



Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Gitschthaler als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer, Dr. Faber, Mag. Pertmayr und Dr. Weber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20–22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei E* GmbH, *, vertreten durch Weimann Kesselgruber Rechtsanwalts OG in Wien, wegen 1.935,70 EUR sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 7. August 2023, GZ 1 R 91/23p-23, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 3. März 2023, GZ 14 C 281/22h-19, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

- [1] Die Rechtsvorgängerin der beklagten Immobilienmaklerin (in der Folge ebenfalls als Beklagte bezeichnet) vermittelte M* P*, einem Verbraucher (in der Folge: Mieter), einen auf drei Jahre befristeten Mietvertrag über eine Wohnung in Wien. Aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Provisionsvereinbarung vom 13. 6. 2017 und der Rechnung der Beklagten vom 8. 9. 2017 bezahlte der Mieter am 8. 9. 2017 an die Beklagte die vereinbarte Vermittlungsprovision von zwei Bruttomonatsmieten in Höhe des Klagsbetrags.
- [2] Die Beklagte war Alleingesellschafterin der damaligen Hausverwaltung, einer GmbH, die den Mietvertrag namens der Liegenschaftseigentümerin abschloss. Der Mieter wurde nicht schriftlich auf das Naheverhältnis bzw die gesellschaftlichen Verflechtungen zwischen der Hausverwaltung und der Beklagten hingewiesen.
- [3] Der Mieter trat seine Ansprüche gegenüber der Beklagten im Zusammenhang mit der für die Vermittlung des Bestandobjekts geleisteten Maklerprovision zum Inkasso und zur Klagsführung an die Klägerin ab.
- [4] Die **Klägerin** begehrt mit ihrer am 2. 6. 2022 eingebrachten Klage die Rückzahlung der geleisteten Maklerprovision und brachte vor, die Rechtsvorgängerin der Beklagten hätte den Mieter auf das bestehende Naheverhältnis zur Hausverwaltung hinweisen müssen. Da der Hinweis unterblieben sei, bestehe kein Provisionsanspruch und die Zahlung sei rechtsgrundlos erfolgt, weshalb sie zurückgefordert werden könne. Selbst bei einem Hinweis wäre nur die Hälfte des Provisionsanspruchs zugestanden. Der Anspruch sei nicht verjährt. Es komme hier die 30-jährige

Verjährungsfrist zur Anwendung. Überdies sei auch § 27 MRG – zumindest analog – anzuwenden, der eine zehnjährige Verjährungsfrist festlege.

[5] Die **Beklagte** wendete ein, es liege kein Naheverhältnis vor, über das sie hätte aufklären müssen. Zudem sei der Anspruch verjährt, weil hier die dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung komme. Eine – auch analoge – Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 27 MRG scheide aus bzw sei diese Bestimmung nicht einschlägig.

[6] Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Das vermittelte Bestandsobjekt habe lediglich dem Teilanwendungsbereich des MRG (§ 1 Abs 4 MRG) unterlegen. Die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 27 MRG scheide daher aus. Es habe eine wirtschaftliche Nahebeziehung bestanden, sodass die Verrechnung der Provision nach § 6 Abs 4 MaklerG nicht zulässig gewesen sei; nach § 21 Abs 1 ImmMV hätte höchstens die Hälfte der Provision verrechnet werden dürfen. Der Anspruch sei aber verjährt, weil hier die dreijährige Verjährungsfrist nach § 11 MaklerG zur Anwendung komme.

[7] Das **Berufungsgericht** verwies die Rechtssache an das Erstgericht zurück. Es war, der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 236/22k folgend, der Ansicht, der hier geltend gemachte Rückforderungsanspruch zufolge rechtsgrundloser Zahlung unterliege der dreijährigen Verjährungsfrist des § 11 MaklerG. Die zehnjährige Verjährungsfrist des § 27 Abs 3 MRG könne nicht analog herangezogen werden. Auch § 11 Satz 2 MaklerG über die Hemmung der Verjährung sei auf den Rückforderungsanspruch des Auftraggebers anzuwenden, weil diesem keine besondere Sach- und Rechtskenntnis zukomme und er daher

schutzwürdiger als der Makler sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn es sich beim Auftraggeber um einen Verbraucher handle. Demnach wäre die Verjährung des Rückforderungsanspruchs somit allenfalls solange gehemmt, als der Auftraggeber vom anspruchsbegründenden Sachverhalt keine Kenntnis gehabt habe. Allerdings seien diese Aspekte bislang unerörtert geblieben. Zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung sei daher die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben, und die Sach- und Rechtslage mit den Parteien zu erörtern. Im fortgesetzten Verfahren sei zu prüfen, ob die dargelegte Hemmung der Verjährung hier zum Tragen komme.

[8] Das Berufungsgericht ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu, weil die Ausführungen zur Anwendung des § 11 Satz 2 MaklerG über die Hemmung der Verjährung auf den Rückforderungsanspruch des Auftraggebers in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 236/22k als obiter dictum erfolgt seien und diese Frage auch im Hinblick auf einen mietrechtlichen Fall bislang nicht Gegenstand höchstgerichtlicher Entscheidungen gewesen sei. Ebenso sei eine allfällige analoge Geltung der zehnjährigen Verjährungsfrist nach § 27 Abs 3 MRG bislang nicht vom Obersten Gerichtshof behandelt worden.

[9] Der **Rekurs** der **Beklagten** ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund **zulässig**; er ist aber **nicht berechtigt**.

[10] Der Rekurs wendet sich lediglich gegen die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht, wonach die Regelung über die Fortlaufshemmung nach § 11 Satz 2 MaklerG zum Tragen komme und demnach eine Verjährung des Rückforderungsanspruchs allenfalls solange gehemmt

wäre, als der Auftraggeber vom anspruchsbegründenden Sachverhalt keine Kenntnis gehabt habe.

Hiezu wurde erwogen:

[11] 1. Die Klägerin ist gesetzlich befugt, individuelle Ansprüche, die ihr zur Geltendmachung abgetreten werden, klageweise geltend zu machen (§ 502 Abs 5 Z 3 ZPO). Diese Befugnis erfasst Ansprüche (unabhängig von ihrer Natur), die abgetreten werden können und deren Wahrnehmung in den Aufgabenbereich der in § 29 KSchG genannten Verbände fällt (RS0122125). Die Klageforderung fällt in den Aufgabenbereich der Klägerin (vgl § 4 Abs 2 Z 5 Arbeiterkammergesetz 1992 [AKG]). Diese ist daher berechtigt, die vom Mieter abgetretene Geldforderung geltend zu machen. Damit ist die Revision gemäß § 502 Abs 5 Z 3 ZPO unabhängig von der Höhe des Streitwerts zulässig.

[12] 2. Es ist nicht strittig, dass der gegenständliche Mietvertrag lediglich dem Teilanwendungsbereich des MRG (§ 1 Abs 4) unterlag. In dritter Instanz ist auch nicht mehr strittig, dass der Beklagten kein Provisionsanspruch zustand, weil sie den Mieter entgegen § 6 Abs 4 MaklerG iVm § 30b KSchG nicht schriftlich auf das wirtschaftliche Naheverhältnis zur Verkäuferin der Wohnung hingewiesen hatte. Nach diesen Bestimmungen hat der Makler keinen Provisionsanspruch, wenn er den Auftraggeber auf das wirtschaftliche Naheverhältnis zur Hausverwaltung (vgl dazu 3 Ob 294/03m; RS0114077 [T2]) und damit auf die mögliche Interessenkollision nicht (unverzüglich und schriftlich) hingewiesen hat (vgl 3 Ob 236/22k [ErwGr 1.]; 1 Ob 79/01a; RS0115498).

[13] 3. Nach der Rechtsprechung können Provisionszahlungen bei einem Verstoß gegen § 6 Abs 4 MaklerG als rechtsgrundlose Zahlung einer Nichtschuld

gemäß § 1431 ABGB zurückgefordert werden (3 Ob 236/22k [ErwGr 2.1.]; vgl 3 Ob 294/03m).

[14] 4. Für den hier geltend gemachten Rückforderungsanspruch der Klägerin iSd § 1431 ABGB gelangt die dreijährige Verjährungsfrist des § 11 MaklerG unmittelbar zur Anwendung:

[15] 4.1. Der Oberste Gerichtshof hat jüngst mit ausführlicher Begründung ausgesprochen, dass dann, wenn der Auftraggeber die Provision trotz eines fehlenden Hinweises nach § 6 Abs 4 Satz 3 MaklerG irrtümlich rechtsgrundlos zahlt, für seinen Rückforderungsanspruch iSd § 1431 ABGB die dreijährige Verjährungsfrist des § 11 MaklerG unmittelbar zur Anwendung gelangt (3 Ob 236/22k = RS0134334).

[16] 4.2. Die Revisionsrekursbeantwortung greift die Entscheidungskritik *Bergers* (Zur Verjährung der Rückforderung von Maklerprovisionen, ImmoZak 2023, 66) auf, wonach aus den Materialien (RV 2 BlgNR 20. GP 23) ersichtlich sei, dass § 11 MaklerG die Bestimmungen in § 29 HVertrG 1993 iVm § 29 HVG 1921 iVm § 17 HVG 1921 ersetzt habe. Nach diesen Bestimmungen verjährten ausdrücklich nur Provisionen und Barauslagen, nicht jedoch bereicherungsrechtliche Ansprüche. In Zusammenschau mit § 10 MaklerG spreche einiges dagegen, dass der Gesetzgeber hier eine wesentliche Ausdehnung der vorangegangenen Verjährungsbestimmungen bezweckte, obwohl die Materialien im Zusammenhang mit der Vorgängerregelung nur darauf hinwiesen, dass diese insofern geändert werde, als nicht mehr an den Abrechnungszeitpunkt angeknüpft werde.

[17] Der Oberste Gerichtshof hat sich in der genannten Entscheidung jedoch auch mit den Gesetzesmaterialien beschäftigt (3 Ob 236/22k [ErwGr 4.2.]

und ausgeführt, dass § 11 MaklerG den primären Zweck verfolgt, die Regelung des § 1486 Z 6 ABGB, die vor allem Entgeltansprüche (und Ansprüche auf Auslagenersatz) bestimmter selbständiger (freiberuflicher) Berufsgruppen der dreijährigen Verjährungsfrist unterwirft, auf die Provisionsansprüche der Makler zu übertragen. Die Entscheidung setzte sich auch damit auseinander, dass in den Gesetzesmaterialien die Regelung des § 11 MaklerG zwar in erster Linie damit begründet werde, dass „Forderungen aus Maklerverträgen“ in § 1486 Z 6 ABGB nicht aufgezählt seien, jedoch der Gesetzgeber die Wendung „Ansprüche aus dem Makler[*vertrags*]verhältnis“ verwendet hat und dieser Begriff weiter geht als der Begriff „Maklervertrag“. Den von *Berger* ins Treffen geführten weiteren gegenteiligen Lehrmeinungen (*Fromherz*, MaklerG § 11 Rz 2 und 4; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 11 Rz 3 und 5 [daran anknüpfend auch *Kothbauer* in *GeKo Wohnrecht II* § 11 MaklerG Rz 3; *Humpel/Michtner* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht⁴ § 11 MaklerG Rz 2; *Noss*, Maklerrecht⁴ § 11 Rz 85]) folgte die Entscheidung mit Verweis auf den anderslautenden Gesetzeswortlaut nicht.

[18] Damit spricht diese Entscheidung den Vorrang der grammatikalischen und der systematisch-logischen Auslegung an (vgl RS0008765) und knüpft ihr Ergebnis an den Gesetzeswortlaut. Denn die historische Auslegung, die Feststellung des Willens des geschichtlichen Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien, bedarf besonderer Vorsicht, weil die Norm mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen über der Meinung der Redaktoren steht (vgl RS0008776; RS0008800).

[19] 4.3. Aus der kurz vor der genannten Entscheidung ergangenen Entscheidung 7 Ob 40/23t ist nichts Gegenteiliges zu gewinnen, weil dort kein Anspruch aus einem

Maklervertragsverhältnis zu beurteilen war, sondern eine Verpflichtung der dort Beklagten aus der Abrechnung treuhändig eingehobener Versicherungsprovisionen (7 Ob 40/23t [ErwGr 5.2.]).

[20] 4.4. Das Auslegungsergebnis der Entscheidung 3 Ob 236/22k steht überdies im Einklang mit dem in der jüngeren Rechtsprechung in Ansehung der Verjährung von Kondiktionsansprüchen verfolgten differenzierenden Ansatz, demzufolge die Verjährung analog nach der Art des Anspruchs zu beurteilen ist, an dessen Stelle die Kondiktion tritt (vgl 8 Ob 110/16h; 7 Ob 137/18z; 9 Ob 44/21t). Es besteht insbesondere eine klare Tendenz der Rechtsprechung, die dreijährige Verjährungsfrist des § 1486 ABGB auch auf (Bereicherungs-)Ansprüche zu erstrecken, die funktionell vertraglichen Erfüllungsansprüchen ähneln oder wirtschaftlich an deren Stelle treten (ausführlich 6 Ob 112/22x [ErwGr 3.3.]; 4 Ob 181/13s; 10 Ob 62/16i; 9 Ob 2/17k). So ist nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung (8 ObA 5/13p) auf Kondiktionsansprüche aus einem ungültigen, ansonsten aber § 1486 ABGB unterliegenden Rechtsgeschäft die in dieser Bestimmung angeordnete kurze Verjährung anzuwenden (6 Ob 112/22x [ErwGr 3.3.]; RS0034137 [T6]). Diese Grundsätze wurden auch bereits im Zusammenhang mit § 1486 Z 6 ABGB judiziert (8 Ob 145/19k [Bereicherungsanspruch eines Klienten wegen überhöhter Rechtsanwalts honorare]; 10 Ob 148/05w), welche Regelung durch § 11 MaklerG auf die Ansprüche aus dem Maklervertragsverhältnis übertragen werden sollte (vgl 3 Ob 236/22k [ErwGr 4.2.]).

[21] 4.5. § 27 MRG ist im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar (vgl § 1 Abs 4 MRG). Eine dem gewonnenen Auslegungsergebnis entgegenstehende

Wertungsdivergenz zu § 27 Abs 3 MRG (so *Prader*, Immobilienmaklerrecht³ § 6 Anm 4 aE) ist ebenfalls nicht zu erblicken. Denn die für den dort geregelten Sonderfall angeordnete (längere) zehnjährige Verjährungsfrist bewirkt weder eine Schlechterstellung des durch den Vollenwendungsbereich geschützten Mieters noch bedeutet die in § 27 Abs 1 Z 3 MRG verpönte und sogar mit Verwaltungsstrafe bedrohte (§ 27 Abs 5 MRG) Leistung eines offenbar übermäßigen Vermittlungsentgelts eine bloß „geringere“ Verfehlung des Maklers als ein Verstoß gegen die Hinweispflicht des § 6 Abs 4 letzter Satz MaklerG.

[22] 4.6. Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass für eine analoge Anwendung der Verjährungsfrist des § 27 Abs 3 MRG schon aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 11 MaklerG kein Raum verbleibt, weil insoweit keine zu schließende planwidrige Gesetzeslücke vorliegt (RS0008866 [T1, T2, T4, T7]).

[23] 4.7. Für ein Abgehen von der Entscheidung 3 Ob 236/22k besteht daher kein Anlass.

[24] 5. § 11 Satz 2 MaklerG über die Hemmung der Verjährung (des Verjährungsbeginns) ist für den hier zu beurteilenden Rückforderungsanspruch des Auftraggebers analog anzuwenden:

[25] 5.1. Allgemein beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem das Recht nach objektiven Gesichtspunkten erstmals geltend gemacht werden kann, grundsätzlich also mit Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs (vgl RS0034343). Dementsprechend normiert auch § 11 MaklerG, dass die Verjährung ab Fälligkeit beginnt. Bei einem Bereicherungsanspruch nach § 1431 ABGB beginnt die Verjährungsfrist nach der Rechtsprechung grundsätzlich mit der rechtsgrundlosen Leistungserbringung (RS0020197;

3 Ob 236/22k [ErwGr 5.2.]; 8 Ob 145/19k), im vorliegenden Fall also mit der Zahlung der Provision durch den Mieter.

[26] Soweit das Gesetz keine Ausnahmen macht, hat die Kenntnis des Berechtigten vom Bestehen des Anspruchs oder der Person des Verpflichteten keinen Einfluss auf den Beginn der Verjährung (5 Ob 115/23g [ErwGr 2.]; RS0034337; RS0034343; RS0034445; RS0034248 [T7, T8, T9, T12]). Die im Regelfall irrelevante Unkenntnis des Anspruchsinhabers hindert den Beginn der Verjährungsfrist lediglich dann, wenn sie auf ein arglistiges Verhalten des Anspruchsgegners zurückzuführen ist (RS0034292). Daher tritt nach ständiger Rechtsprechung ganz grundsätzlich die Verjährung eines Rechts – außerhalb von an die Kenntnis anknüpfenden besonderen Verjährungsregeln wie insbesondere § 1489 ABGB – auch dann ein, wenn der Berechtigte keine Kenntnis von diesem Recht hatte (9 ObA 113/18k [ErwGr 2.3.]; RS0034337).

[27] 5.2. Eine solche Ausnahme sieht auch § 11 Satz 2 MaklerG vor. Nach dieser Bestimmung beginnt die Verjährung – im Sinn einer Fortlaufshemmung – erst mit Kenntnis des Maklers vom Zustandekommen des vermittelten Geschäfts, also des nach § 7 Abs 1 MaklerG anspruchsbegründenden Sachverhalts (vgl RS0127104). Dadurch soll der Makler, der vom Geschäftsabschluss nicht erfahren konnte, vor dem Verlust seines Provisionsanspruchs durch Verjährung geschützt werden. Aufgrund der gegenseitigen Interessenwahrungspflicht, speziell der Benachrichtigungspflicht gemäß § 3 Abs 3 MaklerG, muss der Auftraggeber den Makler vom Abschluss eines erfolgreich vermittelten Geschäfts informieren (3 Ob 236/22k [ErwGr 5.3.]; vgl RV 2 BlgNR 20. GP 23).

[28] 5.3. Der gegenseitigen Interessenwahrungspflicht dient aber auch die Hinweispflicht des § 6 Abs 4 Satz 3 MaklerG. Wie dem Makler vom Abschluss des erfolgreich vermittelten Geschäfts kommt auch dem Auftraggeber im Regelfall keine besondere Sachkenntnis über bestehende familiäre oder wirtschaftliche Naheverhältnisse des Maklers iSd § 6 Abs 4 MaklerG zu. Zugkräftige Gründe, weshalb der Makler vor dem Verlust seines Provisionsanspruchs durch Verjährung geschützt wird, ein solcher Schutz dem Auftraggeber hinsichtlich eines wegen der Verletzung des § 6 Abs 4 MaklerG bestehenden Rückforderungsanspruchs jedoch nicht zukommen sollte, sind nicht erkennbar. Daher ist § 11 Satz 2 MaklerG über die Hemmung der Verjährung (des Verjährungsbeginns) gleichermaßen für den hier zu beurteilenden Rückforderungsanspruch des Auftraggebers analog anzuwenden (in diesem Sinne schon 3 Ob 236/22k [ErwGr 5.4.]; insoweit zustimmend auch *Berger*, Zur Verjährung der Rückforderung von Maklerprovisionen, ImmoZak 2023, 66).

[29] 5.4. Damit ist die Verjährung dieses Rückforderungsanspruchs des Auftraggebers solange gehemmt, als er vom anspruchsbegründenden Sachverhalt keine Kenntnis hatte. Der für die Begründung des Rückforderungsanspruchs nach § 6 Abs 4 MaklerG maßgebende Sachverhalt betrifft jene Umstände, die das Bestehen eines familiären oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses begründen, und das Fehlen des diesbezüglichen Hinweises des Maklers auf dieses Naheverhältnis.

[30] 5.5. Auf einen daraus resultierenden Entfall des Provisionsanspruchs muss der Makler den Auftraggeber hingegen nicht hinweisen. Nicht entscheidend für den Beginn

des Laufs der Verjährungsfrist ist auch, ob und wann der Auftraggeber neben dem anspruchsbegründenden Sachverhalt auch Kenntnis von seinem sich daraus ergebenden Rückforderungsanspruch erlangt (so im Ergebnis auch 3 Ob 236/22k [ErwGr 5.5.]). Dies ergibt sich schon aus den erörterten Grundsätzen, wonach die Verjährung eines Rechts auch dann eintritt, wenn der Berechtigte keine Kenntnis von diesem Recht hatte (Punkt 5.1.). Daran ändert eine Verbrauchereigenschaft des Berechtigten (hier des Auftraggebers) nichts (vgl 5 Ob 115/23b; 3 Ob 236/22k [ErwGr 5.5.]).

[31] Der Anwendungsbereich des Unionsrechts ist im vorliegenden Fall nicht eröffnet. Schon deshalb steht der dargelegten nationalen Rechtslage die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) im Zusammenhang mit der Verjährung von aus missbräuchlichen Klauseln abgeleiteten Ansprüchen von Verbrauchern (vgl die Erwägungen in 3 Ob 236/22k [ErwGr 5.4.] unter Hinweis auf EuGH C-776/19, *BNP Paribas Personal Finance*, [Rn 46]; C-80/21, *DBP*, [Rn 98]) nicht entgegen.

[32] 6. Es hat daher bei der vom Berufungsgericht beschlossenen Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung und Zurückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zu bleiben. Dabei wird die Beklagte Gelegenheit haben, ihr diesbezügliches, erstmals im Rekurs vorgetragenes und damit gegen das Neuerungsverbot verstoßendes Tatsachenvorbringen zur behaupteten Kenntnis des Mieters vom Naheverhältnis der Beklagten zur Hausverwalterin zu erstatten und unter Beweis zu stellen.

[33] 7. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 20. September 2024
Dr. G i t s c h t h a l e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: