



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

ANWALTSKANZLEI

31. März 1998

E I N G A N G

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

eingel. am 24. MRZ. 1998Uhr....Min.

.....fach, mitBilg. Akten
..... Halbschriften

3R 7/98
3R 138/97m
KOPIE

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr.Mayer als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Lovrek und den KR Mag.Dworak in der Rechtssache der [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr.Benedikt Wallner, Rechtsanwalt in Wien, gegen die [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr.Martin Weiser, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 150.000,- s.A., über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 16.10.1997, 33 Cg 138/97m-7, mangels Antrages auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung gemäß § 492 Abs 2 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird n i c h t Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 6.975,- bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten S 1.162,50 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

7.4.98 AVL
14.4.98 Kakerkus

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung von S 150.000,- mit dem Vorbringen, sie habe am 17.12.1996 ein von der Beklagten zu vermittelndes Einfamilienhaus in Bad Vöslau erstmals besichtigt und noch am selben Tag ein von der Beklagten vorformuliertes Anbot über den Ankauf dieses Objektes unterfertigt. Das Einfamilienhaus habe ihr als Wohnung dienen sollen. Der Klägerin sei eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht gemäß § 30a KSchG nicht ausgefolgt worden. Der Rücktritt sei daher innerhalb der einmonatigen Rücktrittsfrist gemäß § 30a Abs 3 KSchG fristgerecht erklärt worden. Die Klägerin habe am 18.12.1996 S 150.000,- an die Beklagte als "Anzahlung laut Kaufanbot" bezahlt.

Die Beklagte wendete dagegen ein, daß die Klägerin das Einfamilienhaus als Anlageobjekt erworben habe. Überdies habe die Klägerin eine Erstbesichtigung vor dem 17.12.1996 unternommen. Am 18.12.1996 habe die Klägerin das Büro der Beklagten aufgesucht. Auf Wunsch der Klägerin sei das ursprüngliche Kaufanbot rückgängig gemacht und ein neues Kaufanbot von der Klägerin unterfertigt worden. Die Klägerin sei vor Abschluß der Verträge über die gesetzlichen Bestimmungen aufgeklärt worden und habe ein aktuelles Formblatt erhalten. Das Kaufanbot der Klägerin sei am 18.12.1996 von den Verkäufern angenommen worden. Vereinbarungsgemäß habe die

Klägerin S 150.000,- bei der Beklagten mit dem Auftrag deponiert, daß dieser Betrag von der Beklagten mit einer allfälligen Maklerprovision zu verrechnen sei, der Restbetrag sei auf den Kaufpreis anzurechnen. Die Klägerin habe die Vertragserrichtung grundlos verweigert. Der Beklagten stünde daher eine Provision auf Basis des Kaufpreises von S 2,200.000,- in Höhe von insgesamt S 158.400,- (6% Kaufpreis zuzüglich USt) zu.

Die Beklagte wendete eine Gegenforderung bis zur Höhe der Klagsforderung aus dem Titel des Schadenersatzes für getätigte Aufwendungen und für Mühewaltung (Telefonate, Besichtigungstermine und Konferenzen) aufrechnungsweise ein.

Mit dem angefochtenen Urteil stellte das Erstgericht fest, daß die Klagsforderung zu Recht bestehe, die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe und verpflichtete die Beklagte zur Bezahlung von S 150.000,- samt 4% Zinsen seit 18.12.1996. Es traf dabei folgende wesentliche Feststellungen:

Am 30.9.1996 rief die Klägerin im Büro der Beklagten an und erkundigte sich nach der Adresse einer von der Beklagten annoncierten Liegenschaft. Die Beklagte faxte der Klägerin eine Bestätigung, jedoch ohne Angabe der Adresse, sowie ein Merkblatt über voraussichtlich entstehende Nebenkosten. Am 9.12.1996 rief die Klägerin erneut bei der Beklagten an und erkundigte sich nach dem inserierten Objekt. Die neuerlich per Fax übermittelte Bestätigung samt Merkblatt über die voraus-

sichtlich entstehenden Nebenkosten faxte die Klägerin unterfertigt an die Beklagte. Danach erhielt die Klägerin die in die Bestätigung eingesetzte Adresse des Objektes. Am 14./15.12.1996 besichtigte die Klägerin die Liegenschaft mit ihrer Mutter von außen. Am 17.12.1996 besichtigte die Klägerin das Haus erstmals von innen mit einer Mitarbeiterin der Beklagten und ihrer Mutter. Anschließend legte die Klägerin in einem Kaffeehaus in Bad Vöslau ein Kaufanbot über das Objekt in Höhe von S 2,200.000,-. Über Verlangen der Mitarbeiterin der Beklagten übergab die Klägerin zur Abdeckung der Provision einen Scheck über S 200.000,-. Die Klägerin erhielt kein Merkblatt, das eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht nach § 30a KSchG enthielt. Die Klägerin wollte das Haus kaufen, damit sie bis zu ihrem Ruhestand an Wochenenden und im Sommer darin wohnen könne und damit ihr Vater das Haus ständig bewohnen könne. Am 18.12.1997 übergab die Klägerin in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten deren [REDACTED] [REDACTED] S 150.000,- und erhielt dafür ihren Scheck zurück. Ohne Einverständnis der Klägerin zerriß der Geschäftsführer der Beklagten das unterzeichnete Kaufanbot und füllte ein Kaufanbot aus, das sowohl von der Klägerin als auch von ihm unterfertigt wurde. Dieses Kaufanbot wies - außer dem Datum - keinen anderen Inhalt als jenes vom 17.12.1996 auf. Nachdem die Klägerin am 21./22.12.1996 bemerkt hatte, daß ein großer Reparaturaufwand erforderlich sei, sendete sie an die

Beklagte am 23.12.1996 ein Fax, in welchem sie mitteilte, daß sie das Haus in Bad Vöslau, (Roseggerstraße 37) aus unvorhergesehenen Gründen ihrerseits leider nicht kaufen könne. Nach einer Beratung bei der Konsumentenschutzorganisation sendete die Klägerin am 3.1.1997 ein Fax an die Beklagte mit dem Inhalt: "Nachtrag zu meinem Fax vom 23.12.1996: Ich trete weiters gemäß § 30a KSchG von meinem Kaufanbot vom 17.12.1996 zurück".

Die Beklagte hatte für das Objekt in Bad Vöslau die Abschlußvollmacht der Verkäufer.

Trotz Mahnung bezahlte die Beklagte die von der Klägerin geforderten S 150.000,- nicht zurück.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht seine Feststellungen dahin, daß die Erstbesichtigung im Sinne des § 30a KSchG am 17.12.1996 stattgefunden habe, weil eine Außenbesichtigung keine Erstbesichtigung darstelle. Ebenfalls am 17.12.1996, also am selben Tag, habe die Klägerin ihr Kaufanbot gelegt. Daß am 18.12.1996 ein neues Kaufanbot ausgefüllt wurde, schade mangels inhaltlicher Veränderung nicht.

Die einwöchige Rücktrittsfrist des § 30a Abs 2 KSchG beginne erst zu laufen, sobald der Verbraucher eine Zweitschrift seiner Vertragserklärung und eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht erhalten habe. Da die Klägerin keine entsprechende schriftliche Belehrung übermittelt erhielt, erlösche das Rücktrittsrecht erst einen Monat nach dem Tag der

Erstbesichtigung. Der Rücktritt der Klägerin sei daher rechtzeitig.

Solange dem Verbraucher das Rücktrittsrecht nach § 30a KSchG zustehe, erwerbe der Immobilienmakler seinen Provisionsanspruch nur vorbehaltlich des Rücktrittes. Auch eine Entschädigung oder Ersatz für Aufwendungen und Mühewaltungen nach § 15 Abs 1 MaklerG stehe nicht zu, weil ein beachtenswerter Grund (hoher Kostenaufwand) für die Klägerin vorgelegen sei, wobei es nicht schade, daß es sich dabei um subjektive Erwägungen der Klägerin gehandelt habe.

§ 7 Abs 2 MaklerG und § 30a Abs 4 KSchG sähen überdies vor, daß Konsumenten nicht rechtswirksam Zahlungen von Angeld, Reugeld oder einer Anzahlung während der Rücktrittsfrist an den Immobilienmakler leisten könnten. Auf Grund eines Größenschlusses könne daraus gefolgert werden, daß auch die gesamte Provision nicht rechtswirksam vor ihrem Entstehen beansprucht oder geleistet werden könne.

Feststellungen zur Gegenforderung erübrigten sich mangels näherer Präzisierung bzw. Aufschlüsselung.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen und unvollständigen Tatsachenfeststellungen und unrichtigen Beweiswürdigung sowie wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf Abweisung des Klagebegehrens gerichteten

Abänderungsantrag. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Als Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt die Berufungswerberin, daß das Erstgericht die in der Tagsatzung am 2.10.1997 beantragte Vernéhmung der Verkäuferin [REDACTED] nicht durchgeführt habe, aus deren Aussage sich ergeben hätte, daß die Klägerin vor dem 17.12.1996 eine Innenbesichtigung des Einfamilienhauses vornahm.

Die gerügte Mangelhaftigkeit liegt nicht vor, weil die Beweisanbietung - wie das Erstgericht zutreffend erkannte - gemäß § 179 Abs 1 Satz 2 ZPO verspätet erfolgte. Die Klägerin legte ihre Parteiaussage in der Verhandlungstagsatzung am 16.9.1997 ab. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagten bereits durch die Klage, den vorbereitenden Schriftsatz der Klägerin und durch das Vorbringen in der Verhandlungstagsatzung am 26.6.1997 bekannt, daß die Klägerin behauptete, das Einfamilienhaus erstmals am 17.12.1997 von innen besichtigt zu haben. Daß die Beklagte in Geschäftsbeziehung zur Verkäuferin [REDACTED] stand, ist nicht strittig. Berücksichtigt man diese Umstände, ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte nicht zumindest unmittelbar nach der Verhandlungstagsatzung am 16.9.1997 den Beweisantrag stellte, war ihr doch Name und Anschrift der

Verkäuferin bekannt. Der "informativen telefonischen Befragung" [REDACTED] bedurfte es für die Stellung des Beweisantrages nicht. Es liegen somit sämtliche Voraussetzungen des § 179 Abs 1 Satz 2 ZPO vor.

Mit der Beweisrüge bekämpft die Berufungswerberin die Feststellung des Erstgerichtes, daß die Klägerin das Haus erstmals am 17.12.1996 mit der Mitarbeiterin der Beklagten, [REDACTED], besichtigte. Dabei argumentiert die Berufung mit der Aussage der [REDACTED] [REDACTED] die angegeben haben soll, mit der Klägerin am 14.12.1996 die Innenbesichtigung durchgeführt zu haben. Wie sich allerdings aus dem Gesamtzusammenhalt der Aussage der Zeugin [REDACTED] zweifelsfrei ergibt, handelte es sich bei der Protokollierung im ersten Satz der Aussage der Zeugin (S.1 in ON 5) um einen bloßen Übertragungsfehler, der überdies in der vorliegenden Urschrift des Protokolls auch auf "17.12.1996" berichtigt wurde. Auch auf Seite 5 des Protokolls dieser Tagsatzung vom 16.9.1997 wurde das Datum 14.12.1996 auf 17.12.1996 berichtigt.

Mit der Beweisrüge bekämpft die Berufung ferner die Feststellung des Erstgerichtes, wonach das am 17.12.1996 von der Klägerin unterfertigte Kaufanbot mit dem neuerlich am 18.12.1996 unterfertigten Kaufanbot ident sei. Dabei argumentiert die Berufung mit der Aussage der Zeuginnen Sacchetti und Nestlinger sowie mit der Parteiaussage des Geschäftsführers der Beklagten, wonach das Kaufanbot vom 17.12.1996 wegen eines

geänderten Übergabetermins, eines Verkaufes ohne Möblierung und wegen einer Änderung des Kaufpreises inhaltlich verändert worden sei. Daß aber auch am 17.12.1996 ein Kaufanbot um S 2,200.000,- (entsprechend dem am 18.12.1996 unterfertigten Anbot) gestellt wurde, ergibt sich nicht nur aus der Aussage der Klägerin, sondern auch aus der Aussage der Zeugin Elisabeth Sacchetti. Die Vereinbarung eines Übergabetermins bzw. Angaben, ob eine Möblierung des Objektes erfolgen soll, ist dem Kaufanbot ./C nicht zu entnehmen, sodaß das Erstgericht zutreffend die Aussage der Klägerin als glaubwürdig erachtete, daß eine inhaltliche Änderung des Kaufanbotes nicht vorgenommen wurde.

Soweit die Beweisrüge zuletzt die Feststellung des Erstgerichtes bekämpft, daß die Klägerin das Haus kaufen wollte, damit sie bis zu ihrem Ruhestand an Wochenenden und im Sommer darin wohnen könne, sowie damit ihr Vater ständig darin wohnen könne und anstelle dessen die Feststellung begehrt, daß die Klägerin das Objekt als Anlageobjekt kaufen wollte, vermögen auch diese Ausführungen Bedenken gegen die erstgerichtliche Beweiswürdigung nicht zu erwecken: Daß die Klägerin das Haus kaufte, damit ihr Vater das ganze Jahr über dort wohnen kann, geht aus der Aussage der Klägerin hervor. Daß demgegenüber der Ankauf als Anlageobjekt geplant war, ergibt sich nur aus der Aussage der Zeugin [REDACTED] [REDACTED] die naturgemäß über die Motivation der Klägerin zum Ankauf eines Einfamilienhauses weniger beitragen

kann als die Klägerin selbst, die das Erstgericht als glaubwürdig erachtet hat, wogegen keine zwingenden Umstände sprechen.

Mit der Rechtsrüge stellt sich die Berufung auf den Standpunkt, der Klägerin stehe ein Rücktrittsrecht gemäß § 30a KSchG nicht zu, weil sie das Haus nur für Erholungszwecke und nicht zur Befriedigung des (eigenen) dringenden Wohnbedürfnisses erwerben wollte.

Dabei übersieht die Berufung, daß § 30a Abs 1 KSchG ausdrücklich bestimmt, daß das Rücktrittsrecht dann zusteht, sofern der Erwerb (des Einfamilienwohnhauses) der Deckung des dringenden Wohnbedürfnisses des Verbrauchers oder eines nahen Angehörigen dienen sollte. Daß die Klägerin Verbraucherin ist, ist unstrittig. Daß der Vater der Klägerin als naher Angehöriger anzusehen ist, bedarf ebenfalls keiner Begründung. Das Rücktrittsrecht steht der Klägerin daher zu.

Soweit die Rechtsrüge von einer inhaltlichen Veränderung des Kaufanbotes vom 18.12.1996 zu jenem, welches am 17.12.1996 unterfertigt wurde, ausgeht (die Konditionen der übermittelten Bestätigung vom 9.12.1996 - /.A stellen kein unterfertigtes Kaufanbot dar) ist die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Daß der Klägerin eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht gemäß § 30a KSchG nicht ausgefolgt wurde, steht fest. Ihre Rücktrittserklärung ist daher fristgerecht. Gemäß der ausdrücklichen Anordnung des § 30a Abs 2 KSchG gilt der Rücktritt auch für einen im

Zuge der Vertragserrichtung geschlossenen Maklervertrag. Bereits aus diesem Grund ist der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch der Klägerin berechtigt. Infolge wirksamen Rücktritts der Klägerin auch vom Maklervertrag liegt daher eine fällige Provisionsforderung der Beklagten nicht vor.

Unter 4. der Berufung führt die Beklagte aus, die Auffassung des Erstgerichtes zur nicht zuerkannten Gegenforderung zu bekämpfen. Inhaltlich wird jedoch erneut nur zur Klagsforderung Stellung genommen. Ein Eingehen auf die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, daß die Gegenforderung weder präzisiert noch aufgeschlüsselt wurde, erübrigt sich daher.

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. § 23 Abs 9 RATG idF der erweiterten Wertgrenzennovelle 1997 ist allerdings gemäß der Übergangsbestimmung des Art XXXI Z 13 nur anzuwenden, wenn das Datum der Entscheidung erster Instanz nach dem 31.12.1997 liegt. Der Klägerin steht daher nur 50% Einheitssatz zu.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision gründet sich auf § 502 Abs 1, 500 Abs 2 Z 3 ZPO. Im Vordergrund stand die Lösung der Tatfrage.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 3, am 11.März 1998



Dr. Manfred Mayer
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: