

## Schwerpunkt Immobilienfinanzierung

Ausgewählte zivilrechtliche Aspekte der  
spekulativen Immobilienfinanzierung

Forward Purchase Deals –  
Forward Funding Deals

Der Fixkostenzuschuss als  
bürokratische Hilfe in der Not

Mietrecht

Erheblich nachteiliger Gebrauch  
durch Umbauarbeiten

Wohnungseigentumsrecht

Zum wichtigen Interesse an der Schaffung  
eines altersgerechten Zugangs

Forum Immobilientreuhänder

Nutzflächenänderungen durch Mieter

## Teilunterbrechung

Es bestehen keine Bedenken dagegen, die eingetretene Unterbrechung des Rechtsstreits hinsichtlich des einen geltend gemachten Klagegrunds festzustellen und den Rechtsstreit, soweit das Begehren auf den anderen Klagsgrund gestützt wird, fortzusetzen.

### Aus der Begründung:

Wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder zum Teil vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen gerichtlichen Verf ist, kann das Gericht gem § 190 Abs 1 ZPO anordnen, dass das Verf auf so lange Zeit unterbrochen wird, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Der Regelung des § 190 ZPO liegt ein verfahrensökonomischer Gedanke zugrunde, der darauf abstellt, dass die Entscheidung der präjudiziellen Vorfrage in einem anderen Verf als Hauptfrage bei Parteienidentität nach der Rechtskraftlehre Bindungswirkung im Folgeprozess hat (vgl Höllwerth in *Fasching/Konecny* II/3<sup>3</sup> § 190 ZPO Rz 2).

Die Unterbrechung des Rechtsstreits (über eine Mietzinsklage) ist nur gerechtfertigt, soweit die Entscheidung von einer im MSch-Verfahren zu entscheidenden Vorfrage abhängt; idS ist auch eine Teilunterbrechung zulässig (RS0074285). Es bestehen keine Bedenken dagegen, die eingetretene Unterbrechung des Rechtsstreits hinsichtlich des einen geltend gemachten Klagegrunds festzustellen und den Rechtsstreit, soweit das Begehren auf den anderen Klagsgrund gestützt wird, fortzusetzen (RS0037814).

Erstreckt sich die Rechtskraft des Unterbrechungsbeschlusses nur auf den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 1 MRG (Mietzinsrückstand), stellt eine Berufung gegen das Urteil über den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 3 Fall 2 MRG (unleidliches Verhalten) keine von der Unterbrechung erfasste unwirksame Prozesshandlung dar (ebenso wenig wie die Berufungsbeantwortung der Beklagten).

### Anmerkung:

Im Fall einer Aufkündigung, in der neben dem Kündigungsgrund der Nichtzahlung des Mietzinses (§ 30 Abs 2 Z 1 MRG) auch ein weiterer Kündigungsgrund geltend gemacht wird, wie zB ein erheblich nachteiliger Gebrauch (§ 30 Abs 2 Z 3 MRG), erfolgt seitens des gekündigten Mieters mitunter „reflexartig“ neben dem

Einwand eines ihm ex lege zustehenden Mietzinsminderungsrechtes gem § 1096 ABGB wegen behaupteter Einschränkung des bedungenen Gebrauchs auch ein Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens wegen eines eingeleiteten Außerstreitverfahrens vor der Schlichtungsstelle auf Überprüfung des Mietzinses bzw einzelner Betriebskostenpositionen iSd § 37 MRG.

Über den Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens ist nicht zwingend eine mündliche Verhandlung zu führen, jedoch ist in jedem Fall das rechtliche Gehör zu wahren (vgl MietSlg 59.594; 63.648 uam).

Die Überprüfung des Antrags auf Unterbrechung des anhängigen Kündigungsverfahrens sowie die Auswirkung und die Präjudizialität eines Verfahrens nach § 37 MRG auf die geltend gemachten Kündigungsgründe durch den kündigenden Vermieter ist in jedem Fall ratsam. Nicht jeder „scheinbar relevante“ Antrag ist tatsächlich präjudiziell für die geltend gemachten angezogenen Kündigungsgründe.

Grundsätzlich ist eine Teilunterbrechung eines Kündigungsverfahrens, welches auf zwei unterschiedliche Kündigungstatbestände/Gründe gestützt wird, möglich und zulässig. Mit anderen Worten: Hinsichtlich jenes Kündigungsgrunds, welcher nicht von einer Antragstellung nach § 37 MRG betroffen ist, kann das Verfahren jedenfalls fortgesetzt werden und in der Folge auch die Entscheidung über den im fortgesetzten Verfahren beurteilten Kündigungsgrund gesondert bekämpft werden.

### Praxistipp:

Der aufmerksame Vermietervertreter ist daher angehalten, die Prozesseinreden und Einwendungen sowie gestellten Anträge des Mieters im Hinblick auf Relevanz und Präjudizialität des geltend gemachten Kündigungsgrunds sorgfältig zu überprüfen sowie ein konkretes Vorbringen zu erstatten und den allenfalls verfassten Unterbrechungsbeschluss genau zu überprüfen und allenfalls gesondert zu bekämpfen.

Dem Mieter bietet die ZPO einen Leitfaden zur Prozessverzögerung (vgl Stingl, *Die ZPO – ein Leitfaden zur Prozessverschleppung*, AnwBl 1983, 235). Der Unterbrechungsantrag ist daher gegenüber dem achtlosen Vermieter mitunter ein taugliches taktisches Element der Prozessführung (vgl dazu grundsätzlich Lindinger, *Der Unterbrechungsantrag als taktisches Element der Prozessführung*, immolex 2018, 102 ff), wie gegenständliches Verfahren demonstriert.

Eike Lindinger

Dr. Eike Lindinger ist RA in Wien.

§ 190 ZPO

OGH

30. 3. 2020,  
4 Ob 157/19 w

präjudizielle  
Vorfrage;

Teil-  
unterbrechung;  
Kündigungs-  
gründe

2020/83

## Zur Verletzung von Aufklärungspflichten

Der Immobilienmakler ist Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen.

Die Kl begehrt vom Bekl Maklerprovision für die Vermittlung des Verkaufs zweier Eigentumswohnungen in Höhe von € 9.240,-.

Der Bekl wendete ein, die Kl habe ihre Aufklärungspflichten betreffend den tatsächlichen Wert der Wohnungen verletzt. Hätte er die Wohnungen zum marktkonformen Preis verkauft, wären € 4.000,- pro Quadratmeter zu erzielen gewesen. Tatsächlich habe der Quadratmeterpreis € 2.875,- betragen. Durch den weit unter dem Marktwert liegenden Verkauf sei ihm ein Schaden von zumindest € 301.440,- entstanden,

MAKLERRECHT

§ 3 MaklerG

OGH

30. 4. 2020,  
5 Ob 1/20 p

Sachverständiger;  
Schadenersatz;

immolex 2020 277

der bis zur Höhe des Klagebegehrens aufrechnungsweise eingewendet werde.

Das ErstG erkannte die Klageforderung mit € 3.080,- und die Gegenforderung mit zumindest diesem Betrag als zu Recht bestehend und wies das Klagebegehren ab.

Das BerG gab der Ber der Kl teilweise Folge und sprach aus, dass die Klageforderung mit € 9.240,-, die Gegenforderung hingegen zumindest in dieser Höhe zu Recht bestehe, und wies das Klagebegehren ebenso ab. Da der Bekl eine Minderung der Provision nicht begehrt habe, bestehe die Klageforderung in voller Höhe zu Recht. Allerdings stehe ihm ein Schadenersatzanspruch aufgrund des durch die Aufklärungspflichtverletzung der Kl entstandenen Vertrauensschadens zumindest in Höhe des Klagebetrags zu. Die oRev ließ das BerG nachträglich mit der Begründung zu, die Rechtsfrage, wie weit die Aufklärungspflicht eines Immobilienmaklers über den Wert der zu vermittelnden Immobilien reiche, gehe in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinaus.

Die Kl beantragt in ihrer Rev die Abänderung dahin, dass die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend festgestellt und der Klage stattgegeben werde.

Der Bekl beantragt in der RevBeantwortung, die Rev zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### Aus der Begründung:

Gem § 3 Abs 1 MaklerG hat der Makler die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Nach Abs 3 dieser Gesetzesstelle sind Makler und Auftraggeber verpflichtet, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben. Gem § 30 b Abs 2 KSchG zählen zu den erforderlichen Nachrichten, die der Immobilienmakler dem Auftraggeber nach § 3 Abs 3 MaklerG zu geben hat, jedenfalls auch sämtliche Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind. Diese Bestimmung spricht die Fachkenntnisse des Immobilienmaklers an, der seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen hat (4 Ob 8/02 h; 4 Ob 186/10 x).

Der Immobilienmakler ist Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen (RIS-Justiz RS0109996 [T 7]; 4 Ob 186/10 x). Er hat den Auftraggeber jedenfalls über sämtliche Umstände zu unterrichten, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind (4 Ob 8/02 h mwN; RS0109996 [T 8]). Eine besondere Nachforschungspflicht des Maklers besteht nicht; ihn trifft keine Aufklärungspflicht, die einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleichkommt (RS0112587). Die Beurteilung einer Pflichtverletzung ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der dem Makler erkennbaren Interessen des Auftraggebers vorzunehmen (RS0109996 [T 9]; 4 Ob 186/10 x).

Jedenfalls beim Alleinvermittlungsauftrag besteht wegen der weitreichenden Bindung des Auftraggebers die Pflicht des Maklers, sich nach Kräften für die Ausführung des Auftrags einzusetzen, den Makler

trifft dabei eine besondere Treuepflicht (RS0062783 [T 1]). Die Literatur sieht als wesentlichen Umstand teils ohne weitere Differenzierung auch die Angemessenheit des Preises an (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 30 b KSchG Rz 15). Das jüngere Schrifttum vertritt die Auffassung (Gartner/Karandi, MaklerG<sup>3</sup> § 3 Rz 27 mwN), dass ein Makler zu besonderen Informationen über die Angemessenheit des Kaufpreises – abgesehen von einem expliziten Auftrag oder auffälligen Preisdifferenzen – nicht generell verpflichtet ist. Dem folgend sprach der OGH zu 4 Ob 186/10 x aus, ein Doppelmakler sei im Rahmen des zwischen beiden Auftraggebern zu erwirkenden Interessenausgleichs nicht verpflichtet, dem Alter der Wohnung nicht entsprechenden Mängeln nachzuforschen, einen Kaufinteressenten im Rahmen der gemeinsamen Besichtigung der Wohnung auf sichtbare Schäden am Kaufobjekt hinzuweisen und diesen – ohne besonderen Auftrag – von sich aus darüber aufzuklären, dass der begehrte Kaufpreis den Verkehrswert bei Berücksichtigung dem Makler unbekannter, dem Alter der Wohnung nicht entsprechender Mängel geringfügig übersteigt.

Die Verletzung von Aufklärungspflichten macht den Immobilienmakler gegenüber seinem Auftraggeber nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig; § 3 Abs 4 Satz 1 MaklerG verweist auf allgemeines Schadenersatzrecht (vgl RS0116638; 4 Ob 186/10 x). Die Verletzung von Informationspflichten bei Abschluss des Vertrags gewährt nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht den Ersatz des Nichterfüllungsschadens, sondern nur jenes Schadens, den der Geschädigte im Vertrauen auf die korrekte Erfüllung des Maklervertrags erlitten hat. Zu ersetzen ist daher der Vertrauensschaden (RS0016377 [T 4]; 9 Ob 84/15 s). Der Geschädigte ist so zu stellen wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre (RS0016374; 1 Ob 75/18 p). Das zu leistende Interesse liegt in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis wäre, und dem nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich vorhandenen Vermögen (9 Ob 84/15 s).

Das BerG ist von diesen Grundsätzen der Rsp nicht abgewichen, wenn es davon ausging, der Kl sei im konkreten Fall eine Verletzung der ihr obliegenden Aufklärungspflicht anzulasten. Einerseits lag im Gegensatz zu dem zu 4 Ob 186/10 x entschiedenen Fall hier eine Abweichung des Kaufpreises vom tatsächlichen Verkehrswert in beträchtlicher Höhe vor; der von der Kl empfohlene Kaufpreis lag etwa 20% unter dem Marktwert, sodass die in der Rev ins Treffen geführte und dort verneinte Verpflichtung des Maklers, für beauftragte Objekte den genauen Verkehrswert zu ermitteln, hier gar nicht zur Diskussion steht. Eine derart massive Abweichung als äußerst unüblich und für einen Immobilienmakler auffällig zu beurteilen, ist unbedenklich (vgl auch das Sachverständigengutachten [ON 16]). Dazu kommt, dass der Bekl – an sich dem Marktwert entsprechend – von einem höheren Wert der zu verkaufenden Wohnung ausging, ein Mitarbeiter

der Kl ihm aber versicherte, als ein Experte mit Erfahrung werde er den richtigen Wert für die Wohnung ermitteln, sodass letztlich der Mindestkaufpreis im Alleinvermittlungsauftrag von € 780.000,- ausschließlich aufgrund der Einschätzung des für die Kl handelnden Immobilienmaklers festgelegt wurde. Auch wenn man selbst beim Alleinvermittlungsauftrag vom Makler keine besondere Information über die Angemessenheit des Kaufpreises verlangen wollte, wäre hier von dem im jüngeren Schrifttum genannten Ausnahmefall (expliziter Auftrag bzw auffällige Preisdifferenz) auszugehen. Die einzelfallbezogene Beurteilung des BerG, eine schadenersatzbegründende Pflichtverletzung des Maklers sei hier zu bejahen, ist daher keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung. Auch zur Ermittlung des Schadenersatzanspruchs des Bekl zeigt die Rev keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf. Bereits in der Entscheidung über den Abänderungsantrag wies das BerG zutreffend darauf hin, dass es – iS der bereits zitierten ständigen höchstgerichtlichen Rsp – dem Bekl ohnedies nur den Ersatz des Vertrauensschadens zugestanden habe, der jedenfalls bis zur Höhe der Klageforderung als nachgewiesen anzusehen sei. Der Frage, ob der Bekl hierzu ausreichende Prozessbehauptungen aufgestellt hat, kommt aufgrund ihrer Einzelfallbezogenheit keine erhebliche Bedeutung zu (RS0042828). Sein Vorbringen, die Kl habe ihm ein besseres Angebot einer Interessentin nicht einmal weitergeleitet, beim Verkauf zum marktkonformen Preis hätte er € 4.000,- pro Quadratmeter erzielt, dahin auszulegen, er habe ausreichend behauptet, er hätte die beiden Wohnungen bei pflichtgemäßer Information durch die Kl nicht um den von dieser vorgeschlagenen, sondern einen entsprechend höheren Kaufpreis veräußert, ist keine auch im Einzelfall aufzugreifende Fehlbeurteilung. Das ErstG stellte hier ausdrücklich fest, der Bekl hätte bei pflichtgemäßer Aufklärung über den tatsächlichen Wert der beiden Wohnungen diese nicht um den hier vereinbarten Preis verkauft. Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt auch von dem der E 9 Ob 84/15 s zugrundeliegenden Fall. Dort stand fest, dass der Verkäufer das Grundstück, das der Kl gekauft hatte, zu keinem niedrigeren Preis verkauft hätte, als der Kl dafür bezahlt hatte. Eine solche Feststellung fehlt hier, vielmehr gingen beide Vorinstanzen aufgrund der Feststellungen davon aus, bei ausreichender Aufklärung hätte der Beklagte die Wohnungen um einen zumindest um die Klageforderung erhöhten Kaufpreis veräußern können. Ob die Liegenschaft zum ermittelten Verkehrswert verkauft hätte werden können, ist hingegen rechtlich nicht relevant, weil Gegenstand der Entscheidung nur die Höhe der Klageforderung sein kann, somit ein Betrag von € 9.240,-, der nach der Beurteilung des BerG jedenfalls zusätzlich zu erzielen gewesen wäre. Die Kausalität der Pflichtverletzung der Kl dafür zu bejahen, dass der Bekl im Vertrauen auf die Auskunft der Kl die beiden Wohnungen um einen darunter liegenden Preis veräußert hat, ist daher nicht korrekturbedürftig. Die oRev war daher zurückzuweisen.

### Anmerkung:

*Die gegenständliche Entscheidung reiht sich in die bisher vom OGH zum Thema Aufklärungs- und Beratungspflichten von Immobilienmaklern angestellten Erwägungen und Entscheidungen ein. Aufschlussreich sind vor allem auch die aufgezeigten Unterschiede zu vergleichbaren früheren Entscheidungen. Gleichwohl auch auf Basis der stRsp vollkommen unstrittig ist, dass Immobilienmakler als Sachverständige iSd § 1299 ABGB zu einer entsprechenden Beratung und Aufklärung (nicht nur im Verbrauchergeschäft) verpflichtet sind und im Fall der Verletzung ihrer Aufklärungspflichten nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig werden, war der Umfang dieser Pflicht bereits Gegenstand diverser höchstgerichtlicher Entscheidungen (ua 4 Ob 8/02 h). Gemäß der bisherigen Rsp könne vom Immobilienmakler zwar erwartet werden, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen, eine umfassende Aufklärungspflicht, vergleichbar mit jener eines Rechtsanwalts, träfe diesen jedoch nicht (RS0112587). Klar aufgezeigt hat der OGH die Gegensätze zu dem der E 4 Ob 186/10x zugrundeliegenden Sachverhalt, bei welchem einerseits ein Doppelvermittlungsauftrag vorlag und somit entsprechend der stRsp seitens des Maklers ein Interessenausgleich zulasten seiner ansonsten umfassenden Aufklärungspflicht beider Parteien zu schaffen ist und weiters lediglich geringfügige Preisdifferenzen zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert streitgegenständlich waren. Der Immobilienmakler hat im Rahmen des ihm erteilten Auftrags grundsätzlich seine Marktkennntnisse und sein Hintergrundwissen beratend einzubringen. Erhaltene Informationen darf er zwar weitergeben, jedoch unter der Maßgabe, dass für ihn keine Veranlassung besteht, an der Richtigkeit einer ihm erteilten Information zu zweifeln, und er dabei auch nicht den Anschein erweckt, er habe diese Informationen überprüft (4 Ob 8/02 h). Im konkret vorliegenden Fall hat der Immobilienmakler diesen an ihn gestellten Anforderungen sogar gleich zweifach nicht entsprochen, indem er einerseits nicht nur erhaltene Informationen nicht (ausreichend) überprüft hat, sondern vielmehr den Kaufpreisvorschlag nach den getroffenen Feststellungen selbst erstellt bzw bestätigt hat. Andererseits handelt es sich bei einer Preisdifferenz von ca 20% um eine massive Unterschreitung, die bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt auffallen und zumindest zu einer entsprechenden Aufklärung führen hätte müssen. Diese Entscheidung entspricht der bisherigen, zu ähnlich gelagerten Fällen ergangenen Rsp. Im Hinblick auf die enorme Preisdifferenz gehen auch die Befürchtungen einer ausufernden Haftung von Immobilienmaklern ins Leere, da mit der gegenständlichen Entscheidung in Einklang mit der bisherigen Rsp auf offensichtliche Fehler abgestellt wird. Damit allein wird für den Immobilienmakler jedoch – ohne entsprechenden ausdrücklichen Auftrag – noch keine Pflicht zur Ermittlung eines konkreten Verkehrswerts oder zur Überprüfung des von dritter Seite angesetzten Werts geschaffen.*

Nadja Holzer

Mag. Nadja Holzer ist RA in Wien.