



e) Der Normzweck von Art 14 MRL (= § 10 Abs 3) richtet sich darauf – so der EuGH –, das Markenrecht in seiner Rolle als Bestandteil des vom EUV/AEUV gewollten Systems unverfälschten Wettbewerbs zu stärken. Die Bestimmung ist nicht nur Schranke ansonsten verbotener Markenbenutzung, sondern enthält auch einen eigenen Verbotstatbestand.

f) Die Grundsätze über die Erschöpfung des Markenrechts fördern den Wettbewerb.

5. a) Hat sich der Verkehr an eine bestimmte Qualität bezüglich einer mit der Marke gekennzeichneten Ware/Dienstleistung gewöhnt, dann kollidiert die Enttäuschung dieser Erwartung bei wettbewerbllicher Relevanz mit § 2 UWG.

b) Verträge über Marken stoßen auf kartellrechtliche Grenzen.

**Der Autor:**

Em o. Univ.-Prof. Dr. **Hans-Georg Koppensteiner**, LL.M. (Berkeley), ist an der Universität Salzburg tätig. Er war Gastprofessor an verschiedenen ausländischen Universitäten und ist wirkliches Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.

Publikationen (Auswahl):

Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971); Kommentar zum GmbHG (3. Aufl mit *Rüffler*); Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht (3. Aufl); Kölner Kommentar zum dAktG, Bd 6, 3. Aufl (Konzernrecht).

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Koppensteiner/Hans-Georg

Foto: beige stellt

Dr. Jakob Kepplinger • JKU Linz

Zur zeitlichen Schranke von Verlangen iSv § 10 FAGG

Besprechung von 8 Ob 45/20f

» RdW 2021/265

§ 10 iVm § 18 Abs 1 Z 1 FAGG sieht eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach *leg cit* vor. Sie setzt ein Verlangen des Verbrauchers auf vorzeitige Vertragserfüllung voraus. Nach hA obliegt es dem Unternehmer, dieses Verlangen vor Beginn seiner Dienstleistung einzuholen. In der E 8 Ob 45/20f vom 18. 12. 2020 schlägt der OGH jedoch einen neuen Weg ein und erachtet – im Ergebnis – auch ein späteres Verlangen als hinreichend. Der Beitrag beleuchtet diese Neuausrichtung näher.

1. Zur Gefährdung des Provisionsanspruchs von Immobilienmaklern durch das FAGG

Das Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz (FAGG)¹ lockert das Prinzip *pacta sunt servanda* bei Fern- bzw Auswärtsgeschäften auf. Es räumt Verbrauchern das Recht ein, von solchen Verträgen binnen 14 Tagen ab Abschluss zurückzutreten (§ 11 FAGG). Die Frist verlängert sich um bis zu zwölf Monate, wenn der Unternehmer den Verbraucher nicht – unter Zurverfügungstellung des Muster-Widerrufsformulars gem Anhang I Teil B FAGG – über sein Rücktrittsrecht informiert (§ 12 Abs 1 iVm § 4 Abs 1 Z 8 FAGG). Dieses Schutzkonzept stellt Realitätenvermittler – gerade was die Beziehung zu Interessenten angeht – vor Herausforderungen. In

ihrer Funktion als Doppelmakler² schließen sie die **Courtagevereinbarung mit Interessenten** häufig unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (insb per E-Mail) ab.³ Dann ist der sachliche Anwendungsbereich des FAGG eröffnet, das ihren Provisionsanspruch gegenüber Interessenten gefährdet: Letztere würden es wohl häufig als *Fauxpas* erachten, wenn sie nach Abschluss des Maklervertrags vierzehn Tage auf die Dienstleistungen warten müssten. Dies „nötigt“ Immobilienmakler dazu, ihre Vermittlungstätigkeit innerhalb der Rücktrittsfrist zu entfalten, und bringt sie in folgende **Bredouille**: Hinreichend informierte Verbraucher können das übermittelte Exposé lesen, sich das Objekt zeigen lassen, den Zielvertrag mit dem Abgeber perfektionieren und anschließend vom Maklervertrag zurücktreten, wodurch ihre Provisionspflicht entfällt, obwohl der Makler seine Dienstleistung ordnungsgemäß erbracht hat (§ 16 Abs 4 FAGG).⁴

2 Siehe zum dreipersonalen Verhältnis von Doppelmaklern sowie zu den üblichen Begriffen des „Abgebers“ und „Interessenten“ bspw S. *Kriegner*, *Der Immobilienmakler – Pflichten und vertragliche Haftung* (2007) 35 f.

3 Die Beziehung zum Anbieter bereitet erfahrungsgemäß weniger Probleme. Sie wird im Nachfolgenden nicht näher behandelt.

4 Eine bereits entrichtete Provision wäre dem Verbraucher gem § 14 Abs 1 FAGG binnen 14 Tagen ab Zugang der Rücktrittserklärung zu erstatten. Für das Hauptgeschäft bleibt der Rücktritt vom Maklervertrag ohne Folgen (siehe J. *Kriegner*, *Allgemeines und Besonderes zum akzessorischen Vertrag [II]*, wbl 2017, 61 [62 ff]).

1 BGBl I 2014/33. Es setzt die vollharmonisierende Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU (VRRL) in nationales Recht um.



2. Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden

2.1. (Bisheriger) Meinungsstand zum zeitlichen Rahmen für eine Aufforderung nach § 10 FAGG

Dem dargestellten Risiko eines Verlusts des Provisionsanspruchs infolge eines § 11-Rücktritts können Makler durch die Erfüllung einer Obliegenheit vorbeugen.⁵ Makler haben „den Verbraucher dazu aufzufordern, ihm ein ausdrücklich auf vorzeitige Vertragserfüllung gerichtetes Verlangen [...] zu erklären“ (§ 10 FAGG). Die Erklärung muss eine „Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts“ enthalten (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG). Unter dieser Prämisse entfällt das Rücktrittsrecht des Verbrauchers, wenn der Realitätenvermittler seine Dienstleistung innerhalb der Rücktrittsfrist vollständig erbringt (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG).⁶

Allerdings steht Maklern für die Erfüllung der Obliegenheit nur ein enges Zeitfenster zur Verfügung: Schließlich geht die hA davon aus, dass der Verbraucher sein Verlangen zwar nicht vor Abschluss des jeweiligen Fern- bzw Auswärtsgeschäfts,⁷ wohl aber vor Beginn der Dienstleistung erklären muss.⁸ Nach bislang stRsp⁹ und hL¹⁰ stellt bereits die Übermittlung des Exposés (es enthält die Daten des Abgebers und die Adresse der Immobilie) eine verdienstliche Tätigkeit iSv § 6 MaklerG und damit einen Teil der Dienstleistung dar. Folglich obliegt es dem Makler, das Verlangen des Interessenten vor Übermittlung des Exposés einzuholen.¹¹ Fordert der Interessent den Realitätenvermittler danach zum Tätigwerden auf, bewirkt das Verlangen keinen Entfall des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG.

2.2. Praktische Umsetzungsmöglichkeit

Immobilienmakler können die Obliegenheit nach § 10 FAGG erfüllen, indem sie einen zusätzlichen Schritt in die Korrespondenz einbauen: Kontaktiert ein Interessent den Makler per E-Mail, gibt Letzterer nicht sofort die Objektdaten bekannt. Der Interessent erhält

zunächst eine automatisch generierte E-Mail, die ein vorformuliertes Verlangen auf vorzeitiges Tätigwerden des Maklers enthält. Die Aufforderungserklärung kann der Verbraucher bei entsprechender Softwarelösung durch einen **Klick auf einen Button** bestätigen und an den Makler retournieren.¹² Erst als Reaktion darauf werden dem Interessenten die Objektdaten und das Exposé übermittelt. Das Retournieren der vorformulierten Erklärung bewirkt eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG. In der rezenten E 8 Ob 45/20f bejaht der OGH jedoch nunmehr ein rechtswirksames § 10-Verlangen ohne den elektronischen Zwischenschritt. Um die Entscheidung analysieren zu können, muss man sich zunächst den festgestellten Sachverhalt vor Augen führen.

3. OGH 8 Ob 45/20f: Sachverhalt und Verfahrensergebnis

3.1. Die zentralen Tatsachenfeststellungen

Im gegenständlichen Fall las der Interessent ein Inserat der Maklerin und verfasste am 25. 3. 2019 eine E-Mail an diese, in dem er sein Interesse an einem Besichtigungstermin bekundete. Die Maklerin beantwortete die Anfrage am gleichen Tag per E-Mail; nannte darin die Objektdaten und wies auf die Provisionspflicht im Fall einer erfolgreichen Vermittlung hin. In einem Anhang übermittelte sie ein Exposé, das ua eine Belehrung über das Rücktrittsrecht nach FAGG sowie das Muster-Widerrufsformular beinhaltete. Am 28. 3. 2019 fand ein Besichtigungstermin statt, bei dem der Interessent ein als „Besichtigungsschein“ tituliertes Formular unterzeichnete, das ua den Satz enthielt: „Der Interessent (...) fordert das Maklerunternehmen auf, vor Namhaftmachung der Immobilie, unter Verlust des Rücktrittsrechts laut § 11 FAGG vorzeitig tätig zu werden.“ Bei einem zweiten Besichtigungstermin am Folgetag unterfertigte der Interessent das Kaufanbot. Am 13. 6. 2019 erklärte er den Rücktritt vom Maklervertrag nach § 11 FAGG.

3.2. Der zeitliche Rahmen eines § 10 FAGG-Verlangens als erhebliche Rechtsfrage

Nach den dargestellten Konstatierungen kam zwischen den Beteiligten spätestens am 28. 3. 2019 ein Maklervertrag zustande.¹³ Da die Realitätenvermittlerin den Interessenten bereits am 25. 3. 2019 über dessen Rücktrittsrecht informiert hatte, entsteht der Eindruck, dass der Widerruf am 16. 3. 2019 verspätet war. Allerdings stieß sich das Berufungsgericht daran, dass die Maklerin weder in der Muster-Widerrufsbelehrung noch im Muster-Widerrufsformular ihre Kontaktdaten angegeben hatte. Der OGH ließ die Frage, ob die Angabe von Kontaktdaten Teil der Informationspflicht gem § 4

5 ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 33 („Handlungsobliegenheit“); Geiger in Keiler/Klauser, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht (2015) § 10 FAGG Rz 4; vgl auch Kolba/Leupold, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 261.

6 Zur Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Vermittlungstätigkeit iSd FAGG als vollständig erbracht gilt: Kepplinger, Zur (fehlenden) Bestandskraft von Maklerverträgen im Lichte des FAGG, wobl 2019, 189 (191 f).

7 Anders Kolba/Leupold, Verbraucherrecht Rz 259.

8 Siehe nur Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ (2015) § 10 FAGG Rz 9; Schwarzenegger in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 16 FAGG Rz 10; Geiger in Keiler/Klauser, Verbraucherrecht § 10 FAGG Rz 2; Geiger, FAGG: Dienstleistungen in der Rücktrittsfrist, eoclex 2014, 597 (598); Kepplinger, wobl 2019, 194.

9 IZm § 6 Abs 2 MaklerG: OGH 8 Ob 46/10p, wobl 2011/70, 145 (Kothbauer); 6 Ob 47/06i, RdW 2006/514; 4 Ob 35/04g, RdW 2004/605; weitere Nachweise in RIS-Justiz RS0118755.

10 Siehe nur Fromherz, MaklerG (1997) §§ 6 und 7 Rz 9; Gartner/Karandi, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 18; Kothbauer, Zum Provisionsanspruch des Maklers (II), immolex 2011, 320 (320 f); Hubner in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht² (2017) 11.3.1.

11 Kepplinger, wobl 2019, 194.

12 Näher zum Erfordernis, dass ein § 10-Verlangen des Verbrauchers eine „aktive Handlung“ darstellen muss: OGH 8 Ob 122/17z, VbR 2018/12 (Wendehorst) = wobl 2019/80 (Tamerl); siehe auch RIS-Justiz RS0131796.

13 Näher zum (konkludenten) Abschluss von Maklerverträgen Kepplinger, Der Maklervertrag mit dem Interessenten und das FAGG, immolex 2018, 134 (135 f).



Abs 1 Z 8 FAGG ist, offen.¹⁴ Nach Ansicht des Höchstgerichts hätte der Interessent den Makler nämlich ohnehin iSv § 10 FAGG wirksam zum vorzeitigen Tätigwerden aufgefordert.

Diese Auffassung ist deshalb zu hinterfragen, weil der Interessent die vorgefertigte Erklärung erst am 28. 3. 2019 – und damit nach Erhalt des Exposés – unterzeichnete. Damit scheint das § 10-Verlangen nach der oben referierten hA¹⁵ verspätet. Der OGH beschreitet in der rezenten Entscheidung jedoch einen neuen Weg und judiziert: „Es kann für den Anlassfall dahingestellt bleiben, ob das Verlangen des Verbrauchers im Sinn des § 10 FAGG ausschließlich vor dem Beginn der Erbringung der Dienstleistung wirksam erklärt werden kann. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist hier jedenfalls von einem rechtzeitigen Verlangen auszugehen“ (Punkt 3. der Entscheidung). Die Begründung dieses Ergebnisses ist mehrschichtig: Primär dürfte das Höchstgericht die Kontaktaufnahme durch den Interessenten als § 10-Verlangen beurteilt haben; *in eventu* stützt der achte Senat seine rechtliche Beurteilung darauf, dass die Übermittlung des Exposés noch nicht als Beginn der Vermittlungstätigkeit zu betrachten sei. Beide Argumentationslinien werden im Nachfolgenden näher beleuchtet.

4. Analyse der rechtlichen Beurteilung des achten Senats

4.1. Elektronische Kontaktaufnahme als § 10-Verlangen?

Dass der achte Senat bereits die elektronische Kontaktaufnahme durch den Interessenten als § 10-Verlangen qualifiziert, liegt in Anbetracht von Punkt 5. der Entscheidung nahe. Dort wird Bezug nehmend auf die E-Mail des Interessenten vom 25. 3. 2019 ausgeführt: „Der Beklagte [= Interessent] hat hier mit seinem E-Mail die Klägerin zur Übermittlung von Informationen über die Liegenschaft und Vereinbarung eines Besichtigungstermins aufgefordert. In einem solchen Fall, wenn der Verbraucher von sich aus eine Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist verlangt, bedarf es keiner gesonderten Aufforderung des Unternehmers, weil ihr in diesem Fall kein eigenständiger Wert zukommt (RIS-Justiz RS0131795; Dehn, aaO § 10 FAGG Rz 8).“ Zwar wird das Subsumtionsergebnis, dass die elektronische Kontaktaufnahme als Verlangen eines vorzeitigen Tätigwerdens iSv § 10 FAGG zu beurteilen sei, unter Punkt 5. nicht explizit ausgesprochen. Allerdings liest man unter Punkt 7.: „Selbst wenn man im E-Mail des Beklagten [= Interessent] noch kein formgerecht bestätigtes Verlangen iSd § 10 FAGG erblicken wollte, [...]“ In Anbetracht dieser Formu-

lierung ist es sehr wahrscheinlich, dass der achte Senat bereits die Kontaktaufnahme am 25. 3. 2019 als Verlangen iSv § 10 FAGG beurteilt, was fragwürdig scheint.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsansicht des achten Senats durch keinen der beiden Belege gestützt wird. Der zitierte RS0131795 lautet: „Die Wirkungen eines ausdrücklichen Verlangens des Verbrauchers (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG) kommen auch dann zum Tragen, wenn er von sich aus eine Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist verlangt, weil der hierauf abzielenden Aufforderung des Unternehmers (§ 10 FAGG) in diesem Fall kein eigenständiger Wert zukommt.“ Gemeint ist damit Folgendes:¹⁶ Die Erfüllung der Aufforderungsobliegenheit durch den Unternehmer iSv § 10 FAGG ist keine *conditio sine qua non* für den Entfall des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG. Es erlischt auch dann, wenn der Verbraucher eigeninitiativ verlangt, dass der Unternehmer die Dienstleistung innerhalb der Rücktrittsfrist erbringt. Dies entspricht den Ausführungen von Dehn,¹⁷ die in diesem Zusammenhang auf ein wichtiges Abgrenzungskriterium hinweist: Auch ein eigeninitiativ erklärtes **Verlangen** muss auf eine Vertragserfüllung **vor (!)** Ablauf der Rücktrittsfrist gerichtet sein und daher – zumindest konkludent – **auf diese Bezug nehmen**.¹⁸ Diese Voraussetzung ist bei der E-Mail vom 25. 3. 2019 nicht erfüllt, zumal der Verbraucher von der Maklerin erst danach über sein Rücktrittsrecht informiert wurde. Damit konnte das Rücktrittsrecht nicht gem § 18 Abs 1 Z 1 FAGG entfallen. Dies würde ein § 10-Verlangen samt „Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts“ voraussetzen. Eine solche **Bestätigung** fehlt in der E-Mail vom 25. 3. 2019 jedenfalls. Daher könnte der Interessent sein Rücktrittsrecht allenfalls durch Unterzeichnung der vorformulierten Erklärung im Rahmen des Besichtigungstermins am 28. 3. 2019 verloren haben.

4.2. Zur angeblichen Unmöglichkeit, ein rechtzeitiges § 10-Verlangen einzuholen

Allerdings bereitet hier der Umstand Probleme, dass die Maklerin dem Interessenten bereits drei Tage vor dem Besichtigungstermin die Objektdaten bekannt gegeben und das Exposé übermittelt hatte, weshalb die Unterzeichnung der Erklärung durch den Interessenten nach überwiegender Ansicht¹⁹ verspätet scheint. Der achte Senat tritt dieser Position jedoch entgegen und betont unter Punkt 6.: „Für die in der Immobilienvermittlung übliche Vorgangsweise, verfügbare Objekte öffentlich zu inserieren, hätte diese Interpretation zur Folge, dass eine vorzeitige Vertragserfüllung nach § 10 FAGG mit den sich daran anknüpfenden Folgen bei der Vermittlung (zumindest) von Grundstücken und Häusern überhaupt nicht in Frage käme, weil solche Objekte in der Regel von jedem Interessierten anhand von Ortsangaben und Fotos, auch

¹⁴ Zu dieser Frage nur so viel: Im Muster-Widerrufsformulars gem Anh I Teil B FAGG findet man unter Punkt 1. den Hinweis: „hier ist der Name, die Anschrift und gegebenenfalls die Faxnummer und E-Mail-Adresse des Unternehmers durch den Unternehmer (!) einzufügen“. Dies spricht für die Ansicht des Berufungsgerichts. Ob der angeführte Verstoß tatsächlich zu einer Perpetuierung des Rücktrittsrechts des Verbrauchers führt, bedürfte jedoch einer näheren Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann.

¹⁵ Nachweise in FN 8.

¹⁶ Siehe zum Nachfolgenden die E OGH 8 Ob 122/17z, VbR 2018/12 (*Wendehorst*) = wobl 2019/80 (*Tamerl*), die den Ursprung des Rechtssatzes darstellt.

¹⁷ In *Schwimmann/Kodek*, ABGB Va § 10 FAGG Rz 8.

¹⁸ Dehn in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Va § 10 FAGG Rz 7.

¹⁹ Nachweise in FN 8. Dieser Ansicht folgte das Berufungsgericht.

ohne Kontakt mit dem Makler, identifiziert werden können. Dabei besteht in diesem Geschäftsbereich sowohl häufig das Bedürfnis nach unverzüglicher Besichtigung auf Seiten des möglichen Käufers, als auch ein besonderes Interesse des Maklers am Schutz seines Provisionsanspruchs, weil eine erfolgreiche Vermittlung weder rückabgewickelt werden kann, noch anderweitig verwertbar ist.“

Dieser Argumentation ist auf Sachebene beizupflichten: Liest man das Inserat eines Immobilienmaklers, kann man die Adresse des Objekts (und mithin die Kontaktdaten des Abgebers) häufig relativ einfach in Erfahrung bringen. Allerdings verfängt die Begründung bei näherer Betrachtung dennoch nicht: Bringt ein Interessent die Adresse des Objekts und die Kontaktdaten des Abgebers eigenständig in Erfahrung, stünde dies einem Verlangen auf vorzeitiges Tätigwerden des jeweiligen Maklers iSv § 10 FAGG nicht entgegen. Die maßgebliche Zäsur ist nicht jener Zeitpunkt, ab dem der Interessent das Hauptgeschäft allein perfektionieren könnte, sondern der **Beginn der Dienstleistungserbringung**.²⁰ Immobilienmakler eröffnen ihre Vermittlungstätigkeit – im Verhältnis zu Interessenten – regelmäßig durch Bekanntgabe der Objektdaten und Übermittlung eines Exposés. Die Einholung eines § 10-Verlangens vor diesem Zeitpunkt ist ohne Weiteres möglich und erfordert lediglich den oben (Punkt 2.2.) beschriebenen Zwischenschritt. Dieser führt zwar zu einer „elektronischen Zettelwirtschaft“,²¹ scheint aber nicht unverhältnismäßig aufwendig.

4.3. Zum Beginn der Dienstleistungserbringung

Einer näheren Betrachtung bedarf auch die Ansicht, wonach die Übermittlung des Exposés (und möglicherweise selbst die Erstbesichtigung des Objekts) noch nicht als Dienstleistung zu qualifizieren sei: Der achte Senat führt dazu unter Punkt 6. aus: „Das nach § 10 FAGG maßgebliche Verlangen auf vorzeitige Vertragserfüllung ist [...] auf die Erbringung der Dienstleistungen eines Maklers gerichtet, die letztlich zum Abschluss des vermittelten Vertrags führen sollen. Die unverbindliche Besichtigung eines vom Makler öffentlich angebotenen Objekts findet noch in einem entgeltfreien Stadium statt. Erst mit einem verbindlichen Kaufanbot nimmt der Käufer die Abschlussgelegenheit und damit die provisiionspflichtige Leistung des Maklers in Anspruch.“

Diese Passage dürfte so zu verstehen sein, dass der achte Senat bezüglich des Beginns der Dienstleistung auf die Entstehung des Provisionsanspruchs abstellt. Er zäumt dadurch das Pferd von hinten auf: Realitätenvermittler werden nicht zeit- bzw aufwandabhängig, sondern erfolgsabhängig entlohnt. Sie haben dann Anspruch auf eine Provision, wenn das Hauptgeschäft durch ihre Vermittlungstätigkeit zustande kommt (§ 6 MaklerG). Daraus können jedoch keine Rückschlüsse gezogen werden, ab welchem Zeitpunkt Immobilienmakler eine Dienstleistung erbringen. Vor OGH 8 Ob 45/20f ging die Rechtsprechung²² allgemein davon aus, dass die Bekanntgabe der Objektdaten und die Über-

mittlung des Exposés bereits einen Teil ihrer Dienstleistung darstellen, ja mehr noch: Die Judikatur sah in der **Namhaftmachung des Abgebers** allein eine verdienstliche Tätigkeit von Realitätenvermittler iSv § 6 MaklerG. Die Judikatur zu § 6 Abs 2 MaklerG ist auch im Kontext von § 10 FAGG zu beachten.²³ Gibt der Interessent sein auf vorzeitige Vertragserfüllung gerichtetes Verlangen erst nach Erhalt des Exposés ab, erfolgt dieses nicht vor, sondern während Erbringung der Maklerdienstleistung.

4.4. Rechtswirksames § 10-Verlangen auch während Erbringung der Maklerdienstleistung?

Dies führt zur Frage, ob ein Verlangen auf vorzeitige Dienstleistung auch dann zum Verlust des Rücktrittsrechts führt, wenn der Interessent dieses erst nach Beginn der Vermittlungstätigkeit abgibt. Der achte Senat bejaht dies im Ergebnis und führt dazu unter Punkt 8. aus: „Dieses Ergebnis wird auch den dargestellten Zwecken des Formgebots gerecht. Hätte der Beklagte [= Interessent] sich nämlich bei der Besichtigung geweigert, seinen zunächst per E-Mail und mit der Terminvereinbarung artikulierten Wunsch nach sofortigem Tätigwerden der Klägerin zu bestätigen, hätte diese noch wegen des Risikos, für eine verdienstliche Vermittlung grundlos kein Entgelt zu erhalten, ihre weiteren Leistungen einstellen können. In diesem Fall hätte sich die Frage eines Rücktritts für den Beklagten gar nicht gestellt. Ein Rechtsschutzdefizit für den Beklagten bestand zu keinem Zeitpunkt. Seine Unterschriftsleistung nach § 10 FAGG erfolgte erst nach schriftlicher Information (§ 30b KSchG, § 4 FAGG) und sie entsprach seinem in diesem Zeitpunkt bestehenden Interesse am unverzüglichen Erwerb der Liegenschaft, ohne in seiner Willensbildung in irgendeiner Weise (potentielle Ansprüche der Klägerin etc) beeinträchtigt zu sein.“

Auch bei diesen Erwägungen schimmert zwischen den Zeilen durch, dass der achte Senat bei seiner rechtlichen Beurteilung die Judikatur zu § 6 Abs 2 MaklerG nicht hinreichend in die Betrachtung miteinbezogen haben dürfte: Hätte sich der Interessent bei der Besichtigung des Objekts am 28. 3. 2019 geweigert, das vorformulierte § 10-Verlangen zu unterzeichnen, und die Maklerin daraufhin ihre Dienstleistungen eingestellt, hätte sich aus Sicht des Interessenten die Frage eines FAGG-Rücktritts sehr wohl stellen können; nämlich dann, wenn er das Hauptgeschäft mit dem Abgeber in weiterer Folge eigenständig perfektioniert hätte. Auch in diesem Kontext ist zu beachten, dass bereits der Nachweis der Kaufgelegenheit genügt, um einen Provisionsanspruch der Maklerin zu begründen.²⁴

Abgesehen von dieser Unstimmigkeit haben die teleologischen Erwägungen des achten Senats jedoch einiges für sich: Die Ausnahme vom FAGG-Rücktrittsrecht gem § 10 iVm § 18 Abs 1 Z 1 FAGG ist das Ergebnis einer Interessenabwägung.²⁵ Das Interesse des Verbrauchers an der Rücktrittsmöglichkeit wegen einer etwai-

²⁰ Dazu bereits oben Punkt 2.1.

²¹ Holzapfel, immolex 2014, 184.

²² Nachweise oben in FN 9.

²³ Siehe dazu auch Holzapfel, Die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag, immolex 2014, 181 (184); Pesek, Auswirkungen des VRUG auf das Wohn- und Immobilienrecht, wobl 2014, 185 (197).

²⁴ Nachweise in FN 9 und 10.

²⁵ Siehe bspw Schwarzenegger in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 18 FAGG Rz 1.



ART.-NR.: 265

WIRTSCHAFTSRECHT

gen Überrumpelung bei Abschluss des Fern- oder Auswärtsgeschäfts tritt hinter jenes des Unternehmers zurück, dass dieser die vereinbarte Dienstleistung nicht unentgeltlich zu erbringen hat, weil der Verbraucher sein Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG geltend macht. Für die Interessenabwägung scheint es nicht entscheidend, ob Immobilienmakler das **§ 10-Verlangen** vor oder **während Erbringung der Vermittlungstätigkeit** einholen. Zwar ist die Ausarbeitung des Exposés relativ zeitaufwendig, weshalb der Judikatur zu § 6 Abs 2 MaklerG beizupflichten ist, wonach die Bekanntgabe der Objektdaten und dessen Übermittlung eine verdienstliche Vermittlungstätigkeit darstellt. Bietet der Makler einen Besichtigungstermin an, erreicht die Gefahr, eine zeitaufwendige Dienstleistung trotz Zustandekommens des Hauptgeschäfts unentgeltlich zu erbringen, jedoch eine neue Dimension.

Vor diesem Hintergrund scheint es plausibel, Realitätenvermittler nicht nur vor Bekanntgabe der Objektdaten, sondern auch im Rahmen des ersten Besichtigungstermins die Möglichkeit einzuräumen, vom jeweiligen Interessenten ein rechtswirksames § 10-Verlangen einzuholen. Dies wird auch der Maxime der **relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung von Rechtsfolgen** gerecht.²⁶ Aus Sicht des Interessenten scheint es vernachlässigbar, ob er den Makler (1) vor Erhalt des Exposés dazu auffordert, dass dieser seine Vermittlungstätigkeit vor Ende der Rücktrittsfrist erbringt, oder ob er (2) dieses Verlangen erst beim ersten Besichtigungstermin erklärt. Welchen Nachteil soll ein Interessent erleiden, wenn er das Rücktrittsrecht erst im Rahmen der Erstbesichtigung des Objekts verliert? Aus der Warte des Interessenten betrachtet, ist va darauf zu achten, dass er das § 10-Verlangen in Kenntnis des Umstands abgibt, dadurch dem Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG zu entsagen. Zwar scheint es plausibel, wenn die Judikatur in diesem Zusammenhang nicht auf die Erfüllung der Aufklärungspflichten nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG abstellt.²⁷ Man wird aber darauf zu achten haben, ob das Verlangen des Verbrauchers eine Bestätigung über seine Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts beinhaltet (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG). Dies war nach den Feststellungen in 8 Ob 45/20f der Fall. Daher scheint die rechtliche Beurteilung des achten Senats aus teleologischen Gründen plausibel.

4.5. Pflicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art 267 Abs 3 AEUV)

Dennoch weist die E 8 Ob 45/20f mE einen Schönheitsfehler auf: Die nationale Umsetzungsbestimmung des § 10 FAGG spricht einerseits von einem **Verlangen auf vorzeitige Vertragserfüllung**; andererseits vom Willen des Verbrauchers, „*dass der Unternehmer noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist nach § 11 mit der Vertragserfüllung beginnt*“.

²⁶ Näher zu diesem Prinzip *F. Bydlinksi*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 92 ff

²⁷ OGH 8 Ob 122/17z, VbR 2018/12 (*Wendehorst*) = wobl 2019/80 (*Tamerli*); siehe dazu auch RIS-Justiz RS0131793; *Kothbauer*, Zur Ausnahme vom Rücktrittsrecht des FAGG, *immolex* 2018, 64. Welchen Nutzen hätten Verbraucher dadurch, dass ihnen ein Muster-Widerrufsformulars zur Verfügung gestellt würde, wenn ihre Widerrufsmöglichkeit durch das § 10-Verlangen ohnehin erlischt?

Gerade der letzte Satz legt die Interpretation nahe, dass Verbraucher ihr Verlangen vor Beginn der Dienstleistung zu erklären haben. Deutlicher in diese Richtung geht die Diktion von Art 16 lit a VRRL. Demnach besteht das Widerrufsrecht dann nicht, „*wenn bei Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung vollständig erbracht worden ist, wenn der Unternehmer die Erbringung mit der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers und dessen Kenntnisnahme, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert, begonnen hatte*“. Zwar könnte man die „vorherige Zustimmung“ für sich betrachtet auf das Ende der Rücktrittsfrist beziehen. Allerdings signalisiert der weitere Gedankengang hin zu „begonnen hatte“, dass „vorher“ den Beginn der Dienstleistung anspricht. Damit setzt die rechtliche Beurteilung des achten Senats eine teleologische Reduktion der §§ 10, 18 Abs 1 Z 1 FAGG (und damit *uno actu* von Art 16 lit a VRRL) voraus. Auch wenn gute Gründe für eine solche Restriktion sprechen, hätte über sie nicht der OGH, sondern gem Art 267 Abs 3 AEUV der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zu urteilen gehabt.²⁸

5. Gesamtbetrachtung

Die E 8 Ob 45/20f hat große praktische Bedeutung: Wird die Rechtsansicht des achten Senats vom OGH fortgeschrieben, haben Immobilienmakler die Möglichkeit, das Verlangen des jeweiligen Interessenten auf vorzeitiges Tätigwerden iSv § 10 FAGG auch nach Bekanntgabe der Objektdaten und Übermittlung des Exposés im Rahmen des ersten Besichtigungstermins einzuholen. In Anbetracht der Judikatur zu § 6 Abs 2 MaklerG handelt es sich dabei freilich nicht mehr um ein § 10-Verlangen vor Beginn der Dienstleistung. Dass § 10 FAGG für Immobilienmakler – was die Beziehung zu Interessenten angeht – in diesem Sinn anzuwenden ist, scheint zwar aus teleologischen Gründen plausibel. Allerdings wäre dafür eine Restriktion der Bestimmung samt ihrer europarechtlichen Grundlage in der VRRL erforderlich, über die der EuGH zu entscheiden gehabt hätte.

²⁸ EuGH 6. 10. 1982, 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335; *Schima* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (2020) Art 267 AEUV Rz 112.



Der Autor:

Dr. **Jakob Kepplinger** ist Univ.-Ass. (post doc) an der JKU Linz.

Publikationen (Auswahl):

Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016); Der Maklervertrag mit dem Interessenten und das FAGG, *immolex* 2018, 134; Zur (fehlenden) Bestandskraft von Maklerverträgen im Lichte des FAGG, wobl 2019, 189.

✉ jakob.kepplinger@jku.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Kepplinger/Jakob

Foto: privat