

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Höllwerth, die Hofrätin Dr. Grohmann sowie die Hofräte Mag. Wurzer und Mag. Painsi als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Dkfm. H***** G*****, und 2. E***** G*****, beide vertreten durch Dr. Christof Joham und Mag. Andreas Voggenberger, Rechtsanwälte in Eugendorf, gegen die beklagte Partei H***** GmbH, *****, vertreten durch Ferner Hornung & Partner Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen 46.000 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 11. April 2016, GZ 6 R 205/15g-16, mit dem das Zwischenurteil des Landesgerichts Wels vom 11. November 2015, GZ 26 Cg 92/15f-11, abgeändert wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben. Die Rechtssache wird dem Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Das beklagte Maklerunternehmen wurde von der Verkäuferin mit dem Verkauf einer Eigentumswohnung im Schloss M***** beauftragt. Sie bzw ihre Mitarbeiterin erhielt von Verkäuferseite die Information, dass zur Wohnung auch ein Tiefgaragenplatz, ein Kellerabteil sowie ein Nutzungsrecht am Wellness-Bereich gehören. Bei einer Besichtigung wurden der Mitarbeiterin der beklagten Partei die Wohnung und der Wellness-Bereich gezeigt. Dieser konnte so wie der Aufzug mit Hilfe des Wohnungsschlüssels gesperrt werden. Der Vertreter der Verkäuferin übergab diesen Schlüssel an die Mitarbeiterin der beklagten Partei. Diese vertraute aufgrund der Besichtigung und des Wissens, dass der Wellness-Bereich von den damaligen Mietern der Wohnung genutzt wurde, darauf, dass das behauptete Nutzungsrecht auch tatsächlich bestand. Daran änderte die Tatsache nichts, dass der ausgedruckte, durchgelesene und zu den Akten genommene Grundbuchsatzzug ein solches Nutzungsrecht nicht aufwies.

Der Erstkläger erfuhr durch einen Blick in die Auslage der beklagten Partei von dieser Wohnung. Er bat um eine Besichtigung, bei der ihm die Mitarbeiterin der beklagten Partei Wohnung, Tiefgarage und Wellness-Bereich zeigte. Das den Klägern übergebene Exposé erwähnte ausdrücklich, dass für den Wellness-Bereich des Schlosshotels ein Nutzungsrecht

bestehe. Das von der beklagten Partei verfasste Kaufanbot vom 5. 1. 2011 bezeichnet als Kaufgegenstand Wohnungseigentum an der Wohnung inklusive Tiefgaragenplatz, Kellerabteil und Nutzungsrecht am Wellness-Bereich. Der Kaufvertrag vom 3. 2. 2011, den ein Bekannter der Klägerin erstellt hatte, wies die Miteigentumsanteile verbunden mit Wohnungseigentum an der Wohnung und dem Tiefgaragenplatz durch einen Auszug aus dem Grundbuch aus. Es kann nicht festgestellt werden, warum entgegen dem Kaufanbot das Nutzungsrecht am Wellness-Bereich nicht als Teil des Kaufgegenstands aufschien.

Dem Kaufpreis von 230.000 EUR liegt die Annahme zugrunde, dass mit dem Kauf ein Dauerbenutzungsrecht am Wellnessbereich verbunden ist. Der Wert der Wohnung mit Nutzungsrecht ist höher als jener ohne. Die Kläger hätten die Wohnung ohne dauerhaftes Nutzungsrecht nicht bzw jedenfalls nicht zum vereinbarten Kaufpreis erworben. Der Mitarbeiterin der beklagten Partei war klar, dass den Klägern der Wellness-Bereich außerordentlich gut gefallen hat.

Die Wohnung war bereits zum Zeitpunkt des Kaufes und ist auch derzeit vermietet. Nach dem bestehenden Mietvertrag ist die Nutzung des Wellness-Bereichs im Mietzins inbegriffen. Alle Mieter konnten den Wellness-Bereich noch nutzen, bis im Jänner 2015 das Schlosshotel M***** verkauft wurde. Seither ist den Klägern (ihren Mietern) der Zugang zum Wellness-Bereich verwehrt, weil das Türschloss ausgetauscht wurde. Der Voreigentümer hatte das nicht verbücherte Nutzungsrecht unentgeltlich gewährt.

Die **Kläger** begehren 46.000 EUR als Schadenersatz. Die Beklagte habe ausdrücklich zugesagt, dass für den Wellness-Bereich ein Nutzungsrecht bestehe. Es habe sich entgegen dieser Zusicherung offensichtlich nur um ein prekariertes, jederzeit widerrufbares bloßes Entgegenkommen des Voreigentümers gehandelt. Die Kläger seien durch die unrichtigen Zusagen der beklagten Partei in Irrtum geführt worden. Sie hätten bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände die Wohnung nicht gekauft bzw keinesfalls zum Kaufpreis von 230.000 EUR. Ohne das zugesicherte Nutzungsrecht des Wellness-Bereichs sei der Verkehrswert der erworbenen Wohnung zumindest um 20 % (46.000 EUR) zu mindern. Das Nutzungsrecht sei nicht im Grundbuch einverleibt gewesen. Soweit die beklagte Partei darauf vertraut habe, dass ein solches Recht schuldrechtlich sichergestellt sei, hätte sie diesem Umstand nachgehen und die Kläger darüber informieren müssen, dass der schuldrechtliche Vertrag im Detail nicht bekannt sei. Sie hätte die Kläger auch informieren müssen, dass sie die Information über dieses Nutzungsrecht ausschließlich von Verkäuferseite erhalten habe.

Die **beklagte Partei** wendete insbesondere ein, sie habe keinen Anlass gehabt, an den Angaben der Verkäuferin zu zweifeln. Sie habe nur deren Informationen weitergegeben. Auch die damaligen Mieter der Wohnung hätten bestätigt, Zugang zum Wellness-Bereich gehabt und diesen während der dreijährigen Laufzeit des Mietvertrags regelmäßig benützt zu haben. Im Kaufvertrag finde sich kein Nutzungsrecht. Es sei daher jedenfalls davon auszugehen, dass die Kläger im Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung davon gewusst hätten, dass es sich hier nicht um ein grundbücherlich sichergestelltes Nutzungsrecht oder eine

außerbücherliche Servitut handle. Die Kläger hätten den Vertrag auch ohne Nutzungsrecht geschlossen. Die Verkäuferin hätte die Wohnung nicht zu einem günstigeren Preis veräußert.

Das **Erstgericht** sprach ausgehend von dem eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt aus, dass das Leistungsbegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. Rechtlich folgte es, dass die beklagte Doppelmaklerin verpflichtet gewesen sei, die Interessen beider Parteien zu wahren. Eine besondere Nachforschungspflicht eines Maklers bestehe an sich nicht. Erhalte der Immobilienmakler vom Verkäufer Informationen, so sei er grundsätzlich nicht zu weiteren Nachforschungen verpflichtet. Dies gelte allerdings nur solange, als für ihn keine Veranlassung bestehe, an deren Richtigkeit zu zweifeln. Die Mitarbeiterin der beklagten Partei habe gute Gründe für die Annahme gehabt, dass ein Nutzungsrecht am Wellness-Bereich bestehe. Die nach Einsicht ins Grundbuch gewonnene Kenntnis, dass dieses Recht nicht verbüchert sei, sei aber geeignet gewesen, berechtigte Zweifel am tatsächlichen Bestehen des Rechts zu wecken. Der Mitarbeiterin der Beklagten sei bekannt gewesen, dass den Klägern gerade dieses Nutzungsrecht besonders wichtig gewesen sei. Sie wäre deshalb verpflichtet gewesen, der Rechtsnatur des Nutzungsrechts näher auf den Grund zu gehen oder die Kläger zumindest über die Tatsache der nicht erfolgten Verbücherung zu informieren. Die Kläger seien um die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten Kaufpreis und jenem fiktiven Kaufpreis geschädigt, der für die Wohnung exklusive Nutzungsrecht zum Kaufzeitpunkt angemessen gewesen wäre.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der beklagten Partei Folge und wies das Klagebegehren ohne Behandlung der Beweisrüge ab. Die ordentliche Revision ließ es nicht zu. In der rechtlichen Beurteilung ließ es offen, ob die unterlassene Aufklärung über die Rechtsnatur eines nicht verbücherten Nutzungsrechts tatsächlich eine Pflichtverletzung eines Doppelmaklers darstelle. Den Klägern sei jedenfalls nur der Vertrauensschaden, nicht aber das positive Erfüllungsinteresse zu ersetzen. Sie seien so zu stellen, wie sie stünden, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Es fehle aber an der Behauptung eines hypothetischen alternativen Geschehensablaufs. Die Kläger hätten behauptet, bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände die Wohnung nicht bzw keinesfalls zu diesem Kaufpreis gekauft zu haben. Damit legten sie sich nicht auf einen bestimmten hypothetischen alternativen Geschehensablauf fest, welcher der Berechnung eines Vertrauensschadens zugrunde gelegt werden könnte. In Wahrheit machten sie einen Nichterfüllungsschaden geltend, indem sie die Minderung des Verkehrswerts beehrten. Das Klagebegehren wäre jedenfalls aufgrund des berechtigten Mitverschuldenseinwands der beklagten Partei zur Hälfte abzuweisen. Der von einem Bekannten der Kläger verfasste Kaufvertrag beinhalte kein Nutzungsrecht für den Wellness-Bereich. Diese fehlende Regelung des nach ihren Behauptungen für den Kaufentschluss entscheidenden Nutzungsrechts hätte den Klägern bei Durchsicht und Unterfertigung des Kaufvertrags auffallen müssen.

Die **außerordentliche Revision** der **Kläger** ist zulässig und mit ihrem Aufhebungsantrag auch berechtigt.

1. Die beklagte Partei ist unstrittig als Doppelmaklerin tätig geworden. Das Verbot der sogenannten

Doppeltätigkeit gemäß § 5 Abs 1 MaklerG besteht unter anderem dann nicht, wenn für den betreffenden Geschäftszweig ein abweichender Geschäftsgebrauch existiert. Das ist für den Geschäftszweig der Immobilienmakler der Fall (RIS-Justiz RS0062688).

2. Gemäß § 3 Abs 1 MaklerG hat der Makler die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren. Dies gilt auch, wenn er zugleich für den Dritten tätig ist.

3. § 3 Abs 3 MaklerG verpflichtet Makler und Auftraggeber, einander die erforderlichen Nachrichten zu geben. Im Verbrauchergeschäft zählen dazu gemäß § 30b Abs 2 KSchG jedenfalls auch sämtliche Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelten Geschäfts wesentlich sind. Diese Bestimmung spricht die Fachkenntnisse des Immobilienmaklers an, der seine Marktkenntnisse und sein Hintergrundwissen einzubringen hat (4 Ob 186/10x; 9 Ob 84/15s je mwN).

4. Der Immobilienmakler ist Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, weshalb von ihm erwartet werden kann, über einschlägige Probleme Bescheid zu wissen und richtige Auskünfte zu erteilen (2 Ob 176/10m; 1 Ob 192/15i; RIS-Justiz RS0109996 [T14]). Eine besondere Nachforschungspflicht besteht an sich nicht. Es trifft ihn auch keine Aufklärungspflicht, die einer anwaltlichen Beratungstätigkeit gleichkommt (RIS-Justiz RS0112587). Der Makler muss sämtliche Informationen weitergeben und sich nur dann über deren Wahrheitsgehalt vergewissern, wenn er aufgrund anderer Umstände den Verdacht hat, dass diese Informationen nicht stimmen. In Fällen der ungeprüften Weitergabe darf er nicht den Eindruck erwecken, er habe den

Wahrheitsgehalt überprüft (*Gartner/Karandi* MaklerG² § 3 MaklerG Rz 13 mwN).

5. Bei Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Konsumenten wird der Immobilienmakler zumindest den Wohnungseigentumsvertrag einsehen und den Käufer über Besonderheiten dieses Vertrags aufklären müssen, wenn dieser von wesentlicher Bedeutung ist, wie etwa bei Bestehen eines abweichenden Aufteilungsschlüssels oder einer besonderen Benützungregelung. Er sollte sich auch durch Einsicht in das Grundbuch Kenntnis über den Umfang des ausschließlichen Nutzungsrechts des Wohnungseigentümers verschaffen, also insbesondere prüfen, welche Räume und Flächen Zubehör-Wohnungseigentum sind oder aufgrund einer wirksamen Benützungregelung (§ 17 WEG 2002) nur vom Käufer der Eigentumswohnung benützt werden dürfen (vgl. *Gartner/Karandi* aaO Rz 22).

6. Das Erstgericht hat nach diesen Kriterien zu Recht eine Verletzung der Aufklärungspflicht angenommen. Die beklagte Partei kannte das besondere Interesse der Kläger an der Nutzung des Wellness-Bereichs. Das im Exposé und im von der Maklerin verfassten Kaufanbot genannte Nutzungsrecht war im Grundbuch nicht eingetragen. Dies war der beklagten Partei bekannt. Die Maklerin war zwar nicht verpflichtet, sämtliche rechtlich in Betracht kommenden Rechtsgründe für ein derartiges Nutzungsrecht (obligatorisches Benützungsrecht, Prekarium, Benützungvereinbarung nach WEG) selbst umfassend zu prüfen oder einen Rechtsanwalt mit der Prüfung zu beauftragen. Es wäre ihr aber zumutbar gewesen, sich danach zu erkundigen, aus welchem Titel das Recht eingeräumt wird und den Interessenten Zweifel an einem dauernden, auch

Einzelrechtsnachfolger bindenden Nutzungsrecht offen zu legen.

7. Diese Verletzung von Aufklärungspflichten machte die beklagte Immobilienmaklerin nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig (RIS-Justiz RS0116638). Den Klägern ist der Vertrauensschaden, nicht aber das positive Erfüllungsinteresse zu ersetzen (9 Ob 84/15s; *Gartner/Karandi* aaO Rz 30).

8. Wird der Ersatz des Vertrauensschadens begehrt, ist der Geschädigte so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre (RIS-Justiz RS0016374 ua). Das zu leistende Interesse liegt in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie es sich im Beurteilungszeitpunkt ohne schädigendes Ereignis darstellen würde und demnach dem schädigenden Ereignis tatsächlich vorhandenen Vermögensstand (RIS-Justiz RS0030153; 1 Ob 192/15i).

9. Eine Unterlassung ist dann für den Schaden kausal, wenn die Vornahme der gebotenen Handlung das Eintreten des Erfolgs verhindert hätte (RIS-Justiz RS0022913; 9 Ob 84/15s mwN). Die Beweislast, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre, trifft den Geschädigten (RIS-Justiz RS0022900 [T5, T11]). Es sind an den Beweis des bloß hypothetischen Kausalverlaufs geringere Anforderungen zu stellen als an den Nachweis bei der Verursachung einer Schadenszufügung durch positives Tun (RIS-Justiz RS0022900 [T14]).

10. Die Kläger legen ihrem ausdrücklich auf Schadenersatz gestütztem Begehren zwei, einander ausschließende mögliche Geschehensabläufe zugrunde. Sie behaupten, dass sie das Objekt bei ordnungsgemäßer

Aufklärung entweder gar nicht oder nur zu einem geringeren Kaufpreis erworben hätten.

11. In der zweiten Variante müssten sie allerdings darlegen und nachweisen, ob und zu welchem Preis sie sich mit der Verkäuferin einig geworden wären. Eine einseitige Vertragsanpassung durch Reduzierung des Kaufpreises auf den verminderten Verkehrswert (iSd § 872 ABGB) ist im Rahmen des Schadenersatzbegehrens nicht zulässig.

12. In der ersten Variante müssten die Kläger so gestellt werden, als hätten sie den Kaufvertrag nicht geschlossen und daher nicht 230.000 EUR auf diese Weise investiert. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Anlegerfällen hat der geschädigte Anleger einen Anspruch auf sogenannte Naturalrestitution in Form der Rückabwicklung durch Rückgabe der Papiere gegen Zahlung des Kaufpreises. Verkauft er die Papiere, steht ihm der Differenzschaden zu (6 Ob 7/15w mwN). Hätte er anders und nicht gänzlich risikolos investiert, so hat er die hypothetische Entwicklung der Alternativanlage darzulegen (4 Ob 67/12z mwN).

13. Eine im Schrifttum als untunlich angesehenene (*M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBl 2011, 682 [685]) Naturalrestitution gegenüber der Immobilienmaklerin begehren die Kläger nicht. Sie machen die Differenz zwischen gezahltem Kaufpreis und tatsächlichem Wert des Kaufgegenstands geltend. Es handelt sich dabei aber nicht jedenfalls um einen als Vertrauensinteresse zu ersetzenden Schaden. Erst wenn die Kläger nachweisen können, dass sie den Kaufpreis von 230.000 EUR weiterhin zur Verfügung oder „besser“ investiert hätten, wären sie dadurch geschädigt, dass sich

anstelle dieses Geldbetrags ein verminderter Wert in ihrem Vermögen findet.

14. Die Kläger haben Behauptungen zu alternativen Geschehensabläufen aufgestellt. Sie müssten allerdings klarstellen, welche Variante sie ihrem Begehren nunmehr zugrunde legen (Abstandnahme vom Kauf oder Erwerb zu einem geringeren Preis) und ihr Vorbringen je nach Wahl ergänzen. Das Berufungsgericht begründete die Abweisung des Klagebegehrens mit unzureichenden Behauptungen über den hypothetischen Kausalverlauf und zitierte die Entscheidung 9 Ob 84/15s. Dort fehlte jedoch jegliche Behauptung des Klägers, wie er bei ordnungsgemäßer Aufklärung durch den Immobilienmakler reagiert hätte, was hier nicht zutrifft. In dem zu 9 Ob 84/15s entschiedenen Fall war zudem festgestellt worden, dass der Verkäufer nicht zu einem niedrigeren Preis verkauft hätte. Auch deshalb kommt der begehrte Zuspruch der Differenz zwischen gezahltem und angeblich berechtigtem Kaufpreis als Vertrauensschaden nicht in Betracht. Es war nie Thema des erstinstanzlichen Verfahrens, ob die Kläger ausreichende Behauptungen zur Kausalität der Pflichtverletzung aufgestellt haben. Das Berufungsgericht hat diese Frage ebenfalls nicht erörtert. Die Kläger sehen daher zu Recht eine Mangelhaftigkeit darin, dass das Berufungsgericht sie mit dieser Rechtsansicht überrascht hat (RIS-Justiz RS0037300). Dieser Mangel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils.

15. Im fortgesetzten Verfahren wird das Berufungsgericht die Fragen der Kausalität und der Ermittlung des Schadens zu erörtern haben. Erachtet es das Vorbringen der Kläger nach Erörterung und Klarstellung für ausreichend, wird es die Beweisrüge zu erledigen haben. Die beklagte Partei bekämpfte nämlich auch die Feststellung, dass

die Kläger das Objekt nicht bzw nur zu einem geringeren Kaufpreis erworben hätten. Wenn das Berufungsgericht diese Feststellungen nicht übernimmt, so ist das Klagebegehren abzuweisen, unabhängig davon, für welchen hypothetischen Kausalverlauf sich die Kläger entscheiden. Sollte dies nicht der Fall sein, wird das Berufungsgericht auch seine Überlegungen zum Mitverschulden der Kläger zu vertiefen haben.

16. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 11. Juli 2016

Dr. H r a d i l

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: