



universität
wien

Rechtswissenschaftliche Fakultät

DISSERTATION

Exposé des Dissertationsvorhabens

**Die Tätigkeit des Immobilienmaklers nach dem
Fernabsatz- und Auswärtsgeschäfte Gesetz (FAGG)**

Verfasserin

Mag. iur. Miriam Limberg

Betreuer

Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss, LL.M.

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, Juni 2015

Matrikelnummer: 0300678
Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101 Doktoratsstudium Rechtswissenschaften
Dissertationsgebiet: Zivilrecht

EXPOSÉ

I. THEMENEINFÜHRUNG

A. Anwendbarkeit des FAGG auf den Immobilienmaklervertrag

Mit Juni 2014 traten in Österreich die Bestimmungen zur Umsetzung der „Verbraucherrechte-Richtlinie“¹ in Kraft, die europaweit harmonisierte Informations- und Rücktrittsrechte für Verbraucher schaffen. Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) übernimmt dabei die Regelungen zu Fernabsatz und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (kurz FAV und AGV), die bisher (teilweise) durch §§ 5a ff KSchG geregelt wurden.

Die neuen Regelungen des FAGG stellen die Dienstleistungsbranche nicht nur vor einen erheblichen administrativen Mehraufwand, sondern ermöglichen den Verbrauchern teilweise (planwidrig oder nicht) auch die Möglichkeit zur Umgehung gewisser Entgeltansprüche und folglich zum Missbrauch, weil das FAGG dem Verbraucher eine Rücktrittsmöglichkeit vom (Informations-)Dienstleistungsvertrag (unter bestimmten Voraussetzungen) auch noch nach Erfüllung desselben gewährt. Als solch ein Dienstleistungsvertrag ist der Maklervertrag (neuerdings) zu qualifizieren² (war er bislang doch zumindest nach hL immer ein Vertrag sui generis³).

B. Der Praxisfall – Abschluss des Immobilienmaklervertrages

Typischerweise verlief der Vertragsabschluss zwischen Immobilienmakler und Auftraggeber (Interessent) bis zum Inkrafttreten des FAGG etwa wie folgt: Ein Interessent kontaktierte den Makler (üblicherweise) über ein Internetportal oder die Homepage des Maklers indem er eine „Anfrage“ schickte bzw. telefonisch. Daraufhin übermittelte der Makler dem Interessenten das Exposé mit allen relevanten Informationen (Adresse der Liegenschaft, laufende Kosten,

¹ RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, AB L 304/64, erste Seite d. Rechtsaktes im Amtsblatt.; Kurzzitat: VerbraucherrechteRL 2011/83 AB L 304/64, erste Seite d. Rechtsaktes im Amtsblatt.

² Erwägungsgrund 26 der VerbraucherrechteRL 2011/83 AB L 304/64, erwähnt ausdrücklich den Vertrag über Dienstleistungen von Immobilienmaklern.

³ *Strasser in Rummel*, ABGB-ON § 1002 Rz 20.

Befristungen, Kautions-, Provisionshöhe etc.) und vereinbarten die Vertragsparteien sodann entweder per Email oder telefonisch einen Besichtigungstermin. Die (zumindest konkludent zustandegekommene) Zusage einer Provision für den Fall einer erfolgreichen Vermittlung einer Geschäftsgelegenheit⁴, also der Maklervertrag, war damit geschlossen und die Administration zur Provisionssicherung erledigt.

Ein auf solche Weise zustandegekommener Vertrag wird als Fernabsatzgeschäft (FAG) qualifiziert und unterliegt somit nun dem Regime des FAGG. Es ist dies jeder Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher, der ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems geschlossen wurde, wobei bis einschließlich des Zustandekommens des Vertrags ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet werden⁵.

Dadurch hat sich der soeben geschilderte typische Fall des Abschlusses des Immobilienmaklervertrages geändert: In der Praxis fragt der Interessent (wie üblicherweise bisher auch) über ein Internetportal oder die Homepage des Maklers⁶ an bzw. kontaktiert ihn telefonisch. Den Makler treffen sodann einige vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflichten, sowie nachvertragliche Dokumentationspflichten. Der Unternehmer hat den Verbraucher vor Abschluss des Vertrages über die essentialia⁷ der angebotenen Vertragsverhältnisse zu informieren, diese auf einem dauerhaften Datenträger (zB Email) bereitzustellen und ihm eine Bestätigung des geschlossenen Vertrages gemeinsam mit einem Muster-Widerrufsformular⁸ zu übermitteln⁹. Erst mit dem ausdrücklichen Verlangen des Verbrauchers nach einem vorzeitigen Tätigwerden des Maklers gemäß § 10 FAGG (nämlich vor Ablauf der vierzehntägigen Rücktrittsfrist) und einer entsprechenden Erklärung des Verbrauchers über den Verzicht auf sein Rücktrittsrecht vom Maklervertrag sowie einer

⁴ *Holzappel*, Die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag, immolex, 2014, 181.

⁵ § 3 Z 2 FAGG

⁶ Fraglich ist hier, ob die Homepage eines Maklers bzw. wenn der Interessent von dem Objekt durch eine Bewerbung in Printmedien oder auf andere Weise von der Geschäftsgelegenheit und dem anbietenden Makler erfährt, dies ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem ist⁶ und folglich überhaupt ein FAG vorliegt; so schon *Holzappel*, immolex, 2014, 181.

⁷ § 4 Abs 1 FAGG

⁸ Das Muster-Widerrufsformular ist dem Verbraucher bei sonstiger Verlängerung der Rücktrittsfrist obligatorisch zur Verfügung zu stellen – die Rücktrittserklärung ist jedoch gem. § 13 Abs 1 FAGG an keine bestimmte Form gebunden, es muss jedoch für den Unternehmer bei objektiver Betrachtung erkennbar sein, dass der Verbraucher von seiner Vertragsauflösungsoption Gebrauch macht.

⁹ § 5 Abs 2 FAGG

Bestätigung hierfür durch den Makler, werden diesem nähere Informationen zu dem angefragten Objekt übermittelt. Erst jetzt ist die Administration zur Provisionsicherung abgeschlossen.

C. Der Rücktritt vom Maklervertrag oder das Problem in der Praxis

Dem Verbraucher wird in § 11 FAGG grundsätzlich ein generelles Rücktrittsrecht binnen vierzehn Tagen nach Vertragsabschluss¹⁰ eingeräumt. Für den Fall, dass der Makler seine Informations- und / oder Aufklärungspflichten (auch nur teilweise) nicht erfüllt verlängert sich die Rücktrittsfrist um zwölf Monate¹¹; dh die Rücktrittsfrist beträgt zwölf Monate und vierzehn Tage¹².

Mit Einführung des FAGG wurden – wie der soeben geschilderte Praxisfall zeigt – auch neue Problembereiche in den Arbeitsalltag vieler Dienstleister,¹³ insbesondere auch der Immobilienmakler, eingeführt. Dabei können die Regelungen des FAGG dazu führen, dass der Immobilienmakler trotz Erbringung einer grundsätzlich vollkommen vertragskonformen Leistung keinerlei Provisionsanspruch hat. Hierbei sind 2 Fälle (wovon einer sich nur in unterschiedlichen Ausprägungen darstellt) denkbar:

1. Der Verbraucher verlangt kein vorzeitiges Tätigwerden, Makler wird dennoch innerhalb der Rücktrittsfrist tätig und vollständig verdienstlich, Verbraucher tritt fristgerecht vom Maklervertrag zurück und schließt sodann das Grundgeschäft (Miete / Kauf) ab bzw. schließt zuerst das Grundgeschäft ab und tritt danach zurück;
2. Der Verbraucher verlangt ein vorzeitiges Tätigwerden, tritt jedoch zurück bevor der Makler vollständig verdienstlich wurde.

Tritt der Verbraucher also innerhalb der Rücktrittsfrist¹⁴ vom Maklervertrag zurück und hat er kein vorzeitiges Tätigwerden des Maklers nach § 10 FAGG verlangt, entstehen für ihn - unter dem Regime des FAGG - keinerlei Kosten, auch dann nicht, wenn der Makler seine Dienstleistung bereits vollständig erbracht hat; wohl nicht einmal dann, wenn der Verbraucher

¹⁰ Frist beginnt gem. § 10 Abs 2 FAGG bei Dienstleistungsverträgen mit dem Tag des Vertragsabschlusses

¹¹ § 12 Abs 1 FAGG

¹² gerechnet jeweils ab den Beginn des Fristenlaufens gem. § 11 Abs 2 FAGG. Wird die Belehrung nachgeholt, endet die Rücktrittsfrist vierzehn Tage nach dem Zeitpunkt der nachträglichen Informationserteilung.

¹³ ausgenommen vom Geltungsbereich der Richtlinie sind Verträge die unter Artikel 3 Abs 3 und 4 fallen

¹⁴ nach § 11 oder 12 FAGG

nach seinem Rücktritt vom Maklervertrag das diesem zugrundeliegende Grundgeschäft abgeschlossen hat. Der Verbraucher hat in diesem (oben zu 1. genannten) Fall durch seinen Vertragsrücktritt widerrechtlich (?) einen Vorteil zum Nachteil eines Anderen (des Immobilienmaklers) erlangt oder zumindest ohne Nachteil (Provision) den vollen Vorteil einer fremden Leistung lukriert. Fraglich ist nun, ob das Bestreben des Verbrauchers, sich „auf Kosten“ des Unternehmers einen Vorteil zu verschaffen, mit dem Zweck des Widerrufsrechts bzw. des vollständigen Entfalls des Entgeltanspruchs, im Widerspruch steht¹⁵.

Im zweiten Fall stellt sich ua die Frage nach dem Zeitpunkt und Inhalt bzw. Teilbarkeit der verdienstlichen Leistung¹⁶ des Maklers, war doch grundsätzlich die bloße Namhaftmachung des potentiellen Geschäftspartners (zumindest bislang) der provisionsanspruchsauslösende Moment. Da diese Leistung jedoch (wahrscheinlich) nicht teilbar iSd § 16 Abs 1 FAGG ist, gibt es uU nur ein „Alles“ oder „Nichts“. Zu untersuchen sein wird, wo hier die Grenze zu ziehen ist.

Unproblematisch sind die Fälle in denen der Makler innerhalb der Frist aufgrund eines vorzeitigen Verlangens des Verbrauchers tätig wurde und dieser dann vom Maklervertrag zurück(tritt) treten will; in diesen Fällen schuldet der Verbraucher aufgrund der vollständig erbrachten Leistung die volle Provision.

¹⁵ *Wendehorst*, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? GPR 2015, 55.

¹⁶ Voraussetzung für den Provisionsanspruch ist der Nachweis einer verdienstlichen, für den Geschäftsabschluss adäquat kausalen Tätigkeit. Eine verdienstliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn sie den Anforderungen des Vermittlungsvertrags entspricht und ihrer Art nach geeignet ist, für den Geschäftsherrn Vertragspartner aufzufinden bzw diese zum Vertragsabschluss zu bewegen. Im Geschäftszweig der gewerblichen Immobilienmakler reicht dabei die bloße Namhaftmachung des potentiellen Geschäftspartners aus (vgl für viele OGH 5.5.2011, 2 Ob 91/10m).

II. DAS DISSERTATIONSVORHABEN

Im Rahmen der Dissertation sollen etwaige „zivilrechtliche Alternativansprüche“ für den Entfall des Entgeltanspruchs in Folge eines Rücktritts vom Maklervertrag nach dem FAGG erörtert werden.

Grundsätzlich wird die Frage der Anwendbarkeit von allgemeinem Zivilrecht neben den Umsetzungsvorschriften der RL bereits von der RL¹⁷ verneint. Ebenso wird von der RL jede Form des Anspruchs aufgrund der Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher ausgeschlossen¹⁸. Unter welchen Bedingungen nun dennoch ein auf allgemeinen zivilrechtlichen Grundlagen basierender (Geld-)Anspruch des Maklers gegen den zurücktretenden Verbraucher möglich sein kann, soll die gegenständliche Dissertation untersuchen; dabei wird auf die Grenzen des Geltungsbereichs und Regelungsgehalts¹⁹ der RL besonderer Augenmerk zu legen sein.

Dass die Leistung einer Information (beim Immobilienmakler: über die Gelegenheit eines Immobiliengeschäfts) eine grundsätzlich zivilrechtlich beachtliche „Leistung“ darstellt, die auch bereicherungsrechtliche oder auf Geschäftsführung ohne Auftrag gestützte Ansprüche auslösen kann, zeigte zuletzt etwa der Fall eines „Erbensuchers“ (das sind Genealogen, die möglichen Erben eine Information über deren „Erbgelegenheit“ mitteilen).²⁰

A. Bereicherungsrecht

Der Umstand, dass in den dargestellten Problemfällen eine (wenn auch im untechnischen Sinn) „ungerechtfertigte“ (nämlich: vertragsgrundlose) Bereicherung stattgefunden hat, ist zweifelsfrei. Fraglich ist aber, ob die Bereicherung gesetzlich (nämlich durch die RL bzw das FAGG) gedeckt ist und wenn nicht, in welcher Höhe ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zustehen kann. Hinzu kommen noch andere Besonderheiten des Maklervertrages, wie zB die Unteilbarkeit der Maklerleistung, die etwa für den Rücktrittsfall nach § 16 Abs 1 1. Satz FAGG eine Rolle spielen und in der Dissertation behandelt werden sollen.

¹⁷ Art 3 Abs 5 der RL

¹⁸ Art 14 Abs 5 der RL

¹⁹ Der Regelungsgehalt muss mit Hilfe einer Auslegung der Richtlinienbestimmungen in ihrer Gesamtschau ermittelt werden, wobei eine funktionale Betrachtung angezeigt ist, so *Wendehorst*, GPR 2015, 55.

²⁰ „Erbensucher“-Entscheidung des OGH 21.8.2014, 3 Ob 228/13w.

B. Schadenersatzrecht

Zu prüfen wäre weiters, inwiefern der Rücktritt des Verbrauchers vom Maklervertrag schadenersatzrechtliche Folgen auslöst; so kann etwa nach hA der Eintritt in Vertragsverhandlungen ohne jeglichen Abschlusswillen zu einer Haftpflicht nach culpa in contrahendo führen – fraglich wäre, ob dies auch für einen Verbraucher gilt, der von Anfang an beabsichtigte, den Maklervertrag (nach Erhalt der maßgeblichen Informationen) zu lösen. Für diese Fälle wäre auch die Anwendbarkeit des Instituts des Rechtsmissbrauchs (arglistige Täuschung) oder unter Umständen ein deliktischer Schadenersatzanspruch zu prüfen.

C. (Nützliche) Geschäftsführung ohne Auftrag

Durch den Rücktritt des Verbrauchers vom Maklervertrag, fällt die Vertragsgrundlage für die Leistung des Maklers, nämlich die Namhaftmachung, (nachträglich) weg. Der Makler ist dann jedoch sowohl im eigenen Interesse (Aussicht auf Provisionsanspruch), als auch im fremden Interesse (des Verbrauchers) tätig geworden. Der Geschäftsherr (Verbraucher) zieht aus dieser gewonnenen Information einen Nutzen, schließt er doch letztlich das Grundgeschäft ab. In der Dissertation soll daher auch die Frage nach einem etwaigen Aufwandersatzanspruch des Maklers nach § 1036 ABGB behandelt werden.

VORLÄUFIGE GLIEDERUNG

I. Einleitung & Grundlagen

A. Maklervertrag

1. Dienstleistungsvertrag, Vertrag sui generis oder doch Kaufvertrag?
2. Zeitpunkt & Art des Zustandekommens
3. Leistungsinhalt & Erfüllungszeitpunkt
4. Akzessorietät zum vermittelten Vertrag

B. Grundlagen & Entstehungsgeschichte der RL & FAGG

1. Telos & Ziel von RL & FAGG

II. Rücktrittsrechte nach dem FAGG

A. Anwendbarkeit des FAGG auf den Maklervertrag

B. Pflichten des Maklers nach FAGG

1. Informations-, Aufklärungs- und Dokumentationspflichten & vorzeitiges Tätigwerden

III. Ausgangssituation

A. Der typische Problemfall

1. Darstellung des Praxisfalles „alt“ & „neu“
2. Rücktrittsmöglichkeiten in concreto

IV. (Mögliche) zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen

A. Themengebiet Bereicherungsrecht

1. Telos, Wertungen & Grundsätze des Bereicherungsrechts
2. Bewertung eines Bereicherungsanspruchs in Hinblick auf die Maklertätigkeit
 - a) ausgewählte Literatur & Judikatur
 - b) (Un-)teilbarkeit der Maklerleistung
3. Faktische Vertragsverhältnisse
4. Rückabwicklung

B. Themengebiet Schadenersatzrecht

1. Telos, Wertungen & Grundsätze des SER
2. Rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung und ihre Folgen
 - a) Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung?
 - b) Deliktischer Schadenersatz
3. culpa in contrahendo

C. Themengebiet (nützliche) GoA

1. Telos, Wertungen & Grundsätze der GoA
 2. ausgewählte Literatur & Judikatur
 3. Bemessung der Entschädigung
- D. Leistungskonditionen
1. Kondition wegen zweckverfehlender Leistung (analoge Anwendung von § 1435 ABGB)
 - a) ausgewählte Literatur & Judikatur
 - b) Höhe des Anspruchs
- V. Zusammenfassung & Ausblick
- VI. Literaturverzeichnis
- VII. Lebenslauf

VORLÄUFIGER ZEITPLAN

Sommersemester 2015

- **SE Neue Entwicklungen im Grundbuchsrecht** bei Prof. Bittner & Prof. Rechberger (§ 4 Abs 1 lit d) → bereits absolviert
- **SE Judikatur- & Textanalyse** bei Prof. Fischer (§ 4 Abs 1 lit b) → bereits absolviert
- VO Juristische Methodenlehre bei Prof. Stadler (§ 4 Abs 1 lit a) → bereits absolviert
- **SE aus dem Dissertationsfach zur Vorstellung & Diskussion des Dissertationsvorhabens** bei Prof. Ofner (§ 4 Abs 1 lit c)
- Einreichung des **Antrages auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens** beim zuständigen studienrechtlichen Organ und dessen Genehmigung (§ 5)
- **fakultätsöffentliche Präsentation** des Dissertationsvorhabens (§ 5)
- Genehmigung der **Dissertationsvereinbarung** und deren Einhaltung (§ 6)

Wintersemester 2015/2016 und Sommersemester 2016

- Beginn der Abfassung der Dissertation
- Absolvierung der Wahlfachveranstaltungen
- **Abfassung** der Dissertation (§ 7)

Wintersemester 2016/2017

- **Fertigstellung** und **Überarbeitung** der Dissertation (§ 7)
- Öffentliche **Defensio** (§ 8)

VORLÄUFIGES LITERATURVERZEICHNIS

- *Apathy*, Rücktritt nach § 11 FAGG trotz Unmöglichkeit der Rückstellung der Ware, ÖJZ 2014/111
- *Cap*, Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2014, 110
- *Gartner/Karandi*, Maklergesetz, 2. Auflage, Kurzkommentar
- *Geiger*, FAGG: Dienstleistungen in der Rücktrittsfrist, *ecolex* 2014, 597
- *Holzapfel*, Die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Maklervertrag, *immolex* 2014, 181
- *Knittl/Holzapfel*, Maklerrecht Österreich (2. Auflage Stand Jan. 2015)
- *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014)
- *Koziol/Wilhelm*, Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, *JBI* 1978, 239
- *Koziol*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter? In *FS Wiegand* (2005), 449
- *Limberg/Tschugguel, A.*, Ein Erbteil für den Erbensucher?, *ecolex* 2014, 400
- *Meissel*, Die Erbensucher und der OGH, Anmerkungen zu 3 Ob 228/13w, *NZ* 2014/155
- *Noss*, Maklerrecht³ (2008)
- *Prader*, Entscheidungen zum Immobilienmaklerrecht (2011)
- *Schoditsch*, Neues im Konsumentenschutzrecht – Die Umsetzung der RL über die Verbraucher in Österreich, *RZ* 2014, 214
- *Stabentheiner*, Die miet- und wohnrechtlich relevanten Teile des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, *immolex* 2014, 170
- *Stabentheiner*, Das Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, *VbR* 2014, 45
- *Stabentheiner*, Aktuelle Entwicklungen auf wohnrechtlichen Nebenschauplätzen und Vorhöfen, *Jahrbuch Wohnrecht* 2014, 7
- *Stabentheiner, Johannes*, Begutachtungsverfahren zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie eröffnet, *ÖJZ* 2014, 24
- *Stabentheiner*, Legistik im europäischen Arbeitsfeld. Herausforderungen an die Zivillegistik bei der Schaffung europäischen Rechts und seiner innerstaatlichen Umsetzung, *ÖJZ* 2010, 32
- *Wilhelm/ Ertl*, *ecolex* 2014/199

- *Wilhelm*, Bereicherungsansprüche wegen Ausnützens fremder Schöpfungen und Kenntnisse, ÖBl 1995, 147
- *Wilhelm/ Ertl*, Rücktritt beim Fernabsatzgeschäft, ecolex 2014, 199
- *Wendehorst*, Ist das neue verbraucherrecht noch zu retten? GPR 2015, 55