

grund 34 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU nahe, der den der Richtlinie immanenten Grundsatz enthält, dass ein Unternehmer den Verbraucher – bevor dieser durch einen Fernabsatzvertrag oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag gebunden ist – jedenfalls in klarer und verständlicher Weise zu informieren hat. Schließlich geht der europäische Gesetzgeber im Erwägungsgrund 37 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU auch davon aus, dass der Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen einem besonderen Überraschungsmoment bzw einer besonderen psychischen Drucksituation ausgesetzt ist (allgemein zur Begründung und Rechtfertigung von Widerrufsrechten bei Verbraucherverträgen siehe Fleißner, *Widerrufsrechte von Verbrauchern in der EU und den USA* [2018] 92 ff, 159 ff). Es kann daher mE nicht einfach davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Verbraucher diese Entscheidung (in dieser besonderen Situation) auch noch uninformiert treffen lassen wollte.

3. Unter Pkt 5. der E hielt der OGH zunächst ausdrücklich fest, dass auch Papier ein „dauerhafter Datenträger“ iSd § 3 Z 5 FAGG ist, mit dem die Formvorschrift des § 10 FAGG erfüllt wird (vgl RIS-Justiz RS0131794). Diese Ansicht kann wohl nicht ernstlich bezweifelt werden (so zB auch schon Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 10 FAGG Rz 10). Das diesbezüglich widerstrebende Vorbringen des Beklagten kann daher sprichwörtlich eher als Klammern an den letzten Strohalm angesehen werden.

Auch die weiteren Ausführungen des Höchstgerichts unter Pkt 5. überzeugen. Im Hinblick auf den Zweck und die Wirkungen des „ausdrücklichen Verlangens“ des Verbrauchers nach § 10 FAGG kann es richtigerweise nämlich keinen Unterschied machen, ob der Verbraucher (wie im vorliegenden Fall) von sich aus die vorzeitige Vertragserfüllung durch den Unternehmer verlangt oder er dieses Verlangen erst nach Aufforderung durch den Unternehmer zum Ausdruck bringt (vgl Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 10 FAGG Rz 8). Darüber hinaus kann ein Verbraucher sein Verlangen auf vorzeitige Vertragserfüllung zweifellos auch durch Ankreuzen eines dafür vorgesehenen Kästchens kundtun (so ausdrücklich Faber in GPR 2018, 180), und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein Vertragsformblatt aus Papier oder eine Checkbox auf einer Website handelt. Es handelt sich in beiden Fällen um ein ausreichendes aktives Tun des Verbrauchers (vgl zB Geiger in Keiler/Klauser, *Verbraucherrecht* [2015] § 10 FAGG Rz 4). Auch der Umstand, dass der Beklagte die Checkbox nicht höchstpersönlich ausgefüllt hat, kann in dem der E zugrundeliegenden Sachverhalt, in dem das Häkchen von einer Mitarbeiterin der Klägerin für den Beklagten – jedoch in dessen Anwesenheit und mit seinem Willen – gesetzt wurde, nicht schaden. Die rigide Rechtsfolge eines Verbraucherrücktritts, der Verlust des (anteiligen) Entgeltanspruchs des Unternehmers, erfordert nämlich ohnedies eine zurückhaltende Bewertung der Erklärung des Verbrauchers (so ausdrücklich Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 10 FAGG Rz 6).

Obiter kann der E in diesem Kontext schließlich noch entnommen werden, dass der OGH den Stimmen in der Lit (zB Holzapfel, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag, immolex* 2014, 181 [183]); oder Geiger in Keiler/Klauser, *Verbraucherrecht* § 10 FAGG Rz 4) folgen würde, welche sich dafür aussprechen, dass eine von einem Unternehmer bereits vorausgefüllte Checkbox für ein ausdrückliches Verlangen eines Verbrauchers nach § 10 FAGG keinesfalls ausreicht.

RA Dr. Daniel Tamerl

81.

Einlangen einer E-Mail im „Spam-Ordner“ des Empfängers kann als wirksamer Zugang beurteilt werden

<https://doi.org/10.33196/wobl201906022601>

§ 12 ECG; § 10, § 11 FAGG:

Die Mailbox des Empfängers einer elektronischen Willenserklärung gehört jedenfalls dann in dessen Machtbereich, wenn er zu erkennen gegeben hat, dass er über die E-Mail-Adresse erreichbar ist. Nach der Bestimmung des § 12 Satz 1 ECG gelten elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Eine Kenntnisnahme dieser Erklärungen durch den Empfänger wird daher nicht vorausgesetzt; maßgeblich ist vielmehr die Möglichkeit der Kenntnisnahme „unter gewöhnlichen Umständen“. Das Einlangen der Erklärung im „Spam-Ordner“ des Empfängers an der von ihm angegebenen E-Mail-Adresse kann als wirksamer Zugang beurteilt werden.

Ein konkludenter Auftrag an einen gewerblichen Immobilienmakler ist bereits dann anzunehmen, wenn der Interessent die vom Vermittler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht. In der bloßen Annahme der Dienste eines Immobilienmaklers liegt jedoch dann kein schlüssiger Vertragsabschluss, wenn dieser erkennbar für einen anderen Auftraggeber tätig wurde; in einem solchen Fall könnte die Annahme der Dienste des Maklers nur dann als konkludentes Einverständnis zum Abschluss eines Maklervertrags gedeutet werden, wenn der Makler zuvor deutlich zu erkennen gab, für seine Bemühungen (auch) eine Provision von seinem Gesprächs- bzw Verhandlungspartner zu erwarten. Gehen Unterlagen samt Hinweis auf die Provision dem Gesprächs- bzw Verhandlungspartner zu, kommt der Vertrag auch dann zustande, wenn dieser davon zunächst nicht Kenntnis nimmt, weil er nicht im richtigen Ordner seines E-Mail-Accounts nachsieht.

OGH 20. 2. 2019, 3 Ob 224/18i – Zurückweisung der Revision (LG St. Pölten 21 R 93/18m; BG Melk 12 C 485/17b)

Gegenstand des Rechtsstreits ist ein Anspruch der Kl auf Maklerprovision gegen die bekl Eheleute, die am 30. September 2016 ein Reihenhaus kauften, für dessen Vermittlung die Kl tätig war.

Der Erstbekl rief am 18. August 2016 bei der Kl an und teilte deren Mitarbeiter telefonisch mit, dass sich seine Frau (die Zweitbekl) und er selbst für ein von der Kl in einem Inserat genanntes Haus interessierten. Der Mitarbeiter schickte dem Erstbekl noch am selben Tag ein E-Mail-Angebot (mit Hinweisen auf die Grundlagen der Maklerprovision, Belehrungen über Rücktrittsrechte nach FAGG und KSchG sowie einem Muster-Rücktrittsformular) an die vom Erstbekl angegebene E-Mail-Adresse. Dieses E-Mail langte im „Spam-Ordner“ des E-Mail-Accounts ein, was der Erstbekl jedoch nicht bemerkte. Der Erstbekl rief daher am 29. August 2016 neuerlich beim Mitarbeiter der Kl an und ersuchte um nochmalige Zusendung der Unterlagen, die am Folgetag, dem 30. August 2016, durchgeführt wurde und ebenfalls in seinem „Spam-Ordner“ landete. Bei dem Telefonat am 29. August 2016 vereinbarten der Zweitbekl und der Mitarbeiter der Kl einen Besichtigungstermin für den 2. September 2016. Bei dieser Besichtigung des Hauses wurde der Erstbekl durch einen Hinweis des Mitarbeiters auf das Einlangen der E-Mail-Sendungen in seinem „Spam-Ordner“ aufmerksam und er speicherte

das (zweite) E-Mail daraufhin in seinem Postordner ab. Eine Woche nach der Besichtigung nahmen die Bekl mit der Verkäuferin des Hauses Kontakt auf, einigten sich über den Kaufpreis und klärten die Finanzierung. Der RA, der für die Bekl den Kaufvertrag errichtete, erläuterte ihnen am 16. September 2016 das Rücktrittsrecht und verfasste noch am selben Tag eine Rücktrittserklärung im Namen beider Bekl. Die Bekl hatten damit gerechnet, dass sie an die Kl allenfalls eine Provision zu leisten haben würden.

Die Kl begehrte die Vermittlungsprovision auf Basis des Kaufpreises. Spätestens mit der telefonischen Vereinbarung des Besichtigungstermins sei zwischen den Streitparteien ein konkludenter Maklervertrag zustande gekommen. Der Erstbekl sei auch im Namen seiner Frau aufgetreten; er habe beide E-Mails samt Belehrungen über Rücktrittsrechte erhalten. Der Rücktritt vom 16. September 2016 sei verspätet.

Die Bekl wendeten zusammengefasst ein, es sei kein Vertrag zustande gekommen; widrigenfalls seien sie rechtzeitig von einem solchen zurückgetreten. Die Zweitbekl habe erstmals bei der Besichtigung am 2. September 2016 persönlichen Kontakt mit dem Mitarbeiter der Kl gehabt. Die Belehrung über das Rücktrittsrecht sei unzureichend gewesen.

Das ErstG wies die Klage ab.

Der Erstbekl habe den Besichtigungstermin vereinbart, als er vom Erhalt des E-Mails noch keine Kenntnis gehabt habe, weshalb daraus kein Vertragsabschluss abgeleitet werden könne. Frühestens bei der Besichtigung am 2. September 2016 sei ein Maklervertrag zustande gekommen und daher sei die Rücktrittserklärung vom 16. September 2016 rechtzeitig; sie sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Auf die Frage der ausreichenden Belehrung über das Rücktrittsrecht müsse nicht eingegangen werden.

Das BerufungsG änderte die Entscheidung dahin ab, dass es der Klage stattgab.

Der Provisionsanspruch des Maklers setze einen zumindest schlüssig erteilten Vermittlungsauftrag voraus; eine stillschweigende Auftragserteilung sei anzunehmen, wenn der Interessent die vom gewerbsmäßigen Realitätenvermittler für ihn entfaltete Tätigkeit dulde oder sich der Tätigkeit des Vermittlers bediene, um den gewünschten Erfolg herbeizuführen. Hier sei den Bekl bei der Kontaktaufnahme mit dem Mitarbeiter der Kl eindeutig erkennbar gewesen, dass dieser für seine Bemühungen auch eine Provision von den Bekl erwarte; sie hätten auch selbst damit gerechnet. Mit der telefonischen Vereinbarung des Besichtigungstermins (am 29. August 2016) sei jedenfalls ein Maklervertrag mit beiden Bekl zustande gekommen, zumal der Erstbekl auch im Namen seiner Frau aufgetreten sei, die schließlich ebenfalls als Käuferin aufgetreten sei. Da die 14-tägige Frist spätestens mit dem wirksamen Zugang der relevanten Unterlagen am 30. August 2016 zu laufen begonnen habe, sei der Rücktritt am 16. September 2016 verspätet. Auf die formellen Voraussetzungen des § 10 FAGG (ausdrückliches Verlangen einer vorzeitigen Vertragserfüllung nach entsprechender Belehrung und Verzicht auf das Rücktrittsrecht) müsse daher hier nicht eingegangen werden.

Das BerufungsG ließ die Rev zur Frage zu, ob ein E-Mail, das im „Spam-Ordner“ des E-Mail-Accounts des Empfängers einlangte, als zugegangen anzusehen sei.

Gegen die Entscheidung des BerufungsG richtet sich die Rev der Bekl wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Ersturteil wiederherzustellen; hilfsweise wird die Aufhebung begehrt.

Die Kl beantragt, die Rev zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Aus der Begründung:

Entgegen dem – den OGH nicht bindenden – Ausspruch des BerufungsG (§ 508a Abs 1 ZPO) ist die Rev nicht zulässig, weil sie keine Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO aufzeigt. Die Zurückweisung einer o Rev wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 ZPO).

1.1 Für den Zugang elektronischer Willenserklärungen in den Machtbereich des Empfängers ist in der Rsp anerkannt, dass die Mailbox des Empfängers jedenfalls dann zu seinem Machtbereich gehört, wenn er zu erkennen gegeben hat, dass er über die E-Mail-Adresse erreichbar ist (6 Ob 152/18y; 9 Ob 56/13w mwN). In der E 2 Ob 108/07g wurde dies dahin präzisiert, dass eine E-Mail für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar ist, in dem sie in seiner Mailbox eingelangt und gespeichert ist und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann, das heißt, sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich ist (RIS-Justiz RS0123058). Allgemein reicht es aus, wenn eine Willenserklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, selbst wenn sie dieser persönlich nicht erhalten hat; es genügt, dass der Adressat die Möglichkeit hatte, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen (RIS-Justiz RS0014076).

Nach der Bestimmung des § 12 Satz 1 ECG gelten elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Eine Kenntnisnahme dieser Erklärungen durch den Empfänger wird daher nicht vorausgesetzt; maßgeblich ist vielmehr die Möglichkeit der Kenntnisnahme „unter gewöhnlichen Umständen“ (dazu näher 6 Ob 152/18y = RIS-Justiz RS0123058 [T2 und T3]).

1.2 Die Frage des Zugangs elektronischer Willenserklärungen ist daher – aufgrund eindeutiger Gesetzeslage – in der Rsp bereits geklärt. Das BerufungsG ist in seiner Entscheidung von diesen Grundsätzen ausgegangen, wenn es (auch) das Einlangen der Erklärungen im „Spam-Ordner“ des Empfängers an der von diesem angegebenen E-Mail-Adresse als wirksamen Zugang beurteilt hat.

Die vom Mitarbeiter der Kl dem Erstbekl übermittelten Unterlagen (einschließlich des Hinweises auf die Provision sowie der Belehrungen über Rücktrittsrechte) sind nach den Feststellungen bereits bei der ersten vom Mitarbeiter der Kl veranlassenden Sendung (am 18. August 2016) sowie neuerlich am 30. August 2016 (einem Dienstag) in der Mailbox des Erstbekl eingelangt; dass eine Kenntnisnahme vom Inhalt dieser Erklärungen nicht möglich gewesen wäre, haben die Bekl selbst nicht behauptet. Daher ist die Rechtsansicht des BerufungsG, dass die Bekl die 14-tägige Frist für eine Rücktrittserklärung nach dem FAGG nicht eingehalten haben, jedenfalls nicht unvertretbar.

2.1 Die Beurteilung, wie – konkludente – Willenserklärungen aufzufassen sind, insb zur Frage, ob zwischen den Prozessparteien eine Vertragsbeziehung anzunehmen ist oder nicht, hat immer aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen (RIS-Justiz RS0042555; RS0042776 [T37]; RS0042936 [T47]; RS0014158 [T8] ua).

Hier hat das BerufungsG den festgestellten Verlauf der wechselseitigen Erklärungen (Telefonate und E-Mail-Erklärungen vor dem Besichtigungstermin) als konkludenten Abschluss eines Maklervertrags qualifiziert. Der Rev gelingt es nicht, darin eine aufzugreifende Fehlbeurteilung aufzuzeigen:

2.2 Nach der Rsp ist ein – konkludenter – Auftrag an einen gewerblichen Immobilienmakler als eine der Vor-

aussetzungen für einen Provisionsanspruch bereits dann anzunehmen, wenn der Interessent die vom Vermittler für ihn entfaltete Tätigkeit kennt und ihr nicht widerspricht (jüngst 3 Ob 35/18w). In der bloßen Annahme der Dienste eines Immobilienmaklers liegt nach stRsp des OGH jedoch dann kein schlüssiger Vertragsabschluss, wenn dieser erkennbar für einen anderen Auftraggeber tätig wurde; in einem solchen Fall könnte die Annahme der Dienste des Maklers nur dann als konkludentes Einverständnis zum Abschluss eines Maklervertrags gedeutet werden, wenn der Makler zuvor deutlich zu erkennen gab, für seine Bemühungen (auch) eine Provision von seinem Gesprächs- bzw Verhandlungspartner zu erwarten (6 Ob 71/07w mwN).

Entgegen der Meinung der RevWerber steht die Entscheidung des BerufungsG zu dieser Rsp nicht im Widerspruch. Nach den Feststellungen hat zunächst der ErstBekl (im eigenen Namen sowie in jenem seiner Frau, der Zweitbekl) mit der Kl Kontakt aufgenommen. Die telefonisch angekündigten Unterlagen (samt Hinweis auf die Provision) sind dem ErstBekl (für beide Bekl) zugegangen; dass er davon zunächst nicht Kenntnis nahm (sie nicht gelesen hat, weil er im richtigen Ordner seines E-Mail-Accounts nicht nachsah), ist der Kl grundsätzlich nicht entgegenzuhalten. Das für den Mitarbeiter der Kl erst nachträglich – durch das Gespräch bei der Besichtigung – erkennbare Unterbleiben der Kenntnisnahme durch die Bekl hat das BerufungsG im Rahmen seines Beurteilungsspielraums daher vertretbar als irrelevant für die bereits zuvor wirksam konkludent zustande gekommene Vereinbarung (den Vertragsabschluss) gewertet.

2.3 Der von den RevWerbern beanstandete Verfahrensfehler (in Bezug auf den übernommenen Sachverhalt) liegt nicht vor. Das BerufungsG hat seine rechtliche Beurteilung auf der Grundlage der übernommenen Feststellungen vorgenommen, während die Rev für ihre Interpretation (nach der die Bekl erst „ab der Besichtigung am 2. September [...] damit gerechnet“ hätten, allenfalls eine Provision leisten zu müssen) weitere Beweisergebnisse heranzieht und damit vom festgestellten Sachverhalt in unzulässiger Weise abweicht.

2.4 Soweit die Rev den Inhalt der Belehrungen über das Rücktrittsrecht als unzureichend beanstandet, zeigt sie nicht auf, weshalb die – hier erfolgte – umfangreiche Übermittlung der bezughabenden Gesetzestexte für eine solche Information nicht ausreichen sollte. Die Bekl haben sich im Verfahren im Wesentlichen darauf gestützt, dass ihnen die Unterlagen vor dem Besichtigungstermin nicht zugegangen (zur Kenntnis gelangt) seien; die zusätzliche Behauptung, die Belehrung über ihr Rücktrittsrecht sei nicht verständlich gewesen, haben sie nicht näher konkretisiert, weshalb auch damit keine Rechtsfrage von der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität aufgeworfen wird.

3. Die Rev beanstandet schließlich die Bejahung des Vertragsabschlusses durch beide Bekl und steht auf dem Standpunkt, es fehlten die Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung der Zweitbekl durch den Erstbekl.

Nach den Feststellungen hat der Erstbekl aber bereits bei seiner ersten Kontaktaufnahme mit der Kl dieser (bzw ihrem zuständigen Mitarbeiter) mitgeteilt, dass er selbst und seine Frau sich für das Haus interessierten. Zuvor war die Zweitbekl auf das Haus aufmerksam geworden und hatte dem Erstbekl davon erzählt, was der Anlass für die Kontaktaufnahme gewesen war. Die – vom Erstbekl telefonisch vereinbarte – Besichtigung erfolgte mit beiden Bekl gemeinsam (und diese kauften schließlich gemeinsam das Objekt). Auch die Beurteilung des BerufungsG, dass beide Bekl gemeinsam (und nicht der

Erstbekl allein) den Maklervertrag für das schließlich von ihnen gekaufte Haus abschlossen, ist daher – entgegen der Ansicht der RevWerber – jedenfalls nicht unvertretbar.

(...)

* *
*

1. Im gegenständlichen Verfahren begehrt ein Immobilienmakler nach erfolgreicher Vermittlung des Kaufvertrags über ein Reihenhaus von den Käufern (einem Ehepaar) die vereinbarte Provision. Kern des Rechtsstreits ist die Frage, ob die bekl Verbraucher den Rücktritt vom Maklervertrag innerhalb der vom FAGG gewährten 14-tägigen Frist erklärten oder nicht. Gem § 11 Abs 2 Z 1 leg cit iVm § 902 ABGB beginnt diese Rücktrittsfrist am Tag nach Abschluss der Provisionsvereinbarung zu laufen, sofern der Makler zu diesem Zeitpunkt auch die (vorvertraglichen) Informationspflichten nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG erfüllt (§ 12 FAGG). Letzteres ist im gegenständlichen Verfahren streitig, weil die E-Mail mit dem Exposé, der Belehrung über die Rücktrittsrechte und dem Muster-Rücktrittsformular vom Filter des E-Mail-Providers als „Spam“ markiert und in den entsprechenden Ordner verschoben wurde.

2. Wie schon das BerufungsG erachtet auch der dritte Senat das Einlangen der E-Mail im Spam-Ordner als wirksamen Zugang, was im Ergebnis überzeugt: Wird eine elektronische Nachricht von einem Filter in den Spam-Ordner verschoben, ändert das nichts daran, dass sie vom Empfänger abgerufen werden kann. Die E-Mail befindet sich in dessen Machtbereich (so die ganz hA zur vergleichbaren Rechtslage in Dt: Arnold in Ermann, BGB I¹⁵ [2017] § 130 Rz 14; Kitz in Hoeren/Sieber/Holz-nagel, Handbuch Multimedia-Recht [2018] Teil 13 Rz 82).

ISd Empfangstheorie, die auch der Bestimmung des § 12 ECG zugrunde liegt, stellt sich jedoch darüber hinaus die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Erstbekl unter normalen Umständen von der E-Mail im Spam-Ordner Kenntnis erlangen konnte. Unter diesem Aspekt kann sich der Zugang einer Nachricht, die in den Spam-Ordner swappt, etwas verzögern, weil Erklärungsadressaten ihre Spam-Ordner vermutlich nicht in denselben Intervallen inspizieren wie ihre Mailboxen. Im vorliegenden Fall bereitet dieser Gesichtspunkt jedoch keine Probleme: Die Unterinstanzen stellten fest, dass der Erstbekl am 29.8.2016 den Makler neuerlich kontaktierte und ein zweites Mal um Übermittlung des Exposés ersuchte. ME war es dem Erstbekl aufgrund des Unbehagens ob der (vermeintlich) ausgebliebenen Rückmeldung spätestens an diesem Tag – vermutlich aber schon früher – zumutbar, einen Blick in den Spam-Ordner zu werfen, in dem sich die fragliche E-Mail seit 18.08.2016 befand. Setzt man den Zugangszeitpunkt mit dem 29.8.2016 (bzw früher) an, war die Rücktrittserklärung am 16.9.2018 verspätet, sofern zu diesem Zeitpunkt zwischen den Parteien auch schon ein Maklervertrag bestand. Damit ist der zweite wichtige Problemkreis der E angeschnitten: Der vorliegende Fall verdeutlicht das allgemeine Phänomen, dass sich der Zeitpunkt des Abschlusses eines konkludent vereinbarten Maklervertrags häufig schwer bestimmen lässt. Diesem Zeitpunkt kommt jedoch in Anbetracht von § 11 Abs 2 Z 1 FAGG zentrale Bedeutung zu.

3. Seit der Judikaturänderung in den späten 1980er Jahren ist (nur noch) dann vom konkludenten Abschluss eines Maklervertrags auszugehen, wenn der Intermediär dem Interessenten mitteilt, dass er bei Wirksamkeit des Hauptgeschäfts (auch) von ihm eine Provision verlangen wird, und der Interessent danach die Tätigkeit des Maklers in Anspruch nimmt, ohne dem Provisionsbegehren zu widersprechen (Pkt 2.2 der E; Gartner/

Karandi, MaklerG³ [2016] § 6 Rz 3). Nur unter der Prämisse eines hinreichend konkreten Provisionshinweises darf der Makler die (weitere) Inanspruchnahme seiner Vermittlungstätigkeit durch den Interessenten als stillschweigende Erklärung in Richtung Abschluss eines entgeltlichen Maklervertrages deuten (ausf Fromherz, Der Zivilmaklervertrag [1990] 37 ff; s auch Noss, Maklerrecht⁴ [2014] 9 f).

Den erforderlichen Provisionshinweis erblicken das BerufungsG und der dritte Senat in der E-Mail, die dem Erstbekl trotz Einlangens im Spam-Ordner zugeht; „dass er [gemeint der Erstbekl] davon zunächst nicht Kenntnis nahm (sie nicht gelesen hat, weil er nicht im Spam-Ordner seines E-Mail-Accounts nachsah), ist der Kl grundsätzlich nicht entgegenzuhalten“ (Pkt 2.2 der E). So gesehen lag im Zeitpunkt des Telefonats am 29.8.2016 bereits ein Hinweis auf die Courtage vor. Durch die Vereinbarung eines Besichtigungstermins für 2.9.2016 nahm der Erstbekl die Vermittlungstätigkeit des kl Maklers (weiterhin) in Anspruch. Es leuchtet daher prima vista ein, wenn das BerufungsG und der OGH davon ausgehen, dass zwischen den Streitparteien während des Telefonats am 29.8.2016 stillschweigend ein Maklervertrag vereinbart wurde.

4. Es könnte jedoch sein, dass die Beurteilung dem besonderen Charakter des besagten Telefonats zu geringe Bedeutung beimisst: Laut Feststellungen rief der Erstbekl den Makler am 29.8.2016 erneut an und ersuchte nochmals um Zusendung der Unterlagen. Daraus hätte ein objektiv-redlicher Makler möglicherweise folgern müssen, dass der Erstbekl die bereits übermittelte E-Mail (und damit den Provisionshinweis) zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelesen hatte. Daher schien es aus Sicht des kl Maklers zumindest denkbar, dass der Erstbekl den Besichtigungstermin ohne Kenntnis der Provisionserwartung fixierte und er durfte die Terminvereinbarung in Anbetracht des strengen Konkludenzmäßigkeitsmaßstabes des § 863 ABGB (arg: mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund zu zweifeln) uU nicht als Erklärung in Richtung Abschluss eines entgeltlichen Maklervertrages deuten. Ähnliche vertrauensrechtliche Überlegungen dürften das ErstG zur Beurteilung bewogen haben, der Maklervertrag sei nicht im Rahmen des Telefonats am 29.8.2016, sondern erst beim gemeinsamen Besichtigungstermin am 2.9.2016 zustande gekommen. Unter dieser Prämisse erachtete das ErstG den Rücktritt der Bekl nach § 11 FAGG als rechtzeitig und wies das Klagebegehren ab.

In Anbetracht der Komplexität und Tragweite der Thematik des konkludent vereinbarten Maklervertrages wäre es wohl wünschenswert gewesen, wenn das BerufungsG zum Inhalt des Telefonats am 29.8.2016 – sei es aus bereits aufgenommenen Beweisen oder durch ergänzende Beweisaufnahme im Rahmen einer Berufungsverhandlung – weitere Feststellungen getroffen hätte; bzw (wie in praxi üblich) das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung zurückverwiesen hätte. So blieb die Tatsachengrundlage zur Frage nach der stillschweigenden Willenseinigung zwischen den Streitparteien – soweit aus dem vorliegenden Beschluss ersichtlich – dürftig. Allen voran scheint fraglich, aus welchen Feststellungen das BerufungsG folgerte, dass die fehlende Kenntnisnahme der E-Mail für den Makler (bzw dessen Mitarbeiter) erst beim gemeinsamen Besichtigungstermin am 2.9.2016 erkennbar gewesen sei.

Trotz der leisen Kritik sollte dem BerufungsG jedoch keine krasse Fehlbeurteilung unterstellt werden, sodass die Frage nach dem konkludenten Abschluss des Maklervertrages aufgrund ihres Einzelfallcharakters keine erhebliche Bedeutung iSv § 502 ZPO erlangt (vgl Zech-

ner in Fasching/Konecny, ZPO² [2005] § 502 Rz 89). Da der dritte Senat auch im Zugang einer E-Mail in einem Spam-Ordner keine erhebliche Rechtsfrage sieht, scheint die Zurückweisung der Revision durch das Höchstgericht folgerichtig. Vom BerufungsG hätte man bei der Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung jedoch womöglich etwas mehr Sensibilität erwarten können.

Dr. Jakob Kepplinger

Grundbuchsrecht

82.

Zum Umfang der Bindung des GrundbuchsG an die Vorgaben eines Teilungsplans und eines Bescheids über die Planbescheinigung in einem Liegenschaftsteilungsverfahren

<https://doi.org/10.33196/wobl201906022901>

§ 1 Abs 1 LiegTeilG; § 37, § 39 VermG:

Nach stRsp ist eine Planbescheinigung nach § 39 VermG ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde, der inhaltlich vom Gericht nicht überprüfbar ist. Als Bescheid entfaltet die Planbescheinigung Bindungswirkung. Dem Gericht ist die Prüfung der Frage entzogen, ob die zuständige Behörde bei Erlassung der Bescheinigung nach § 39 Abs 1 VermG die Voraussetzungen des § 39 Abs 3 VermG, wie auch jene des § 37 VermG eingehalten hat. Daraus folgt jedoch nicht, dass ein mit einer solchen Bescheinigung versehener Teilungsplan automatisch zu einer bewilligenden Entscheidung über die begehrte bürgerliche Eintragung führen muss. Die Beurteilung anderer, nicht im Verfahrensgegenstand des Planbescheinigungsverfahrens enthaltener Erfordernisse, etwa dass die Teilung eines Grundbuchkörpers und die Eröffnung einer neuen Einlagezahl desselben Eigentümers nur aus triftigen Gründen zulässig ist, um eine ungerechtfertigte Zerlegung von Grundbuchkörpern zu verhindern, bleibt dem GrundbuchsG vorbehalten.

OGH 18. 7. 2018, 5 Ob 96/18f (LG Wiener Neustadt 17 R 21/18m; BG Baden TZ 11981/2017)

Die Ast begehrten unter Vorlage des Teilungsplans vom 29. 1. 2015, der Planbescheinigung des Vermessungsamts vom 30. 1. 2017, mehrerer Schenkungsverträge und Nachträgen hierzu – soweit für das Verständnis dieser Entscheidung erforderlich – die Abschreibung von drei Trennstücken vom Grundstück 1172/4 des Zweit-Ast, die Neueröffnung jeweils einer eigenen Einlagezahl und Zuschreibung der Zielgrundstücke 1172/5, 1172/6 und 1172/7 jeweils an einen neu zu schaffenden Grundbuchkörper und die Einverleibung des Eigentums der Erst-Ast daran, die Abschreibung eines weiteren Trennstücks vom Grundstück des Zweit-Ast, die Eröffnung einer neuen Einlagezahl für das dadurch geschaffene Zielgrundstück 1172/8 und die „Mitübertragung“ des Eigentums des Zweit-Ast zum neu zu schaffenden Grundbuchkörper, weiters die Abschreibung von zwei Trennstücken vom Grundstück 1173/3 der Dritt-Ast und die Zuschreibung dieser zu den Zielgrundstücken 1172/6 und 1172/7, an welchen das Eigentum der Erst-Ast einverleibt werden soll, sowie die Abschreibung eines weiteren Trennstücks vom Grundstück der Dritt-Ast und die Zuschreibung des dadurch geschaffenen Zielgrundstücks zur Liegenschaft des Viert-Ast.

Das ErstG wies das Begehren – zusammengefasst – ab, weil bei den Schenkungsverträgen zwischen dem Zweit-Ast und der Erst-Ast sowie dieser und der Dritt-Ast je-