

Herausgegeben von:
Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner
em. o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves
em. RA Mag. Dr. Till Hausmann †
Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Lovrek,
Präsidentin des OGH
Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer
ao. Univ.-Prof. Dr. Raimund Pittl
Ass.-Prof. Dr. Renate Pletzer MAS
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss LL.M.
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch
Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth

Schriftleitung:
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss LL.M.

wohnrechtliche blätter:wobl

Ständige Mitarbeiter:
RA Dr. Ingmar Etzersdorfer
Univ.-Ass. Dr. Philipp Fidler
Univ.-Prof. Dr. Thomas Klicka
Dr. Christian Lenneis
RAA Dr. Reinhard Pesek
Mag. Michaela Schinnagl

Heft 6 Juni 2019 32. Jahrgang

ISSN 0933-2766 WOBLEA 32 (6) 189–234 (2019)

Wohnrechtliche Blätter 32, 189–200 (2019)
<https://doi.org/10.33196/wobl201906018901>
wobl 2019, 189

wobl

Univ.-Ass. Dr. Jakob Kepplinger, Linz

Zur (fehlenden) Bestandskraft von Maklerverträgen im Lichte des FAGG*

Verbraucher haben nach dem FAGG¹ weitreichende Rücktrittsmöglichkeiten von Verträgen, die außerhalb der Geschäftsräume eines Unternehmers oder unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden. Diese Rücktrittsrechte stellen – insb im Verhältnis zu Interessenten – eine ernstzunehmende Gefahr für die Provisionsansprüche von Immobilienmaklern dar. Der Beitrag zeigt die Risiken auf und erörtert, wie Realitätvermittler einem Provisionsverlust vorbeugen können.

Deskriptoren: Maklerdienstleistung; Provisionsanspruch; Fernabsatzvertrag; Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz; Rücktrittsfrist; Informationspflichten; Beginn der Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist; Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden; Provisionshinweis; konkludenter Abschluss von Maklerverträgen; *venire contra factum proprium*.

Normen: §§ 4, 10, 11, 12, 13, 18 FAGG; §§ 5, 6, 7, 8, 16 MaklerG; § 30b KSchG; § 863 ABGB; § 2 UWG.

Übersicht

- A. Einführung in die Thematik
- B. Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden
 - I. Vollständige Erbringung der Dienstleistung iS von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG
 - II. Form und Inhalt der Aufforderungserklärung iS von § 10 FAGG
 - 1. Das Verlangen des Verbrauchers als „aktive Handlung“
 - 2. Bestätigung über die Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts

- III. Zur Bedeutung der Informationspflichten des § 4 Abs 1 FAGG im Kontext von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG
 - 1. Meinungsstand im Schrifttum
 - 2. Position der Judikatur
- IV. Elektronische Einholung der Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden iS von § 10 FAGG
 - 1. Der zeitliche Rahmen für ein Verlangen iS von § 10 FAGG
 - 2. Softwarelösung: automatisch generierte E-Mail an den Interessenten vor Übermittlung des Exposés
- V. Informationspflichten nach § 4 Abs 1 FAGG und § 30b KSchG
- C. Keine Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden
 - I. Beginn der 14-tägigen Rücktrittsfrist ab Abschluss des Maklervertrags

* Der vorliegende Beitrag beruht auf dem Vortrag, den der Autor im Rahmen der 35. Winterseminarwoche des ÖVI am 19.03.2019 in Schladming gehalten hat

¹ Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (BGBl I 2014/33).

1. Abschluss des Maklervertrags
2. Zum Provisionshinweis des Maklers
3. Weitere Inanspruchnahme der Vermittlungstätigkeit des Maklers durch den Interessenten
- II. Verlängerung der Rücktrittsfrist nach § 12 FAGG
 1. Information auf einem dauerhaften Datenträger im Zeitpunkt der Übermittlung des Exposés
 2. Inhalt der Aufklärungspflichten
 3. Bereitstellung des Muster-Widerrufsformulars
- III. Nachträgliche Unterfertigung einer Vertragsurkunde
 1. Bestätigung nach § 7 Abs 3 FAGG
 2. Dokumentation eines bereits davor geschlossenen Maklervertrags

D. Fazit

A. Einführung in die Thematik

Ogleich Immobilienmakler der Kategorie der Zivilmakler angehören, dürfen sie in Abweichung von § 5 Abs 1 MaklerG kraft Geschäftsbrauchs per se als Doppelmakler agieren. Schließen sie mit beiden Teilen des Hauptgeschäfts jeweils einen Maklervertrag ab, haben sie bei Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts (§ 7 MaklerG) nicht nur gegen den „Abgeber“, sondern auch gegen den „Interessenten“ einen *Provisionsanspruch*.² Handelt es sich bei letzterem um einen Verbraucher, besteht allerdings die Gefahr, dass die Courtageforderung in dieser Beziehung infolge eines Rücktritts nach § 11 FAGG entfällt.³ Hintergrund ist, dass der Maklervertrag mit dem Interessenten regelmäßig ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit *unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln* geschlossen wird, sodass die Provisionsabrede als Fernabsatzvertrag iS von § 3 Z 2 FAGG zu qualifizieren ist.⁴ Daher steht dem Verbraucher gem § 11 leg cit das Gestaltungsrecht zu, ohne Angabe von Gründen binnen 14 Tagen ab Abschluss des Maklervertrags von sel-

bigem zurückzutreten, wodurch der Provisionsanspruch ex tunc wegfällt.⁵

Die Anwendung des Rücktrittsrechts im Verhältnis Immobilienmakler/Interessent scheint rechtspolitisch bedenklich, weil die 14-tägige Frist im Zeitpunkt der *Namhaftmachung der Abschlussgelegenheit* (und selbst im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit des Zielvertrags) häufig offen ist. Der Verbraucher kann vom Makler die Anschrift des Objekts sowie die persönlichen Daten des Abgebers in Erfahrung bringen, die sonstigen Vermittlungstätigkeiten in Anspruch nehmen und sich nach Abschluss des Hauptvertrags durch Ausübung des Rücktrittsrechts seiner Provisionspflicht entledigen.⁶ Diese Konsequenz dürfte vom europäischen Richtlinienggeber nicht hinreichend bedacht worden sein, der dem Geschäftsbrauch der „Doppelmaklerei“ in manchen Mitgliedstaaten zu wenig Beachtung schenkte und „*Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern*“ pauschal dem Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie (im Folgenden „VRRL“) unterstellte.⁷ Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von *Erwägungsgrund 26* in Zusammenschau mit dem vollharmonisierenden Charakter der VRRL besteht de lege lata kein Zweifel, dass es Interessenten möglich ist, nach vollständiger Erbringung der Maklerdienstleistung gem § 11 FAGG von der Provisionsvereinbarung zurückzutreten.⁸ Aus Sicht der Makler drängt sich daher die

² Siehe zum dreipersonalen Verhältnis eines Doppelmaklers sowie zu den üblichen Begriffen des Abgebers und des Interessenten zB S. Kriegner, Der Immobilienmakler – Pflichten und vertragliche Haftung (2007) 35 f.

³ Auch dem Abgeber steht ein Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG zu, wenn er Verbraucher ist und die Provisionsvereinbarung (in dieser Beziehung häufig ein Alleinvermittlungsauftrag iS von § 14 MaklerG) als Fernabsatzvertrag oder Auswärtsgeschäft zu klassifizieren ist. In diesem Verhältnis ist die Gefahr des Provisionsverlustes jedoch geringer, weil hier die 14-tägige Rücktrittsfrist im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts oftmals bereits abgelaufen ist. Voraussetzung dafür ist freilich, dass der Makler gegenüber dem Abgeber die in § 4 Abs 1 Z 8 FAGG normierten Informationspflichten ehestmöglich erfüllt (näher zu dieser Bestimmung unten Pkt C.II).

⁴ Siehe dazu vorerst nur Holzapfel, Die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag, immolex 2014, 181 (183). Wird der Maklervertrag mit dem Interessenten bei Besichtigung des Objekts geschlossen, handelt es sich um ein Auswärtsgeschäft iS von § 3 Z 1 FAGG, sodass der Maklervertrag ebenfalls in den Anwendungsbereich des FAGG fällt. Im Regelfall wird der Maklervertrag vor Besichtigung des Objekts per E-Mail oder telefonisch geschlossen (s dazu noch unten Pkt C.I.1).

⁵ Vgl § 16 Abs 4 FAGG. Eine bereits gezahlte Provision ist dem Verbraucher gem § 14 Abs 1 FAGG binnen 14 Tagen ab Zugang der Rücktrittserklärung zu erstatten (zu beiden Bestimmungen zB Stabentheiner, Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, VbR 2014, 108 [119 f, 122 f]). Für das Hauptgeschäft bleibt ein Rücktritt vom Maklervertrag ohne Folgen (so mit überzeugender Begründung J. Kriegner, Allgemeines und Besonderes zum akzessorischen Vertrag [II], wbl 2017, 61 [62 f]). Den gegenteiligen Erwägungen von Leupold (Das Rücktrittsrecht gem §§ 11 ff FAGG – Überblick und ausgewählte Frage, wbl 2014, 481 [490 f]) und Schwarzenegger (in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ [2015] § 17 FAGG Rz 1) ist mE nicht zu folgen.

⁶ Anderes gilt dann, wenn der Interessent von Anfang an die Absicht hat, für die Maklerdienstleistung aufgrund eines rechtszeitigen Rücktritts nach § 11 FAGG keine Provision zu zahlen (vgl zu einem ähnlich gelagerten Problem Koziol, Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, JBl 1978, 239). Selbst wenn ein Interessent mit entsprechendem Vorsatz handelt, wird man diesen in einem „Provisionsprozess“ selten unter Beweis stellen können.

⁷ Siehe zu den erfolglosen Bemühungen der österr Delegation, bei den Verhandlungen zur Richtlinie bzgl des Maklervertrags zum Interessenten eine Ausnahme vom Geltungsbereich der VRRL zu erwirken zB Stabentheiner, Die miet- und wohnrechtlich relevanten Teile des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, immolex 2014, 170 (172).

⁸ Statt vieler Dehn in Schwimann/Kodek, ABGBVa⁴ § 1 FAGG Rz 64. In Anbetracht des Beschlusses des VfGH vom 12.10.2017 zu G52/2016 (JBl 2018, 170 [krit Zöchling-Jud/Schamberger]) scheint es auch wenig zielführend, die einschlägigen nationalen Umsetzungsbestimmungen wegen eines Verstoßes gegen die Grundrechte-Charta zu bekämpfen. Der VfGH sah sich im angesprochenen Verfahren, das eine vergleichbare Problematik zum FAGG betraf, mangels Zweifel an der Gültigkeit der unionsrechtlichen Bestim-

Frage auf, wie man der Gefahr des Provisionsverlusts begegnet.

B. Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden

Dem Risiko des Verlustes des Entgeltanspruchs nach (vollständiger) Erbringung der geschuldeten Dienstleistung wegen eines § 11-Rücktritts können Unternehmer gemeinhin durch die Erfüllung einer *Aufforderungsobliegenheit* vorbeugen.⁹ Soll die jeweilige Dienstleistung vor Ablauf der Rücktrittsfrist ausgeführt werden, hat „der Unternehmer den Verbraucher dazu aufzufordern, ihm ein ausdrücklich auf vorzeitige Vertragserfüllung gerichtetes Verlangen [...] zu erklären“ (§ 10 FAGG). Unter dieser Prämisse entfällt das Rücktrittsrecht des Verbrauchers, wenn der Unternehmer die Dienstleistung innerhalb offener Rücktrittsfrist vollständig erbringt (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG). Allerdings wird die Anwendung dieser Bestimmung auf die Beziehung Makler/Interessent von zahlreichen rechtlichen Unklarheiten begleitet.

I. Vollständige Erbringung der Dienstleistung iS von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG

Streitig ist zunächst die Frage, wann die Dienstleistung eines Realitätenvermittlers iS von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG als vollständig erbracht gilt. Nach *Holzapfel*¹⁰ und *Pisecky*¹¹ genügt dafür die *Namhaftmachung der Abschlussgelegenheit in Form eines umfassenden Immobilienangebots*. Demgegenüber vertreten *Prader/Walzel von Wiesentreu*¹², dass darüber hinaus noch weitere (nicht näher konkretisierte) Leistungen zur vollständigen Erbringung der Maklertätigkeit erforderlich seien. Auch *Pesek*¹³ meint, die Namhaftmachung sei als bloße Untergrenze der Vermittlungstätigkeit anzusehen. Für die vollständige Erbringung der Dienstleistungen sei auf das vereinbarte Pflichtenprogramm abzustellen. Daraus folgert der Autor, dass ein Makler seine Dienstleistung grundsätzlich erst im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptgeschäfts vollständig erbracht habe. Zusätzlich rekuriert der Autor

mungen nicht zur Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH veranlasst. Vgl zu dieser Thematik auch *Berka*, Verbraucherschutz ohne Grenzen? Zur Grundrechtskonformität der Rechtsfolgen eines Rücktritts nach dem FAGG, wbl 2015, 181.

⁹ ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 33 („*Handlungsobliegenheit*“); *Geiger* in Keiler/Klauser, Österr und Europäisches Verbraucherrecht (2015) § 10 FAGG Rz 4; vgl auch *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 261.

¹⁰ Immolex 2014, 184.

¹¹ Das Jahr hat gut begonnen – nun werden wir das VRUG meistern! OIZ 2014 H 5, 6; s auch *dens*, Wie informiere ich Kunden über das VRUG? OIZ 2014 H 7-8, 6 (7).

¹² Immobilienmakler: Neue Standesregeln und neue Verbraucherschutzrichtlinie – Auswirkungen auf den Provisionsanspruch, RdW 2013, 258 (262).

¹³ Auswirkungen des VRUG auf das Wohn- und Immobilienrecht, wobl 2014, 185 (197).

auf die E BGH III ZR 145/12¹⁴, was überrascht, weil diese vom 17.1.2013 stammt und das dt VRRL-Umsetzungsgesetz erst am 13.6.2014 in Kraft trat.

Der Ansatz von *Pesek*, die Frage nach der vollständigen Dienstleistungserbringung anhand des vertraglichen Pflichtenprogramms zu beantworten, ist im Allgemeinen zutreffend und – soweit ersichtlich – unbestritten.¹⁵ Gerade bei Maklern ist es jedoch aufgrund des besonderen Charakters der Provisionsvereinbarung (nämlich der fehlenden Tätigkeitspflicht des Intermediärs einerseits und der Abschlussfreiheit des Interessenten andererseits) nicht möglich, Hauptleistungspflichten auszumachen, anhand derer man das Problem der vollständigen Dienstleistungserbringung bestimmen kann.¹⁶ Daher muss man notgedrungen auf den Zeitpunkt der *Erbringung einer verdienstlichen Tätigkeit iS von § 6 MaklerG* abstellen. Dieser Zeitpunkt ist aufgrund eines Geschäftsbrauchs die Namhaftmachung der Kauf- bzw Abschlussgelegenheit (gemeint: bzgl des Zielvertrags).¹⁷ Folglich wird die Maklerdienstleistung durch die Bekanntgabe der Adresse des Objekts und der Person des Abgebers iS von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG vollständig erbracht, wobei der Abgeber nicht namentlich genannt werden muss. Er muss lediglich so weit individualisiert werden, dass der Interessent mit ihm in Verbindung treten kann.¹⁸

Zum selben Ergebnis gelangt man im Übrigen auch, wenn man mit *Pesek* und *Prader/Walzel von Wiesentreu* die vollständige Erbringung der Maklerdienstleistung erst mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrags ansetzt. Nach dieser Ansicht führt ein Rücktritt des Verbrauchers nach Namhaftmachung der Abschlussgelegenheit innerhalb offener Frist zur Anwendung von § 16 FAGG, dem das *Prinzip der Proportionalität* zu Grunde liegt. Die Bestimmung geht von der Möglichkeit aus, die Zahlung des Verbrauchers aliquot der vom Unternehmer bis zum Rücktritt erbrachten Dienstleistung zu tei-

¹⁴ BGH III ZR 145/12 NZM 2013, 691. Im Anlassfall ging es um den Widerruf eines Vertrages über die Vermittlung einer – von der VRRL gem Art 2 Z 12 ausgenommenen – fondsgebundenen Lebens- und Rentenversicherung. Der Sukkus der Entscheidung ließe sich jedoch auf Immobilienmakler übertragen (so *Pesek* aaO).

¹⁵ Statt aller *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 382; *Schwarzenegger* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 18 FAGG Rz 4; *Geiger* in Keiler/Klauser, Verbraucherrecht (2015) § 18 FAGG Rz 2.

¹⁶ Ausführlich zur Qualifikation des Maklervertrags als Vertrag sui generis ohne Hauptleistungspflichten etwa *Fromherz*, Der Zivilmaklervertrag (1990) 67; *ders*, MaklerG (1997) § 4 Rz 1 f; *S. Krieger*, Immobilienmakler 13 ff, 58 f. Auf die Erfüllung von Nebenpflichten kommt es bei der Frage nach der vollständigen Erbringung der Dienstleistung nicht an (so die ganz hA zur dt Umsetzungsbestimmung des § 356 Abs 4 BGB; s *Fritsche* in MüKoBGB III⁸ [2019] § 356 Rz 42).

¹⁷ Grundlegend in der Judikatur OGH 2 Ob 554/76 HS 9782 = MietSlg 28.520; 1 Ob 782/81 SZ 55/5; weitere Nachw in RIS-Justiz RS0119614; RS0063000.

¹⁸ RIS-Justiz RS0062723 [insb T 8 und T 11]; näher zu den Voraussetzungen einer provisionsbegründenden Namhaftmachung iS von § 6 MaklerG zB *Kothbauer*, Zum Provisionsanspruch des Maklers (II), immolex 2011, 320.

len.¹⁹ Ein der teilweise erbrachten Leistung entsprechender Betrag lässt sich jedoch beim Maklervertrag – anders als in den typischen Fällen des § 16 Abs 1 FAGG – nicht ermitteln. Entweder wird der Makler verdienstlich tätig und das Hauptgeschäft wird abgeschlossen; dann hat er Anspruch auf die Provision. Oder das zu vermittelnde Geschäft kommt zu keinem Abschluss; dann erhält er nichts. Daraus folgert *Pesek*²⁰ zutreffend, dass der Makler bei Namhaftmachung des Abgebers und Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts auch im Regime des § 16 FAGG die volle Provision erhält.²¹

II. Form und Inhalt der Aufforderungserklärung iS von § 10 FAGG

Neben der Frage nach dem Zeitpunkt der vollständigen Erbringung der Maklertätigkeit stellt sich bei der Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG auch die Frage, in welcher Form der Interessent das Verlangen auf vorzeitige Vertragserfüllung erklären muss. § 10 FAGG sieht lediglich bei Auswärtsgeschäften (§ 3 Z 1 FAGG) vor, dass die Aufforderungserklärung auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss (§ 10 FAGG). Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim Vertrag zwischen einem Immobilienmakler und dem Interessenten zumeist um einen Fernabsatzvertrag iS von § 3 Z 2 FAGG, sodass das *Formerfordernis nicht greift*. Im Streitfall ist das Verlangen des Verbrauchers jedoch vom Makler nachzuweisen, sodass die Erklärung aus Beweisgründen dennoch schriftlich oder per E-Mail eingeholt werden sollte.²²

1. Das Verlangen des Verbrauchers als „aktive Handlung“

Mit der Formfrage verwandt ist das Erfordernis, dass das Verlangen des Verbrauchers „aktiv“ erfolgen muss.²³ Eine Klausel in AGB, wonach der Makler vom Interessenten zum vorzeitigen Tätigwerden aufgefordert wird, bewirkt keine Ausnahme vom Rücktrittsrecht.²⁴ Nicht zu beanstanden ist hingegen, dass die *Erklärung vom Makler vorformuliert* wird, wie der OGH in der E 8 Ob 122/17z²⁵ klarstellt: „Der Verbraucher kann selbstredend durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens sein Verlangen auf vorzeitige

Vertragserfüllung (§ 10 FAGG) zum Ausdruck bringen. Ob er dies selbst oder mit seinem Willen getragen und in seiner Anwesenheit der Vertragspartner für ihn tut, kann keinen Unterschied machen.“²⁶

Als ratio decidendi führt der achte Senat aus, dass die überaus scharfe Rechtsfolge des (anteiligen) Entgeltverlusts gegen ein allzu rigores Verständnis des Erfordernisses eines aktiven Verhaltens spreche. Trotz dieser Wortwahl sollten Makler in praxi allerdings nicht dazu übergehen, das Verlangen des Interessenten bei Übermittlung einer vorformulierten Erklärung durch eine sog. „pre-ticked-Box“ (also einem „Ankreuzkästchen“, das bereits mit einem Häkchen versehen ist) zu markieren. In dieser Situation wird das Erfordernis der aktiven Erklärung des Verbrauchers im Schrifttum wohl zu Recht verneint.²⁷

2. Bestätigung über die Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts

Was den Inhalt der vorformulierten Erklärung betrifft, ist Folgendes zu beachten: Der Entfall des Rücktrittsrechts des Verbrauchers setzt nicht nur eine Aufforderung des Interessenten zum vorzeitigen Tätigwerden iS von § 10 FAGG voraus, sondern auch eine *Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts* bei rechtzeitiger Erbringung der Dienstleistung (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG). Sinnvollerweise sollte der vorformulierte Text daher auch eine entsprechende Bestätigung enthalten und könnte bspw. lauten: „Der Auftraggeber wünscht ein vorzeitiges Tätigwerden des Maklers innerhalb offener Rücktrittsfrist und nimmt zur Kenntnis, dass er damit bei vollständiger Vertragserfüllung (Namhaftmachung) das Rücktrittsrecht vom Maklervertrag gem § 11 FAGG verliert. Eine Pflicht zur Zahlung der Provision besteht aber erst nach Zustandekommen des vermittelten Geschäfts (Kaufvertrag, Mietvertrag) aufgrund der verdienstlichen, kausalen Tätigkeit des Maklers.“²⁸

III. Zur Bedeutung der Informationspflichten des § 4 Abs 1 FAGG im Kontext von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG

1. Meinungsstand im Schrifttum

Streitig ist im Schrifttum auch die Frage, ob der Verbraucher neben der in § 18 Abs 1 Z 1 FAGG genannten Aufklärung über den Verlust des Rücktrittsrechts noch weitere Informationen erhalten muss. Nach *Hammerl*²⁹ erfordert ein wirksames Verlangen nach vorzeitiger Erbringung der Makler-

¹⁹ *Stabentheiner*, VbR 2014, 122; *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 359; *Schwarzenegger* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 16 FAGG Rz 18 ff.

²⁰ Wobl 2014, 196 f.

²¹ Bzw mE erhalte.

²² *Dehn* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 10 FAGG Rz 10; *Geiger* in Keiler/Klauser, Österr und Europäisches Verbraucherrecht § 10 FAGG Rz 4. Aufgrund des zeitlichen Rahmens empfiehlt sich eine elektronische Einholung per E-Mail (s dazu unten Pkt B.IV.1).

²³ Leitfaden der GD Justiz zur Verbraucherrechte-RL 60 (abrufbar unter: www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Leitfaden_RLV.pdf); *Geiger* in Keiler/Klauser, Österr und Europäisches Verbraucherrecht § 10 FAGG Rz 4.

²⁴ *Holzappel*, immolex 2014, 183.

²⁵ OGH 8 Ob 122/17z ZFR 2018/90, 191 = VbR 2018/12, 29 (*Wendehorst*).

²⁶ Gleichlautend RIS-Justiz RS0131796.

²⁷ Siehe nur *Hammerl* in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ (2015) § 10 FAGG Rz 5; *Geiger* in Keiler/Klauser, Österr und Europäisches Verbraucherrecht § 10 FAGG Rz 4; jeweils mwN.

²⁸ So der Wortlaut der Aufforderungserklärung im Fall der E 8 Ob 122/17z, bei dem der Makler das einschlägige Muster des ÖVI verwendete.

²⁹ In *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 10 FAGG Rz 5, § 18 FAGG Rz 5.

dienstleistung, dass der Verbraucher gem § 4 Abs 1 Z 8 FAGG über das Rücktrittsrecht und die allfällige Pflicht zur Zahlung eines anteiligen Betrags im Rücktrittsfall (§ 4 Abs 1 Z 10 FAGG) durch Information auf einem dauerhaften Datenträger belehrt wird; denn § 10 FAGG könne seine Signalwirkung nur dann entfalten, wenn der Verbraucher in Kenntnis seines Rücktrittsrechts und sämtlicher Rechtsfolgen einen bewussten Akt setzt. Ähnlich betonen *Leupold/Kolba*³⁰, der Rücktrittsausschluss des § 18 Abs 1 Z 1 FAGG setze in richtlinienkonformer Auslegung (die Autoren verweisen auf die Worte „ganz oder teilweise erbracht wurden“ in Art 14 Abs 4 lit a iVm Art 6 Abs 1 lit h der VRRL) voraus, dass die Informationspflicht gem § 4 Abs 1 Z 8 FAGG ordnungsgemäß – dh auch in der vorgesehenen Form³¹ – erfüllt wurde. Demgegenüber sei § 18 Abs 1 Z 1 FAGG nicht anwendbar, wenn sich die Rücktrittsfrist gem § 12 FAGG verlängere. Ebenso erachtet *Wendehorst*³² die Erfüllung der Informationspflicht des § 4 Abs 1 Z 8 FAGG als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG, zumal ein entsprechender Belehrungsmangel den Verbraucher daran hindern könne, den Rücktritt rechtzeitig vor vollständiger Erbringung der Dienstleistung zu erklären.

Demgegenüber vertritt *Schwarzenegger*³³, dass die Verletzung der Informationspflichten von § 4 Abs 1 Z 8 und Z 10 FAGG dem Entfall des Rücktrittsrechts nicht entgegenstehe. Dies folgert der Autor aus § 18 Abs 1 Z 1 FAGG, der die Einhaltung von § 4 Abs 1 Z 8 FAGG nicht als Voraussetzung des Entfalls des Rücktrittsrechts anführt. Aus Art 14 Abs 4 lit a VRRL könne kein Anhaltspunkt für das gegenteilige Ergebnis gewonnen werden. Dass der Verbraucher unter den dort bestimmten Voraussetzungen von der Zahlung befreit ist, wenn die Leistung „ganz oder teilweise“ erbracht worden ist, bedeute nicht, dass jede Verletzung von § 4 Abs 1 Z 8 FAGG (und schon gar nicht eine Verletzung von § 4 Abs 1 Z 10 FAGG) auch eine Verletzung des § 18 Abs 1 Z 1 FAGG darstelle; insb bei bloß formal unzureichender Aufklärung über das Rücktrittsrecht treffe dies nicht zwangsläufig zu.³⁴

2. Position der Judikatur

Dieser Ansicht schloss sich der OGH in der E 8 Ob 122/17z³⁵ an: Weder der *Wortlaut von Art 16 lit a VRRL* noch jener von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG verlange für einen Entfall des Rücktrittsrechts, dass der Verbraucher über dasselbe ordnungsgemäß belehrt

wurde, oder dass andere Informationspflichten eingehalten wurden. Dass die Erfüllung von Informationspflichten Voraussetzung für den Ausschluss des Widerrufsrechts wäre, sei zudem weder den Erwägungsgründen der Richtlinie noch den *österr Gesetzesmaterialien* zu entnehmen. Letztere legen lediglich dar, dass die Ausnahme vom Rücktrittsrecht wegen vollständiger Erbringung der Dienstleistung nicht zum Tragen kommt, „wenn es an einem ausdrücklichen Verlangen des Verbrauchers hinsichtlich der vorzeitigen Vertragserfüllung oder einer Bestätigung des Verbrauchers über seine Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts mangelt“ und dass „in diesen Fällen“ der Verbraucher trotz vollständiger Dienstleistungserbringung vom Vertrag zurücktreten kann.³⁶

Der Begründung des OGH ist beizupflichten: Neben dem Wortlaut von Art 16 lit a VRRL und § 18 Abs 1 Z 1 FAGG kann für die Ansicht des Höchstgerichts auch der Gesetzeszweck in Stellung gebracht werden. Ratio der Regelungen ist, den Unternehmer davor zu schützen, dass der Verbraucher zurücktritt, nachdem die Dienstleistung schon vollständig erbracht wurde.³⁷ Art 16 lit a VRRL und § 18 Abs 1 Z 1 FAGG sind Ausdruck des Verbots eines *venire contra factum proprium*.³⁸ Das widersprüchliche Verhalten ist darin zu sehen, dass der Verbraucher die gewünschte Dienstleistung zunächst als derart dringlich beschreibt, dass er mit ihrer Erbringung nicht bis zum Ablauf der 14-tägigen Rücktrittsfrist zuwarten könne.³⁹ Anschließend erklärt er jedoch, dass er den entsprechenden Vertrag über die Dienstleistung nur aufgrund der (bei Fernabsatz- und Auswärtsgeschäften unwiderleglich vermuteten) Überumpelungssituation geschlossen habe und tritt gem § 11 FAGG vom Vertrag zurück. Das Zuwiderhandeln gegen das eigene frühere Verhalten besteht unabhängig von der Erfüllung der Informationspflichten nach § 4 Abs 1 FAGG. Vor diesem Hintergrund ist die Position des OGH stringent, wonach Art 16 lit a VRRL bzw § 18 Abs 1 Z 1 FAGG keine dahingehenden ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale enthalten.⁴⁰

³⁶ ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 38.

³⁷ Statt vieler *Stabentheiner*, VbR 2014, 117.

³⁸ So zur Rechtslage in Deutschland *Fritsche* in MüKoBGB III⁸ (2019) § 356 Rz 42 mit weiteren Nachw zum dt Schrifttum.

³⁹ Das ist der Erklärungswert einer Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden iS von § 10 FAGG.

⁴⁰ Fraglich ist allerdings, ob die richtlinienkonforme Auslegung von § 18 Abs 1 Z 1 FAGG tatsächlich derart offenkundig ist, dass aufgrund der sog „acte-clair Doktrin“ die Vorlagepflicht des OGH (Art 267 AEUV) entfällt, wie das in 8 Ob 122/17z angenommen wird (krit auch *Wendehorst*, VbR 2018, 30). Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte setzt nach der CILFIT-Judikatur des EuGH (6.10.1982, Rs 283/81, CILFIT – Slg 1982, 3415) voraus, dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass *keinerlei (!)* Raum für vernünftige Zweifel bleibt. Derartige Zweifel können aber in Anbetracht des oben referierten Meinungsstreits nicht ausgeschlossen werden. Daher wäre der OGH gem Art 267 AEUV gehalten gewesen, die Auslegungsfrage in einem Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH heranzutragen.

³⁰ Verbraucherrecht Rz 357, Rz 386.

³¹ Siehe dazu unten Pkt C.II.1.

³² Anm zu 8 Ob 122/17z, VbR 2018, 30 (zu dieser E so gleich im Text).

³³ In *Schwimmann/Kodek*, ABGBVa⁴ § 16 FAGG Rz 11 ff, § 18 FAGG Rz 4.

³⁴ Im Ergebnis ebenso *Dehn* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 4 FAGG Rz 54, § 10 FAGG Rz 11; *Docekal/Ecker/Kogelmann/Kolba* in *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht (2015) 113 f; *Lurger*, Widerrufsrechte, in *P. Bydliński/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 53 (64, 81).

³⁵ ZFR 2018/90, 191 = VbR 2018/12, 29 (*Wendehorst*).

IV. Elektronische Einholung der Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden iS von § 10 FAGG

1. Der zeitliche Rahmen für ein Verlangen iS von § 10 FAGG

Für das Tagesgeschäft von Maklern bedeutsam ist auch die Frage, wie die Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG zu bewerkstelligen ist. Um ein sinnvolles Konzept entwickeln zu können, sollte man sich zunächst den zeitlichen Rahmen vor Augen führen: Diesbezüglich leitet *Dehn* aus dem Wortlaut von § 10 FAGG und aus dem Telos dieser Bestimmung in Zusammenschau mit § 18 Abs 1 Z 1 leg cit zu Recht ab, dass das *Verlangen des Verbrauchers* auf vorzeitiges Tätigwerden des Unternehmers nicht vor Vertragsabschluss, wohl aber *vor Beginn der Erbringung der Dienstleistung* erklärt werden muss.⁴¹ Folglich obliegt es dem Makler, die Aufforderung des Interessenten vor Übermittlung des Exposés einzuholen.⁴² Dies gilt auch dann, wenn man die Namhaftmachung der Abschlussgelegenheit und die Individualisierung des Abgebers nicht als vollständige Erbringung der Vermittlungstätigkeit ansieht,⁴³ weil durch die Übermittlung des Exposés mit der Erbringung der Maklerdienstleistung jedenfalls begonnen wird. Fordert der Interessent den Realitätenvermittler nach diesem Zeitpunkt zum vorzeitigen Tätigwerden auf, bewirkt das Verlangen keinen Entfall des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG.

2. Softwarelösung: automatisch generierte E-Mail an den Interessenten vor Übermittlung des Exposés

Will der Makler auf die Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG hinwirken, sollte er daher vor Übermittlung des Exposés einen zusätzlichen Schritt in die Korrespondenz mit dem

⁴¹ *Dehn* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 10 FAGG Rz 9; ebenso *Schwarzenegger* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 16 FAGG Rz 10; aA *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 259: nach diesen Autoren muss das Verlangen nicht nur vor Beginn der Dienstleistungserbringung eingeholt werden, sondern grds bereits vor Abschluss des Vertrags über die jeweilige Dienstleistung. Die dafür ins Treffen geführten Bestimmungen des § 904 ABGB und § 7a KSchG tragen diese Ansicht jedoch nicht.

⁴² Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man die E 8 Ob 122/17z dafür ins Treffen führen, dass der Interessent die Aufforderungserklärung auch nach Übermittlung des Exposés abgeben kann. Schließlich heißt es im Judikat: „Der Verbraucher kann selbstredend durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens sein Verlangen auf vorzeitige Vertragserfüllung (§ 10 FAGG) zum Ausdruck bringen. Ob er dies selbst oder mit seinem Willen getragen und in seiner Anwesenheit der Vertragspartner für ihn tut, kann keinen Unterschied machen“ (s dazu bereits oben Pkt B.II.1). Der Fall betraf allerdings die Beziehung zum Abgeber. Dem Abgeber wurde in casu die Aufforderungserklärung auf Papier gezeigt. Anschließend kreuzte der Makler die „Checkbox“ mit Willen des Abgebers an. All das erfolgte vor Beginn der Vermittlungstätigkeit.

⁴³ Siehe zum entsprechenden Meinungsstreit oben Pkt B.I.

Interessenten einbauen, sodass diese – im praktisch bedeutsamsten Fall, nämlich der Kontaktaufnahme durch den Interessenten infolge Sichtung des Objekts auf einer online-Plattform – etwa folgendermaßen verlaufen könnte: Schreibt der Interessent den Makler an, erhält er zunächst eine automatisch generierte E-Mail, die (erstens) die essentialia negotii des Maklervertrags – insb einen Hinweis auf die Provisionserwartung⁴⁴ – sowie (zweitens) ein *vorformuliertes Verlangen auf vorzeitiges Tätigwerden* des Maklers iS von § 10 FAGG inkl einer Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts bei rechtzeitiger Vollendung der Dienstleistung enthält.⁴⁵ Die entworfenen Aufforderungserklärung kann der Verbraucher bei entsprechender Softwarelösung durch einen Klick auf einen Button bestätigen und sodann elektronisch an den Makler retournieren. Erst als Reaktion darauf wird dem Interessenten das Exposé bereitgestellt.

Die Rückübermittlung der vorformulierten Aufforderungserklärung durch den Verbraucher bewirkt in rechtlicher Hinsicht zweierlei: Erstens sind dadurch die Voraussetzungen für die *Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG* erfüllt und zweitens kommt dadurch der Maklervertrag mit dem Interessenten zustande. Die E-Mail an den Interessenten stellt ein Angebot auf Abschluss eines solchen Vertrages dar, das durch das „Ankreuzen“ der *Aufforderungserklärung* zum vorzeitigen Tätigwerden per Mausklick und Übermittlung der Erklärung an den Makler angenommen wird. Zu diesem Zeitpunkt hat der Makler seine Provisionserwartung bereits offengelegt, sodass das Verlangen des Interessenten als (konkludente) Willenserklärung auf Abschluss einer Courtagevereinbarung zu deuten ist. Schließlich ist nach stRsp vom stillschweigenden Abschluss eines Maklervertrags auszugehen, wenn der Makler ausdrücklich zu erkennen gibt, dass er beabsichtigt, bei Wirksamkeit des Hauptgeschäfts (auch) von ihm Provision zu begehren, und der Interessent danach die Tätigkeit des Maklers in Anspruch nimmt ohne dem Provisionsbegehren zu widersprechen.⁴⁶ An die-

⁴⁴ Siehe zur Formulierung dieses Provisionshinweises unten Pkt C.I.2. Der Makler kann dem Interessenten die Provisionserwartung erst zu einem späteren Zeitpunkt mitteilen. Allerdings kommt in diesem Fall der Maklervertrag zu einem späteren Zeitpunkt zustande. Weist der Makler bspw erst in der E-Mail, mit der dem Interessenten das Exposé übermittelt wird, auf seine Provisionserwartung hin und wendet sich der Interessent daraufhin eigenständig an den Abgeber (dessen Identität man mit den im Exposé enthaltenen Informationen regelmäßig eruieren kann), ohne die Vermittlungstätigkeit in Anspruch zu nehmen, schließt der Interessent mit dem Makler keine Provisionsvereinbarung ab.

⁴⁵ Näher zur Arbeit mit einer Makler-Software und ihren Funktionen OIZ 2016 H 9, 36 ff; OIZ 2017 H 1-2, 40 ff.

⁴⁶ Statt vieler OGH 8. 7. 2003, 5 Ob 120/03p; 29. 4. 2003, 5 Ob 49/03x immolex 2004/40, 58; 6 Ob 71/07w bbl 2008/204, 228; RIS-Justiz RS0062234; s im Schrifttum zB *Fromherz*, MaklerG § 1 Rz 46; *Noss*, Rechtsprechungsübersicht zum (schlüssigen) Zustandekommen eines Maklervertrages, immolex 2009, 140; *dies*, Maklerrecht⁴ (2014) 9 f; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ (2016) § 6 Rz 3; ausführlich zum konkludenten Abschluss von Maklerverträgen *Fromherz*, Zivilmaklervertrag 37 ff; *Kepplinger*,

ser Judikatur ist für den Zeitraum nach Inkrafttreten des FAGG festzuhalten.⁴⁷

V. Informationspflichten nach § 4 Abs 1 FAGG und § 30b KSchG

Wie gezeigt, erteilt eine Verletzung der Informationspflichten des § 4 Abs 1 FAGG der Ausnahme vom Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG keinen Abbruch (Pkt B.III.2). Dennoch sollten Makler diese Aufklärungspflichten in der vorgesehenen Form erfüllen, wenn sie vom Interessenten nach Maßgabe von § 10 FAGG zum vorzeitigen Tätigwerden aufgefordert werden.⁴⁸ Entfallen können lediglich die obsoleten Informationen über die Rechtsfolgen des Rücktrittsrechts sowie die Übermittlung des Muster-Widerrufsformulars.⁴⁹

Bei der Verletzung sonstiger Informationspflichten des § 4 Abs 1 FAGG sind nachteilige irrumsrechtliche und (bei Verschulden) auch schadenersatzrechtliche Folgen denkbar.⁵⁰ Darüber hinaus sind Verstöße gegen § 4 Abs 1 FAGG mit *Verwaltungsstrafe* bis zu 1.450 € sanktioniert, berechtigen die in § 29 KSchG genannten Verbände bei Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen der Verbraucher gem § 28a KSchG zur Erhebung von *Verbandsklagen* und können als *irreführende Geschäftspraktik* iS von § 2 Abs 4 und 5 UWG auch wettbewerbsrechtliche Folgen nach sich ziehen.⁵¹ Ebenso sollte der Makler dem Interessenten vor Abschluss des vermittelten Hauptgeschäfts eine schriftliche Übersicht mit den in § 30b Abs 1 KSchG genannten Informationen aushändigen, weil ansonsten eine Minderung des Provisionsanspruchs droht (§ 30b Abs 1 KSchG iVm § 3 Abs 4 MaklerG).⁵²

C. Keine Aufforderung zum vorzeitigen Tätigwerden

Die Aufforderung eines Makler an den Interessenten, zunächst eine Erklärung in Richtung eines vorzeitigen Tätigwerdens abzugeben, führt häufig

Eigenhaftung von Vertragsgehilfen für fehlerhafte Beratung (2016) 53 ff.

⁴⁷ OGH 3 Ob 131/16k wobl 2017/66, 202 (*Kothbauer*) = EvBl 2017/72, 501 (*Legath*) = immolex 2017/57, 159 (*Hagen*); 10 Ob 46/18i RdW 2018/586, 781; 20.2.2019, 3 Ob 224/18i; *Kepplinger*, Der Maklervertrag mit dem Interessenten und das FAGG, immolex 2018, 134 (135 f); s dazu auch noch unten FN 59.

⁴⁸ Siehe zu den Informationspflichten nach § 4 Abs 1 FAGG noch unten Pkt C.II.

⁴⁹ Siehe zu diesem Widerrufsformular noch unten Pkt C.II.3.

⁵⁰ *Dehn* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 4 Rz 55.

⁵¹ *Dehn* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 4 Rz 56; ausführlich *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 174 ff; s zum Tatbestand der irreführenden Geschäftspraktik durch das Verheimlichen von Informationen nur *Anderl/Appl* in Wiebe/Kodek, UWG² (2016) § 2 Rz 477 ff.

⁵² Näher zur Provisionsminderung wegen Verletzung der Informationspflichten des § 30b KSchG unten Pkt C.I.2. Der Rücktritt vom Maklervertrag infolge eines Rücktritts vom Immobiliengeschäft gem § 30a Abs 2 KSchG wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher thematisiert.

zu Schwierigkeiten: Abgesehen von der „*elektronischen Zettelwirtschaft*“⁵³ und den Anschaffungskosten für die erforderliche Software kann sie für Makler vor allem deshalb nachteilig sein, weil Kunden dadurch häufig irritiert und verunsichert werden.⁵⁴ Die Vertrauensbeziehung zum Interessenten ist jedoch für eine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit essentiell. Daher nehmen manche Realitätenvermittler von der Obliegenheit des § 10 FAGG Abstand und akzeptieren einen möglichen Verlust ihres Provisionsanspruchs infolge eines Rücktritts nach § 11 FAGG.⁵⁵ Wählt ein Makler diese Geschäftspraktik, stellen sich vornehmlich die Fragen, ab welchem Zeitpunkt die Rücktrittsfrist des § 11 FAGG zu laufen beginnt und wie eine Verlängerung dieser Frist verhindert werden kann.

I. Beginn der 14-tägigen Rücktrittsfrist ab Abschluss des Maklervertrags

Die Rücktrittsfrist beginnt bei Verträgen über Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsschlusses zu laufen (§ 11 Abs 2 Z 1 FAGG).⁵⁶ Folglich kann der Interessent innerhalb von 14 Tagen ab Abschluss des Maklervertrags von diesem zurücktreten. Bei der *Fristenberechnung* ist der Tag des Fristenbeginns nicht mitzuzählen (§ 902 ABGB).⁵⁷ Obwohl es sich um eine materiellrechtliche Frist handelt, kommt dem Interessenten gem § 13 Abs 1 S 2 FAGG das sog *Postprivileg* zugute; dh es genügt, wenn der Interessent den Rücktritt am letzten Tag absendet, mag diese Erklärung dem Makler auch erst nach Ende der Rücktrittsfrist zugehen.

1. Abschluss des Maklervertrags

Strebt der Makler keine Ausnahme vom Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG an, gestaltet sich der Abschluss der Provisionsvereinbarung mit dem Interessenten im Regelfall so, wie vor Einführung des FAGG: Der Interessent entdeckt ein Inserat des Realitätenvermittlers in einer Zeitung, auf einer online-Plattform oder in einem sozialen Netzwerk und kontaktiert den Makler telefonisch oder per E-Mail. Daraufhin übermittelt der Intermediär dem Interessenten ein *Exposé*, das nicht nur Informationen über das Objekt beinhaltet, sondern in dem der Makler auch seine *Provisionserwartung* zum

⁵³ *Holzappel*, immolex 2014, 184.

⁵⁴ Vgl *Knoll/Scharmer*, IWD – Honorarvereinbarungen des Immobilienmaklers im Spannungsfeld von Judikatur und Verbraucherrechte-RL, wobl 2017, 9 (10). Beim zitierten Beitrag handelt es sich um eine Zusammenfassung der zentralen Aussagen eines Vortrags von *MMag. Anton Holzappel*, den dieser am 28.11.2016 im Rahmen der Vortragsreihe „Innsbrucker Wohnrechtlicher Dialog“ hielt.

⁵⁵ Siehe dazu nur den Sachverhalt der E OGH 20.2.2019, 3 Ob 244/18i sowie den unter folgendem Link aufrufbaren Zeitungsartikel: <https://derstandard.at/2000006400321/Viele-Makler-wenden-neues-Gesetz-nicht-an>.

⁵⁶ Sofern der Unternehmer zu diesem Zeitpunkt bereits seine Informationspflichten nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG erfüllt hat (s dazu unten Pkt C.II).

⁵⁷ ErwGr 41 der VRRLL.

Ausdruck bringt. Nimmt der Interessent daraufhin die Tätigkeit des Maklers weiterhin in Anspruch, ohne diesem Provisionsbegehren zu widersprechen, kommt es zum Abschluss eines Maklervertrags.⁵⁸ Die Judikatur, wonach vom *konkludenten Abschluss eines Maklervertrags* auszugehen ist, wenn der Makler ausdrücklich zu erkennen gibt, dass er bei einer erfolgreichen Vermittlung auch vom Interessenten Provision begehrt, und letzterer die Tätigkeit des Maklers in Anspruch nimmt, ohne diesem Provisionsbegehren zu widersprechen, gilt auch für den Zeitraum nach Inkrafttreten des FAGG.⁵⁹ Fraglich ist jedoch, wie der Provisionshinweis ausgestaltet sein muss.

2. Provisionshinweis des Maklers

Schon zur Rechtslage vor Inkrafttreten des FAGG legte die Judikatur an die Deutlichkeit des Provisionshinweises einen strengen Maßstab an. Als unzureichend wurde etwa die Äußerung beurteilt, „es müsse eine honorige Lösung gefunden werden, die alle Teile zufrieden stellt“.⁶⁰ Dass der Makler dem Interessenten die *konkrete Höhe der Provision* mitteilt, wurde hingegen bislang nicht als erforderlich erachtet.⁶¹ Insofern könnte sich jedoch die Gesetzeslage geändert haben. § 4 Abs 1 Z 4 FAGG verpflichtet nunmehr zur *Information über das gesamte Entgelt* für die Erbringung der Dienstleistung, das als Bruttobetrag einschließlich USt anzuführen ist. Kann die Höhe der Provision im Zeitpunkt der Informationserteilung nicht ziffernmäßig bestimmt werden, ist (klar und verständlich) über die Art der Provisionsberechnung zu informieren.⁶²

Die Sanktionen bei Verletzung der Informationspflicht über die Höhe des Entgelts sind in § 4 Abs 5 FAGG geregelt. Hat der Unternehmer seine Pflicht zur Information über „*sonstige Kosten*“ nach § 4 Abs 1 Z 4 FAGG nicht erfüllt, hat der Verbraucher diese Kosten nicht zu tragen. Bei einer unterlassenen Information über den Gesamtpreis (einschließlich Steuern und Abgaben) greift diese Sanktion jedoch

nicht.⁶³ Zwar betrachten Interessenten die Maklerprovision häufig als zusätzliche Kosten zum Hauptgeschäft. Gemessen am Maklervertrag (und damit am Fernabsatzvertrag) stellt die Pflicht zur Zahlung der Provision jedoch die Hauptleistungspflicht des Interessenten dar.⁶⁴ Damit führt eine unterlassene Information über die Provisionshöhe *nicht zur Sanktion des § 4 Abs 5 FAGG*. Wird die Höhe der Provision nicht näher bestimmt, gilt eine *ortsübliche Provision* als vereinbart (§ 8 Abs 1 MaklerG), hinsichtlich derer die Judikatur auf die – in den §§ 12, 15–27 IMV⁶⁵ verordneten – Höchstprovisionsätze rekurriert, sofern der Makler gewerblich tätig ist.⁶⁶

Freilich ist in diesem Kontext auch § 30b KSchG zu beachten.⁶⁷ Nach dieser Bestimmung hat der Immobilienmakler dem Interessenten vor Abschluss des Maklervertrags eine *schriftliche Übersicht* zu geben, aus der hervorgeht, dass er als Makler einschreitet, und die sämtliche dem Verbraucher durch den Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts voraussichtlich erwachsenden Kosten, einschließlich der (*gesondert anzuführenden*) *Vermittlungsprovision* ausweist. Erfüllt der Makler diese Pflicht nicht spätestens vor Abgabe einer Vertragserklärung des Interessenten auf Abschluss des vermittelten Immobiliengeschäfts, ist qua Verweis § 3 Abs 4 MaklerG anzuwenden. Der *Provisionsanspruch* des Maklers wird nach Maßgabe dieser Regelung *gemindert*; und zwar auch dann, wenn das Geschäft nicht anders abgewickelt worden wäre, hätte der Interessent ein Hinweisblatt iS von § 30b Abs 1 KSchG ausgefolgt erhalten.⁶⁸ Der Umfang der Provisionsminderung bemisst sich danach, wie stark der Verstoß gegen § 30b Abs 1 KSchG die Verdienstlichkeit des Maklers beeinträchtigt hat.⁶⁹ Das kann nur anhand des Einzelfalls beurteilt werden.

⁶³ Unstreitig: statt aller *Dehn* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 4 FAGG Rz 14; *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 176.

⁶⁴ *Fromherz*, Zivilmaklervertrag 67 f; *S. Kriegner*, Immobilienmakler 14.

⁶⁵ Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (BGBl 1996/297; zuletzt geändert durch BGBl II 2010/268).

⁶⁶ Siehe nur 8 Ob 502/93 SZ 66/41 in JBl 1994, 404 = MietSlg 45.596/9 = RdW 1994, 48 mit dem Hinweis, dass die in der IMV normierten Höchstsätze die branchenüblichen Sätze reeller Makler seien; s ferner OGH 6 Ob 71/07w RdW 2008/591; ausführlich im Schrifttum *Fromherz*, MaklerG § 8 Rz 13 ff; *Noss*, Maklerrecht⁴ 37; *Gartner/Karandi*, MaklerG³ § 8 Rz 5.

⁶⁷ Die Regelung zielt ua darauf ab, Streitigkeiten über die Frage, ob ein Maklervertrag konkludent zustande gekommen ist, möglichst hintanzuhalten (ErläutRV 2 BlgNR 20. GP 39).

⁶⁸ RIS-Justiz RS0115514; OGH 4 Ob 135/01h MietSlg LIII/23; 4 Ob 139/06d eolex 2007, 252; *Noss*, Maklerrecht⁴ Rz 78.

⁶⁹ Ausf zur Provisionsminderung unter Berücksichtigung der prozessualen Fragen *S. Kriegner*, Immobilienmakler 161 ff; s auch *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 30b KSchG Rz 8; *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2006) § 30b KSchG Rz 14.

⁵⁸ Siehe dazu die Nw oben in FN 46 und in FN 47.

⁵⁹ Dies ist in Anbetracht des missverständlichen Wortlauts von § 4 Abs 1 FAGG klarzustellen, wonach der Verbraucher die in der Regelung genannten Informationen erhalten muss, bevor er „*durch einen Vertrag oder seine Vertragserklärung gebunden ist*“. Dieser Passus regelt lediglich den Zeitpunkt der Informationserteilung. Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Aufklärungspflichten sind in § 4 Abs 5 FAGG normiert und ergeben sich zudem aus dem allgemeinen Zivilrecht (insb aus den §§ 871 f, 1295 ff ABGB). Anders als der Wortlaut von § 4 Abs 1 FAGG suggeriert, steht eine Verletzung der Informationspflichten dem wirksamen Abschluss eines Fernabsatzvertrags bzw eines Auswärtsgeschäfts jedoch nicht entgegen (unstr: statt aller *Cap*, Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie – Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, ÖJZ 2014, 707 [711]).

⁶⁰ OGH 6 Ob 503/89 HS XX/2; ähnlich restriktiv OGH 5 Ob 49/03x immolex 2004/40.

⁶¹ OGH 7 Ob 559//86 SZ 59/61; 6 Ob 38/00g MietSlg 52.641; 8 Ob 33/02i ImmZ 2003, 312 (*Assem/Knittel*); uva; s dazu auch *S. Kriegner*, Immobilienmakler 22.

⁶² *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 140; *Dehn* in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 4 FAGG Rz 15.

3. Weitere Inanspruchnahme der Vermittlungstätigkeit des Maklers durch den Interessenten

Zusätzlich zum Provisionshinweis setzt der Abschluss des Maklervertrags mit dem Interessenten voraus, dass dieser daraufhin die *Vermittlungstätigkeit des Maklers weiter in Anspruch nimmt*, ohne dem Provisionsbegehren zu widersprechen. Der Nachweis einer solchen Inanspruchnahme bereitet keine größeren Schwierigkeiten, wenn der Interessent den Makler nach Lektüre des Exposés *per E-Mail kontaktiert* und um Vereinbarung eines Besichtigungstermins bittet. Eine solche Nachricht stellt eine (schlüssige) Annahme des Angebots des Maklers auf Abschluss einer Provisionsvereinbarung dar. Die 14-tägige Rücktrittsfrist des § 11 Abs 2 Z 1 FAGG beginnt am darauffolgenden Tag zu laufen. Maklern ist zu raten, derartige Nachrichten zu archivieren, damit sie in einem etwaigen Rechtsstreit über die Provision als Urkunde vorgelegt werden können.

Diffiziler ist eine *telefonische Kommunikation* mit dem Interessenten, der das FAGG allgemein skeptisch gegenübersteht. Dies zeigt die Regelung des § 9 Abs 2 FAGG, wonach der Verbraucher an einen Dienstleistungsvertrag, der während eines *vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs* ausgehandelt wurde, erst gebunden ist, „wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Angebots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Anbots ebenfalls auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt.“ Ein vom Unternehmer eingeleiteter Anruf ist ein solcher, der vom Unternehmer angebahnt wurde. Das trifft nicht nur auf einen aktiven Erstanruf zu. Vielmehr greift die Regelung auch dann Platz, wenn der Unternehmer den Verbraucher zu einem Rückruf veranlasst hat.⁷⁰

Auf den Anruf eines Interessenten nach Lektüre des Exposés ist diese Formvorschrift mE nicht anzuwenden. Dagegen spricht insb, dass das Exposé (bzw die E-Mail des Maklers) bereits die essentialia negotii der Provisionsvereinbarung beinhaltet, weshalb diese dem Verbraucher im Zeitpunkt des Telefonats bereits auf einem dauerhaften Datenträger vorliegen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Makler den Anruf des Interessenten iS von § 9 Abs 2 FAGG einleitet (was für sich betrachtet zweifelhaft scheint), liegt keine „*telefonische Überrumpelungssituation*“ iS von Art 8 Abs 6 VRRRL bzw § 9 Abs 2 FAGG vor. Kontaktiert der Interessent den Makler nach Lektüre des Exposés telefonisch und wird im Rahmen dieses Telefonats ein Besichtigungstermin vereinbart, nimmt der Interessent die Vermittlungstätigkeit des Maklers in Kenntnis der Provisionserwartung weiter in Anspruch und es kommt zum konkludenten Abschluss eines Maklervertrags. Die Frist für einen § 11 FAGG-Rücktritt beginnt zu laufen. Um allfälligen Beweisschwierigkeiten vorzubeugen, sollte der Makler Zeitpunkt und Inhalt des

Telefonats in einem Aktenvermerk festhalten. Noch besser ist es, wenn der vereinbarte Besichtigungstermin unter Bezugnahme auf das geführte Telefonat *in einer E-Mail an den Interessenten festgehalten* wird. Unter Vorlage dieser E-Mail wird man das Ende der Rücktrittsfrist in einem etwaigen „*Provisionsprozess*“ regelmäßig unter Beweis stellen können.

II. Verlängerung der Rücktrittsfrist nach § 12 FAGG

Neben dem Abschluss des Maklervertrags setzt der Beginn des Laufs der 14-tägigen Rücktrittsfrist voraus, dass der Verbraucher zutreffend und *in der vorgesehenen Form über das Rücktrittsrecht belehrt* wurde (§ 12 Abs 2 FAGG).⁷¹ Widrigenfalls verlängert sich der Fristbeginn um bis zu zwölf Monate. Er beträgt daher höchstens ein Jahr und 14 Tage (§ 12 Abs 1 FAGG). Aus dem Verweis auf § 4 Abs 1 Z 8 FAGG folgt, dass lediglich eine Verletzung der dort normierten Informationspflichten fristverlängernd wirkt.⁷² Die Missachtung sonstiger in § 4 Abs 1 FAGG normierter Aufklärungspflichten löst lediglich irrtums- bzw schadenersatzrechtlicher Folgen aus und ist gem § 19 FAGG mit einer Verwaltungsstrafe bedroht. Die Rücktrittsfrist verlängert sich jedenfalls dann, wenn der Interessent überhaupt nicht über das Rücktrittsrecht belehrt wurde. Gleiches gilt auch dann, wenn diese Belehrung unverständlich erklärt oder verschleiert wurde.⁷³

1. Information auf einem dauerhaften Datenträger im Zeitpunkt der Übermittlung des Exposés

Hinsichtlich der Form der Belehrung sieht § 7 Abs 1 FAGG für Fernabsatzverträge – anders als § 5 Abs 1 FAGG für Auswärtsgeschäfte – vor, dass die Informationserteilung vor Abgabe der Vertragserklärung nicht stets auf einem dauerhaften Datenträger zu erteilen ist, sondern „*in einer dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise*“; dh mediengerecht.⁷⁴ Wie dieser schwammige Begriff auszulegen ist,⁷⁵ hat im Verhältnis Immobilienmakler/Interessent in Anbetracht von § 7 Abs 3 FAGG kaum praktische Bedeutung.

Die Bestimmung des § 7 Abs 3 FAGG sieht ua vor, dass der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen innerhalb angemessener Frist nach dem Vertragsschluss – spätestens *vor Beginn der Dienstleistungserbringung* – auf einem dauerhaften Daten-

⁷¹ Das ist der eigentliche Regelungsgehalt von § 12 Abs 2 FAGG. Siehe dazu auch die legistisch besser gelungene Umsetzungsbestimmung des § 356 Abs 3 BGB: „*Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat. [...]*“

⁷² ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 34.

⁷³ Kolba/Leupold, Verbraucherrecht Rz 284.

⁷⁴ ErwGr 36 der VRRRL.

⁷⁵ Insofern hat auch die jüngste Vorabentscheidung des EuGH vom 23.1.2019 (C-430/17 [Walbusch Walter Busch]) wichtige Fragen offen gelassen.

⁷⁰ Statt vieler Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 9 FAGG Rz 7; Kolba/Leupold, Verbraucherrecht Rz 247.

träger nachzureichen hat, sofern das ursprünglich nicht erfolgt ist. Wie bereits mehrfach erwähnt, nimmt die Maklerdienstleistung im Verhältnis zum Interessenten bereits mit *Übermittlung des Exposés* ihren Anfang, sodass dem Interessenten die Information über das Rücktrittsrecht spätestens zeitgleich auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt werden muss. Besteht zu diesem Zeitpunkt noch kein Maklervertrag, ist die *Informationserteilung auf einem dauerhaften Datenträger gemeinsam mit der Übermittlung des Exposés* jedenfalls rechtzeitig. Hier kann auch die Streitfrage dahingestellt bleiben, ob sich die Rücktrittsfrist des § 11 Abs 2 Z 1 FAGG um den Zeitraum von einer (lediglich) mündlichen Informationserteilung bis zur Belehrung auf einem dauerhaften Datenträger verlängert.⁷⁶ Ferner ist es grds. einerlei, ob die elektronische Belehrung über das Rücktrittsrecht in der Mailbox oder im „Spam-Ordner“ des Interessenten einlangt. In stringenter Anwendung der Empfangstheorie hat der OGH jüngst in der E 3 Ob 224/18i⁷⁷ klargestellt, dass (auch) das Einlangen der Erklärung im Spam-Ordner des Interessenten an der von diesem angegebenen E-Mail-Adresse als wirksamer Zugang zu beurteilen ist.

2. Inhalt der Aufklärungspflichten

Inhaltlich fordert § 4 Abs 1 Z 8 FAGG eine Information über die (fehlenden) Bedingungen, über die Frist und über die Vorgangsweise bei der Ausübung eines Rücktritts nach § 11 FAGG.⁷⁸ Um diesen Erfordernissen gerecht zu werden, sollten sich Makler bei der Formulierung der Information stark an der *Muster-Widerrufsbelehrung in Anhang I Teil A* des FAGG orientieren. § 4 Abs 3 FAGG sieht ausdrücklich vor, dass die Informationen über das Rücktrittsrecht fakultativ mittels dieses Belehrungsformulars erteilt werden können.

Probleme bereitet bisweilen die *Aufklärung über die Rücktrittsfrist*: Werden dem Interessenten die Informationen nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG übermittelt, können weder Beginn noch Ende der Rücktrittsfrist kalendarisch angegeben werden, weil der Tag des Abschlusses des Maklervertrags noch nicht feststeht. Laut *Muster-Widerrufsbelehrung Anhang I Teil A* zum FAGG wird es jedoch genügen, wenn dem Verbraucher die *Fristenlänge von 14 Tagen* mitgeteilt und dieser abstrakt darauf hingewiesen wird, dass die Frist ab dem Tag des Abschlusses des Maklerver-

trags zu laufen beginnt.⁷⁹ Dafür spricht auch, dass die Information über das Rücktrittsrecht nach § 4 Abs 1 FAGG als vorvertragliche Aufklärungspflicht konzipiert ist. Vor Abschluss eines Fernabsatz- bzw. Auswärtsgeschäfts kann der Tag des Fristbeginns naturgemäß nicht kalendarisch ermittelt werden.

3. Bereitstellung des Muster-Widerrufsformulars

Die Bestimmung des § 4 Abs 1 Z 8 FAGG verlangt außerdem, dass dem Interessenten das Muster-Widerrufsformular aus Anhang I Teil B FAGG bereitgestellt wird. Die Übermittlung dieses Formulars ist *notwendiger Bestandteil der Rücktrittsbelehrung*. Eine sachlich zutreffende und vollständige Belehrung allein reicht nicht aus, um eine Fristverlängerung zu verhindern, wenn dem Verbraucher dieses Formular nicht ebenfalls zur Verfügung gestellt wird.⁸⁰

Zu Missverständnissen führt in diesem Zusammenhang die Regelung des § 13 Abs 2 FAGG: Demnach kann ein Unternehmer dem Verbraucher die Möglichkeit einräumen, das Muster-Widerrufsformular auf der *Website des Unternehmers* elektronisch auszufüllen und abzuschicken. Wie insb. die ErwGr 44 und 45 der VRRRL zeigen, handelt es sich dabei jedoch lediglich um eine *zusätzliche Möglichkeit des Verbrauchers*, seine Rücktrittserklärung abzugeben.⁸¹ Die Bestimmung eröffnet keine Alternative für den Unternehmer zur Erfüllung seiner Belehrungspflichten nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG.⁸² Die Möglichkeit zum elektronischen Ausfüllen und Abschicken auf der Website entbindet den Makler nicht davon, das Muster-Widerrufsformular spätestens mit Beginn der Vermittlungstätigkeiten – sprich zeitgleich mit der Bereitstellung des Exposés – auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln. Widrigenfalls verlängert sich die Rücktrittsfrist nach den oben beschriebenen Grundsätzen.

III. Nachträgliche Unterfertigung einer Vertragsurkunde

Wie gezeigt, kommt der Maklervertrag mit dem Interessenten häufig durch eine konkludente Willenserklärung zustande. Wohl aus Beweisgründen hat sich daher in der Praxis die Usance entwickelt, dass manche Makler den Interessenten – insb. im Rahmen des gemeinsamen Besichtigungstermins – zusätzlich um *Unterzeichnung eines schriftlichen Maklervertrags* ersuchen. Diese Gepflogenheit sollte im Lichte des FAGG überdacht und den Bestimmungen dieses Gesetzes angepasst werden.

Das Problem besteht darin, dass die nachträgliche Unterschrift einer Vertragsurkunde *suggeriert*,

⁷⁶ Die überwiegende Auffassung geht davon aus, dass die Rücktrittsfrist auch bei Fernabsatzverträgen erst mit Bereitstellung der Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zu laufen beginnt (*Dehn* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 12 FAGG Rz 9; *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht 288; *Leupold*, wbl 2014, 484 f; vermutlich auch *Stabentheiner*, VbR 2014, 118 f).

⁷⁷ In diesem Heft der wobl 2019, 226/81 mit Anm. *Kepplinger*; dort auch zum Gesichtspunkt, dass sich der Zugang bei Einlangen der Nachricht im „Spam-Ordner“ zeitlich etwas verzögern kann.

⁷⁸ Siehe dazu im Detail *Dehn* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 4 FAGG Rz 21 ff.

⁷⁹ So auch *Dehn* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 4 FAGG Rz 23; *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 147: „Datumsangaben sind nicht erforderlich“.

⁸⁰ Statt aller *Leupold*, wbl 2014, 485.

⁸¹ *Leupold*, wbl 2014, 486; *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht Rz 303; *Schwarzenegger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 13 FAGG Rz 10 ff.

⁸² So aber offenbar *Stabentheiner*, VbR 2014, 112, 118; ähnlich auch *Cap*, ÖJZ 2014, 716.

der Maklervertrag sei erst zu diesem späteren Zeitpunkt abgeschlossen worden. Diesfalls würde die 14-tägige Rücktrittsfrist gem § 11 Abs 2 Z 1 FAGG erst am Tag nach Unterzeichnung des Maklervertrags zu laufen beginnen. Zwar dürfte es nur dann zu einer Erstreckung der Rücktrittsfrist kommen, wenn der ursprüngliche Maklervertrag durch die Unterzeichnung der Vertragsurkunde noviert wird, wovon in den seltensten Fällen auszugehen ist.⁸³ Doch handeln sich Makler durch die Unterfertigung einer Vertragsurkunde hinsichtlich der Frage nach dem Zeitpunkt des Zustandekommens des Maklervertrags zumindest einen *Unsicherheitsfaktor* ein, der das Pendel bei der richterlichen Beweiswürdigung und Beurteilung der Konstatierungen zu ihrem Nachteil ausschlagen lassen kann.

1. Bestätigung nach § 7 Abs 3 FAGG

Vorzugswürdig dürfte es daher sein, wenn sich Makler bei der *Dokumentation des Vertragschlusses mit einem Verbraucher* stärker an den Regelungen des FAGG orientieren. Etwaigen Beweisschwierigkeiten trägt bei Fernabsatzverträgen die Bestimmung des § 7 Abs 3 FAGG Rechnung. Demnach hat der Makler dem Interessenten innerhalb angemessener Frist nach Abschluss des Maklervertrags eine *Bestätigung des geschlossenen Vertrags* auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen, welche die in § 4 Abs 1 FAGG genannten Informationen enthält, sofern er diese Informationen dem Verbraucher nicht bereits vor Vertragsabschluss auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt hat.⁸⁴ Um Zweifel auszüräumen, könnte in dieser Bestätigung auch der *Tag des Abschlusses des Maklervertrags festgehalten* werden, der sich – wie gezeigt – nach dem Zeitpunkt der weiteren Inanspruchnahme der Vermittlungstätigkeit des Maklers in Kenntnis der Provisionserwartung bestimmt.

2. Dokumentation eines bereits davor geschlossenen Maklervertrags

Will sich ein Makler das Zustandekommen des Maklervertrags durch Unterschrift eines Vertragsdokuments bestätigen lassen, ist auf die genaue Formulierung des Urkundentextes zu achten. Bisweilen findet man in Maklerverträgen mit Interessenten häufig folgenden oder einen ähnlichen Passus: *Aufgrund dieser Vereinbarung wird der Immobilienmakler für den Interessenten tätig und unterstützt ihn bei der Suche nach einer Immobilie. Für die Maklerdienstleistung unseres Unternehmens wird Bezugnehmend auf eine allfällige konkrete Anfrage und*

auch für zukünftige weitere Anfragen nachstehende Vereinbarung getroffen.

Kam der Maklervertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Interessenten bereits vor Unterzeichnung des Vertragsdokuments zustande, könnte diese Formulierung aus den oben dargelegten Gründen etwa wie folgt modifiziert werden: *Zwischen dem Immobilienmakler und dem Interessenten kam am [...] ein Maklervertrag zustande. Aufgrund dieser Vereinbarung wurde und wird der Immobilienmakler für den Interessenten tätig und unterstützt ihn bei der Suche nach einer Immobilie. Bezugnehmend auf die erfolgte Anfrage wird der Inhalt des Maklervertrags im Nachfolgenden dokumentiert und vereinbart, dass der Inhalt der Provisionsvereinbarung auch für zukünftige Anfragen Geltung hat:* Bei einer solchen Formulierung wird kein Zweifel bestehen, dass der Maklervertrag mit dem Interessenten nicht erst im Zeitpunkt der Unterschrift der Vertragsurkunde zustande kommt, sondern lediglich der Inhalt der bereits davor getroffenen Abrede dokumentiert wird. Eine Erstreckung der 14-tägigen Rücktrittsfrist scheint damit ausgeschlossen.

D. Fazit

Immobilienmakler können das Risiko eines Provisionsverlustes minimieren, indem sie den Interessenten dazu aufzufordern *ein auf vorzeitige Erbringung der Maklertätigkeit gerichtetes Verlangen* abzugeben und ihre Dienstleistung daraufhin innerhalb der 14-tägigen Rücktrittsfrist vollständig erbringen, wofür im Regelfall die Übermittlung des Exposés genügt. Allerdings muss der Interessent das entsprechende Verlangen vor Beginn der Vermittlungstätigkeiten – und deshalb vor Übermittlung des Exposés – erklären. Daher ist in die *Korrespondenz mit dem Interessenten ein zusätzlicher Schritt einzubauen*. Dem Verbraucher ist vor Bereitstellung des Exposés zunächst eine vorformulierte Erklärung zu übermitteln, wonach dieser – in Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts – um vorzeitiges Tätigwerden des Maklers ersucht. Stimmt der Interessent dem Formulierungsvorschlag durch Klick auf einen Button zu und gibt er die entsprechende Erklärung durch Retournieren der E-Mail an den Makler ab, fällt das in § 11 FAGG normierte Rücktrittsrecht weg. Eine Verletzung von in § 4 Abs 1 FAGG normierten Informationspflichten erteilt der so bewirkten Ausnahme vom Rücktrittsrecht keinen Abbruch.

Die Einholung einer Aufforderungserklärung in Richtung eines vorzeitigen Tätigwerdens des Maklers stellt lediglich eine Obliegenheit dar. Nimmt ein Makler davon Abstand, drohen – abgesehen von einem möglichen Provisionsverlust – keine nachteiligen Konsequenzen. Um das Risiko des Entgeltverlusts möglichst gering zu halten, sollte insb Folgendes beachtet werden: Zunächst sollte dem Interessenten zugleich mit Übermittlung des Exposés auch

⁸³ Eine bloße Schuldänderung führt wohl nicht zu einem Neubeginn der 14-tägigen Rücktrittsfrist des § 11 FAGG. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen des OGH in 4 Ob 28/18y (ZRB 2018, 74 [Wenusch] = ZVB 2018/75, 285 [Berl] = ZIIR 2018, 182 [Thiele] = bau aktuell 2018/4, 121 [Hussian]). Bei all dem ist freilich zu beachten, dass man aufgrund des europarechtlichen Hintergrunds des FAGG nicht ohne Weiteres an die Begriffe der Novation bzw Schuldänderung iS des ABGB anknüpfen kann.

⁸⁴ Siehe dazu bereits oben Pkt C.I.1.

⁸⁵ Hier ist – soweit rekonstruierbar – jener Tag einzusetzen, an dem der Interessent die Vermittlungstätigkeit des Maklers in Kenntnis von dessen Provisionserwartung (weiterhin) in Anspruch nahm.

eine vollständige *Belehrung über das Widerrufsrecht* nach § 11 FAGG sowie das *Muster-Widerrufsformular* aus Anhang I Teil B FAGG auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt werden, damit der Makler seine Informationspflichten nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG bereits in diesem Zeitpunkt erfüllt. Weist der Makler im Exposé oder im Text der entsprechenden E-Mail auf seine Provisionserwartung hin und nimmt der Interessent daraufhin die Maklerdienstleistung weiterhin in Anspruch, kommt es zum konkludenten Abschluss einer Provisionsvereinbarung. Da zu diesem Zeitpunkt auch die 14-tägige Rücktrittsfrist des § 11 Abs 2 Z 1 FAGG zu laufen beginnt, sollte die Rückmeldung des Interessenten nach Übermittlung des Exposés mit Blick auf einen etwaigen Provisionsprozess zumindest intern

dokumentiert (bzw die entsprechende E-Mail archiviert) werden. Wird der Verbraucher im Rahmen des gemeinsamen Besichtigungstermins zusätzlich um Unterzeichnung eines schriftlichen Maklervertrags ersucht, sollte man auf den *Wortlaut dieser Vertragsurkunde* achten. Allem voran sollte klargestellt werden, dass lediglich ein davor konkludent vereinbarter Maklervertrag dokumentiert wird. So kann das Risiko eines Provisionsverlustes eingegrenzt werden, sodass dieser trotz der weitgehenden Rücktrittsmöglichkeiten nach FAGG überschaubar bleibt.

Korrespondenz: Univ.-Ass. Dr. *Jakob Kepplinger*, Institut für Römisches Recht, Johannes Kepler Universität Linz, Altenberger Straße 69, 4040 Linz; E-Mail: jakob.kepplinger@jku.at