und diesem für eine ausdrückliche Erklärung sodann eine angemessene Frist zur Verfügung steht. Ein solcher Fall kommt vor allem - wie hier - bei der Verlängerung von Vertragsverhältnissen in Betracht (vgl. JBl 1982, 315; Welser in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 343).

Vorliegendenfalls sollte sich nach dem Inhalt der Vertragsschablone der Alleinvermittlungsauftrag nach Ablauf der vereinbarten Gültigkeitsdauer um weitere zwei Monate verlängern, wenn nicht spätestens "fünf Tage vor dem Endtermin der Widerruf schriftlich bekanntgegeben wird, wobei das Einlangen des Widerrufs entscheidet". Damit ist aber eine Fristsetzung im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, nämlich das Vorsehen einer Frist, bei deren Beginn der Verbraucher auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird, überhaupt nicht erfolgt. Durch die Vereinbarung einer bestimmten Dauer des Alleinvermittlungsauftrages mit anschließender Widerrufsmöglichkeit wird das für eine Vertragsverlängerung gegebene Erfordernis einer Fristsetzung im Hinblick auf dessen Sinn und Zweck, nämlich, den Verbraucher noch nach Vertragsabschluß auf die Folgen eines künftigen Verhaltens hinzuweisen und ihm sodann noch Gelegenheit zu einer ausdrücklichen, andere als die im Vertrag primär vorgesehenen Rechtsfolgen herbeiführenden, Erklärung zu geben, nicht erfüllt. Eine Ausnahme von der in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Wirkungslosigkeit von Erklärungsfiktionen ist daher hinsichtlich der in der gegenständlichen Klausel enthaltenen Erklärungsfiktion nicht gegeben.

Hinsichtlich des Vermittlungsgegenstandes und des Vermittlungsentgeltes enthält das klagsgegenständliche Vertragsformular folgende Klauseln: "Hiemit beauftrage ich Sie, mir den Verkauf (Vermittlung) der tieferstehend angeführten Wohnung (Haus oder Liegenschaft) zu vermitteln: ... Der Verkäufer hat, sofern der folgende Absatz nicht zutrifft, für die Leistung der A\*\*\* GesmbH keinerlei Spesen oder Provision zu leisten. Sollte lediglich durch mein Verschulden oder durch unrichtige Angaben in diesem Alleinvermittlungsauftrag der Vertragsabschluß unterbleiben, z. B. wenn ich die laufenden und regelmäßigen Besichtigungstermine verhindere bzw. nicht einhalte, oder wenn ich den Abschluß verweigere, hafte ich Ihnen hiefür in der Höhe von 5 % der Investitionsablässe plus sechs Bruttomonatsmieten exklusive Mehrwertsteuer. Sollte ich während der Zeit des Alleinvermittlungsauftrages ohne Ihre(r) Intervention einen Abschluß tätigen, hafte ich Ihnen ebenso für die oben genannte Provision."

Nach diesem Vertragstext handelt es sich bei den geplanten Rechtsgeschäften somit auch um Wohnungsvermittlungen. Bei der Vermittlung von Wohnungen darf gemäß § 14 ImmMV seitens des Immobilienmaklers von jeder der beiden Parteien nur eine Provision in der Höhe von höchstens 3 Bruttomonatsmietzinsen vereinbart werden. Gemäß § 8 Abs 1 Z 8 ImmMV ist die sonst gemäß § 8 Abs 1 Z 7 ImmMV unter der Bedingung der mangelnden Bereitschaft einer der Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes zur Zahlung einer Provision zulässige Vereinbarung eines bei der anderen Partei um bis zu 100 % erhöhten Provisionssatzes bei Verkauf und Vermittlung von Wohnungen zu Lasten des Käufers oder Mieters unzulässig. Demgemäß ist davon auszugehen, daß hier bei Verwendung der klagsgegenständlichen Vertragsschablone selbst bei Zustandekommen des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes eine Bemessung der Provision der beklagten Partei nach § 8 Abs 1 Z 7 ImmMV nicht in Betracht kommt.

In den Vereitelungsfällen des § 9 Abs 1 Z 1 und 2 ImmMV kann der Immobilienmakler mit dem Auftraggeber "eine dem § 8 Abs 1 ImmMV entsprechende Provision vorsehen". Unter der Voraussetzung, daß mangels Bereitschaft einer der Parteien des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes zur Bezahlung einer Provision eine Vereinbarung im Sinne des § 8 Abs 1 Z 7 ImmMV wirksam geschlossen wurde, kann er also auch im Vereitelungsfalle deren Zahlung durch den Auftraggeber vereinbaren. Eine solche Vereinbarung, daß der Auftraggeber mangels Bereitschaft des Käufers oder Mieters zur Zahlung einer Provision nun seinerseits eine erhöhte Provision nach § 8 Abs 1 Z 7 ImmMV zu zahlen hätte, ist vorliegendenfalls aber festgestelltermaßen nicht getroffen worden. Nach dem Inhalt der Vertragsschablone wurde vielmehr der Auftraggeber für den Fall des Zustandekommens des Rechtsgeschäftes seinerseits von jeglicher Provisionszahlung befreit.

Mangelt es aber an der im § 9 Abs 1 ImmMV für den Vereitelungsfall vorausgesetzten ursprünglichen Vereinbarung mit dem Auftraggeber über eine im Sinne des § 8 Abs 1 Z 7 ImmMV, also mangels Bereitschaft des Mieters zur Zahlung einer Provision - ein anderer Fall kommt nicht in Frage - von ihm selbst zu leistende erhöhte Provision, dann erscheint die von den Unterinstanzen mit a) bezeichnete Klausel, welche eine solche erhöhte Provision vorsieht, gemäß den §§ 917 a, 879 ABGB gesetzwidrig und unwirksam. Daran ändern die Revisionsausführungen nichts, daß der Makler im Sinne des § 9 Abs 1 ImmMV grundsätzlich die gegen beide Parteien zustehende Provision mit einer Partei vereinbaren kann, denn eine solche erhöhte Provision muß im Sinne des § 9 Abs 1 ImmMV hinsichtlich des zu vermittelnden Rechtsgeschäftes "vorgesehen", also gemäß § 8 Abs 1 Z 7 ImmMV vereinbart sein, was eben hier nicht der Fall ist. Betreffend die allfällige Zulässigkeit einzelner Bestandteile der zu

a) angeführten Klausel haben die Unterinstanzen zu Recht darauf verwiesen, daß beim Unterlassungsprozeß nach § 28

KSChG keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit zu nehmen ist und im Verbandsprozeß für eine geltungserhaltende Reduktion kein Raum besteht. Ziel des Konsumentenschutzgesetzes ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Der Richter hat nicht die Aufgabe, sich durch geltungserhaltende Reduktion zum Sachwalter des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu machen (vgl. Krejci in Kommentar zum Konsumentenschutzgesetz Rz 15 zu § 28 bis 30).

Was die Vertragsklausel "mündliche oder telefonische Absprachen haben keine Gültigkeit" anlangt, kann es schließlich keinem Zweifel unterliegen, daß diese dem § 10 Abs 3 KSChG widerspricht. Diese Gesetzesstelle normiert, daß die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers nicht ausgeschlossen werden kann. Auch in diesem Punkte erweisen sich die Argumente der Revisionswerberin daher als nicht stichhältig.

Somit war der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E09958

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0020OB00523.85.0113.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870113\_OGH0002\_0020OB00523\_8500000\_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)