

Kommentar Dr. Hubert Mayrhofer zum Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 24.10.1990, 3 Ob 546/90 = SZ 63/189

Nach der Kritik des die Klage meines Mandanten abweisenden Berufungsurteils, womit die Berufungsinstanz ohne Beweiswiederholung von den Feststellungen des Erstgerichts in dem Punkt, abgewichen ist (!), dass der Sohn des Beklagten dem Kläger ein Schreiben des Beklagten über die Bevollmächtigung seines Sohnes vorgewiesen habe, wendet sich der Oberste Gerichtshof (OGH) der Rechtsfrage zu. Denn der berufsgerichtlichen Entscheidung haftet zwar dieser in der Revision meines Mandanten gerügte Verfahrensmangel an, dieser könne jedoch auf sich beruhen, weil die Sache aus rechtlichen Gründen spruchreif im Sinne der Wiederherstellung des Ersturteils gewesen ist, so der OGH. Nach Ansicht des OGH schaffen die beiden Umstände, dass erstens der Vermieter einen Immobilienmakler betraute, der nach den Feststellungen des Erstgerichts die Ablöse forderte, und zweitens seinen Sohn zum Vertragsabschluss entsandte, einen Anschein, für den der Beklagte nach der Lehre von der Anscheinsvollmacht bzw vom dem „Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand“ [siehe *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906)] einzustehen habe.

Die Entscheidung ist sicherlich bedeutend. Denn ihrer Aussage wird im Praxiskommentar *Schwimann/Kodek*, 4. Auflage 2014, ein eigener Absatz unter der Überschrift „**Anscheinsvollmacht** wurde **bejaht**“ gewidmet [*Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup>, IV § 1029, Rz 10]:

*Beauftragt der Vermieter einen Immobilienmakler mit der Vermittlung eines Mietvertrages und betraut er seinen Sohn mit der Kontaktaufnahme mit Interessenten, so nimmt der OGH<sup>138</sup> eine Anscheinsbevollmächtigung des Sohnes zur Entgegennahme einer unzulässigen Ablöse (§ 27 MRG) an, auch wenn der Sohn die Ablöse ohne diesbezüglichen Auftrag des Vaters entgegengenommen hat. Besser wäre es nach Meinung des Autors *Apathy* gewesen, das Verhalten des Sohnes nach § 1313a dem Vater zuzurechnen.*

§ 1313 a ABGB normiert die Haftung für den Erfüllungsgehilfen: Wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.

Hinzuweisen ist, dass der Kommentar *Apathy's* den Sachverhalt, da verkürzt, nicht exakt wiedergibt. Denn der vom Beklagten eingeschaltete Immobilienmakler forderte die Ablöse. Und der Sohn war nicht nur allgemein mit der Kontaktaufnahme mit Interessenten beauftragt, sondern der Beklagte hat diesen auch zum Unterzeichnungstermin entsandt. Diese Situation schuf den äußeren Tatbestand, worauf der Kläger vertrauen und den Schluss ziehen durfte, dass der Beklagte seinen Sohn zum Inkasso der Ablöse bevollmächtigt hatte.