

## Zum Rücktritt vom Maklervertrag nach FAGG

(§ 11 Abs 1 FAGG; § 12 FAGG; § 18 Abs 1 Z 1 FAGG)

Der OGH (8 Ob 119/23t) hatte sich rezent mit dem Rücktritt einer Auftraggeberin von einem Maklervertrag nach FAGG zu befassen und gelangte zu folgenden Ergebnissen:

- Das Bereitstellen eines Widerrufsformulars durch den Makler im Rahmen der Belehrung über das Rücktrittsrecht gemäß § 4 Abs 1 Z 8 FAGG soll für den Verbraucher den Rücktritt nach § 11 Abs 1 FAGG (binnen 14 Tagen ab Abschluss des Maklervertrags) vereinfachen und für Rechtssicherheit sorgen. Durch die Übermittlung eines nicht lesbaren Widerrufsformulars wird aber den Vorgaben des § 4 Abs 1 Z 8 FAGG hinsichtlich einer Information des Verbrauchers über das Rücktrittsrecht naturgemäß schon deshalb nicht entsprochen, weil ein solches Formular für den Verbraucher nicht verwendbar ist. Aus diesem Grund hat sich im vorliegenden Fall aus Sicht des OGH die Rücktrittsfrist für die provisionsbeklagte Auftraggeberin gemäß § 12 Abs 1 FAGG um zwölf Monate verlängert, weshalb ihr – ca fünf Monate nach Abschluss des Maklervertrags erklärter – Rücktritt als rechtzeitig erkannt wurde.
- Der Verbraucher kann seine Zustimmung gemäß § 18 Abs 1 Z 1 FAGG zur Ausführung der Vermittlungstätigkeit des Maklers noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist im elektronischen Rechtsverkehr auch durch das Anklicken einer entsprechenden Schaltfläche erklären. Der Verlust des Rücktrittsrechts mit vollständiger Erbringung der Dienstleistung (Namhaftmachung) tritt aber nur ein, wenn sowohl eine Zustimmungserklärung des Verbrauchers als auch eine Bestätigung über seine Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts (nach vollständiger Erbringung der Dienstleistung) vorliegen. Dazu wurde im vorliegenden Fall festgestellt, dass das von der Website der Maklerin automatisch generierte E-Mail der Auftraggeberin nicht zugerechnet werden könne, und auch sonst keine Bestätigung der Auftraggeberin über die Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts vorliege, weshalb nicht von einem Verlust des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG ausgegangen werden könne.
- Dem Rücktrittsrecht nach § 11 Abs 1 FAGG kann der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen. Im vorliegenden Fall wurde aber der Rücktritt der Auftraggeberin nicht als rechtsmissbräuchlich erkannt: Sie habe sich nämlich nachträglich dazu entschieden, vom Abschluss des vermittelten Rechtsgeschäfts (Ankauf von zwei Wohnungen) Abstand zu nehmen und damit im Ergebnis die Leistungen der Maklerin nicht für sich in Anspruch genommen.

### RECHTLICHER HINTERGRUND:

Nach § 11 Abs 1 FAGG kann der Verbraucher von einem Fernabsatzvertrag oder einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlos-

senen Vertrag binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zurücktreten.

Ist der Unternehmer seiner Informationspflicht nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG (unter Zurverfügung-

stellung des Muster-Widerrufsformulars gemäß Anhang I Teil B) nicht nachgekommen, verlängert sich die Rücktrittsfrist nach **§ 12 Abs 1 FAGG** um zwölf Monate. Dies gilt daher auch dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher zwar über das Widerrufsrecht belehrt, ihm aber entgegen § 4 Abs 1 Z 8 FAGG kein Muster-Widerrufsformular zur Verfügung gestellt hat, sodass auch eine sachlich zutreffende und vollständige Belehrung über das Rücktrittsrecht die Fristverlängerung nicht verhindert.<sup>1</sup>

Nach **§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG** hat der Verbraucher nach vollständiger Erbringung der Leistung kein Rücktrittsrecht, wenn der Unternehmer mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers mit der Vertragserfüllung begonnen und der Verbraucher bestätigt hat, dass er den Verlust seines Rücktrittsrechts zur Kenntnis genommen hat. Der Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG soll den Unternehmer davor schützen, dass der Verbraucher zurücktritt, nachdem die Leistung schon vollständig erbracht wurde.<sup>2</sup>

#### ▪ SACHVERHALT:

*Nachdem die beklagte Auftraggeberin Interesse am Ankauf einer der von der klagenden Maklerin inserierten Wohnungen äußerte, übermittelte die Maklerin der Auftraggeberin am 10. November 2021 ein E-Mail, in welchem die Auftraggeberin die Schaltfläche „Hier geht es zur Bestätigung der Maklervereinbarung (...) Sie bestätigen über den oben angeführten Link, dass Sie unser vorzeitiges Tätigwerden wünschen und über die Konsumenten- und Rücktrittsrechte nachweislich informiert wurden.“ anklickte.*

*Es konnte aber nicht festgestellt werden, ob die Auftraggeberin solche Informationen*

*tatsächlich erhalten hat. Durch das Anklicken der Schaltfläche wurde von der Website der Maklerin ein E-Mail mit dem Namen der Auftraggeberin mit dem Inhalt „Ich wünsche ein vorzeitiges Tätigwerden und verzichte auf mein Widerrufsrecht.“ generiert und an die Maklerin versendet.*

*In weiterer Folge übermittelte die Maklerin der Auftraggeberin zwei E-Mails mit Informationen zu den angebotenen Wohnungen, denen eine „Nebenkostenübersicht“ angeschlossen war, in welcher sich ein schlecht leserlicher Abdruck der Vorschriften des FAGG sowie ein abgesehen von der Überschrift nicht lesbares „Widerrufsformular“ befand.*

*Am 12. November 2021 unterfertigte die Auftraggeberin ein Kaufanbot für zwei Wohnungen, doch kam es nie zur Errichtung eines verbücherungsfähigen Kaufvertrags.*

*Am 13. April 2022 erklärte die Auftraggeberin den Rücktritt vom Maklervertrag.*

*Die klagende Maklerin begehrt von der beklagten Auftraggeberin eine Vermittlungsprovision von EUR 71.928,-- sA.*

*Die Maklerin habe die Auftraggeberin vor Vertragsabschluss umfassend aufgeklärt und ihre Leistungen bereits vollständig erbracht, sodass kein Rücktrittsrecht bestehe. Die Auftraggeberin habe sich wider Treu und Glauben geweigert, einen verbücherungsfähigen Kaufvertrag zu unterfertigen.*

*Die beklagte Auftraggeberin bestritt.*

*Sie wendete ein, dass die Maklerin ihre Informationspflichten nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG nicht erfüllt habe, sodass sie nach wie*

<sup>1</sup> RS0132748; *Kepplinger*, Der Maklervertrag mit dem Interessenten und das FAGG, immolex

2018, 134 [137]; *Dehn* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 4 FAGG Rz 25.

<sup>2</sup> RS0131792.

*vor zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen sei.*

**Das Erstgericht hat das Klagebegehren abgewiesen.**

*Die Maklerin habe nicht nachweisen können, dass sie die Auftraggeberin über das Rücktrittsrecht nach § 11 Abs 1 FAGG ordnungsgemäß informiert habe, weil **kein taugliches Widerrufsformular übermittelt worden sei**, sodass sich die Rücktrittsfrist nach § 12 Abs 1 FAGG um zwölf Monate verlängert habe. **Die Auftraggeberin habe das Rücktrittsrecht auch nicht nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG verloren**, weil sie zwar einem vorzeitigen Tätigwerden der Maklerin zugestimmt, aber ihre Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts nicht bestätigt habe.*

**Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung** und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Dagegen richtet sich die **außerordentliche Revision der Maklerin**, mit der sie eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung im klagsstattgebenden Sinn anstrebt, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

*Die Auftraggeberin beantragt in der ihr freigestellten Rechtsmittelbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.*

▪ **RECHTLICHE BEURTEILUNG DES OGH:**

**a) Konkreter Fall: Die Maklerin war zu vorvertraglichen Informationen nach dem FAGG verpflichtet**

**Zum Sachverhalt: Die Maklerin war nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG verpflichtet, ihre Auftrag-**

**geberin vor Abschluss der Maklervereinbarung in klarer und verständlicher Weise unter Zurverfügungstellung des Muster-Widerrufsformulars über das Rücktrittsrecht nach § 11 Abs 1 FAGG zu informieren.** Ein Nachreichen des Widerrufsformulars ist nur zulässig, wenn die vorherige Übermittlung aufgrund des verwendeten Kommunikationsmittels eine unverhältnismäßige oder untragbare Belastung darstellt, was im vorliegenden Fall aber nicht zutrifft.<sup>3</sup>

**b) Die Übermittlung eines nicht leserlichen Widerrufsformulars genügt den Anforderungen für eine Aufklärung über das Rücktrittsrecht im Sinne des § 4 Abs 1 Z 8 FAGG nicht**

Das Bereitstellen eines Musterformulars soll den Rücktritt für den Verbraucher vereinfachen und für Rechtssicherheit sorgen.<sup>4</sup>

**Zum Sachverhalt: Durch die Übermittlung eines nicht lesbaren Formulars wird den Vorgaben des § 4 Abs 1 Z 8 FAGG schon deshalb nicht entsprochen, weil ein solches Formular für den Verbraucher nicht verwendbar ist. Die Rücktrittserklärung der Auftraggeberin war deshalb rechtzeitig.**

**c) Der Verlust des Rücktrittsrechts nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG setzt eine Bestätigung des Verbrauchers über seine Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts voraus**

Nach der Rechtsprechung kann der Verbraucher seine Zustimmung zum Beginn der Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist auch durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens zum Ausdruck bringen.<sup>5</sup> Dementsprechend besteht kein Zweifel, dass **der Verbraucher seine**

<sup>3</sup> EuGH C 430/17, *Walbusch Walter Busch* Rn 46.

<sup>4</sup> Erwägungsgrund 44 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU.

<sup>5</sup> RS0131796.

**Zustimmung im elektronischen Rechtsverkehr auch durch das Anklicken einer entsprechenden Schaltfläche erklären kann.**

**Der Verlust des Rücktrittsrechts [nach vollständiger Erbringung der Dienstleistung] tritt aber nur ein, wenn sowohl eine Zustimmungserklärung des Verbrauchers als auch eine Bestätigung über seine Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts vorliegen.<sup>6</sup>**

*Zum Sachverhalt: Die Vorinstanzen haben bereits darauf hingewiesen, dass das von der Website der Maklerin automatisch generierte E-Mail der Auftraggeberin nicht zugerechnet werden kann, und auch sonst keine Bestätigung der Auftraggeberin über die Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts vorliegt.*

**d) Konkreter Fall: Ein rechtsmissbräuchlicher Rücktritt vom Maklervertrag liegt nicht vor**

**Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass dem Rücktrittsrecht nach § 11 Abs 1 FAGG der**

**Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen kann.<sup>7</sup>** Eine missbräuchliche Rechtsausübung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet oder zwischen den verfolgten eigenen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht.<sup>8</sup>

***Zum Sachverhalt: In diesem Sinne kann die Ausübung des Rücktrittsrechts der Auftraggeberin schon aufgrund ihres Interesses an der Abwehr des Zahlungsanspruchs der Maklerin nicht rechtsmissbräuchlich sein.***

Die Lehre geht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH von einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 11 Abs 1 FAGG aus, wenn der Verbraucher in Kenntnis der Rechtslage den Vertrag gerade deshalb abschließt, um sich durch den nachträglichen Rücktritt einen Vorteil zu verschaffen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> 8 Ob 122/17z; 8 Ob 45/20f; ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 38.

<sup>7</sup> 9 Ob 102/22y. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde indes vom OGH kein Rechtsmissbrauch bei Ausübung des Rücktrittsrechts erkannt: Es sei zwar richtig, dass die beklagten Auftraggeber ihr Interesse am Vermittlungsgegenstand (Wohnung) nie verloren hätte und letztlich die Wohnung ohne Beteiligung der Maklerin besichtigt und gekauft hätten. Daraus alleine könne aber noch nicht der unzweifelhafte Schluss gezogen werden, dass die Auftraggeber durch ihre gesamten Handlungen lediglich und von vornherein das Ziel verfolgt hätten, die Wohnung zu erwerben, ohne die Maklerprovision bezahlen zu müssen. Schließlich habe die Maklerin nicht sämtliche von den Auftraggebern gewünschten Informationen erteilen und auch nicht alle verlangten Unterlagen vollständig vorlegen können, sodass die Auftraggeber die Zusammenarbeit mit der Maklerin hinsichtlich

dieser Wohnung beendet hätten. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass sich die Maklerin zu dieser Zeit auf andere Kaufinteressenten konzentriert habe, die Kommunikation mit den Auftraggebern nur schleppend gewesen sei, es zu Verzögerungen gekommen sei und die Auftraggeber unter Zeitdruck gestanden seien, eine Wohnung zu finden. Dass die Auftraggeber mit ihrem Vertragsrücktritt aus Schädigungsabsicht bezweckt hätten, einen Provisionsanspruch der Maklerin abzuwenden, könne daher nicht gesagt werden. Daraus gehe vielmehr (objektiv) hervor, sie hätten eine rasche Abwicklung des Wohnungskaufs gewünscht, was die Maklerin aber nicht bewerkstelligen habe können.

<sup>8</sup> RS0025230; RS0026265; RS0026271.

<sup>9</sup> Berka, Verbraucherschutz ohne Grenzen? Zur Grundrechtskonformität der Rechtsfolgen eines Rücktritts nach dem FAGG, wbl 2015, 181 [191]; so wohl auch Wendehorst, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? Zur

**Zum Sachverhalt:** Ein solcher Fall liegt hier aber gerade nicht vor.

Nach der Absicht des Gesetzgebers setzt das Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG keine Schlechterfüllung des Vertragspartners voraus und ist auch an keine sonstigen Voraussetzungen geknüpft, sondern soll dem Verbraucher vielmehr eine Korrektur von Fehlentscheidungen im Fernabsatz ermöglichen.<sup>10</sup>

**Zum Sachverhalt:** Hier hat sich die Auftraggeberin nachträglich dazu entschieden, vom Ankauf der Wohnungen Abstand zu nehmen. Sie hat im Ergebnis die Leistungen der Maklerin nicht für sich in Anspruch genommen. Hier ist daher die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht rechtsmissbräuchlich.

#### e) Entscheidung des vorliegenden Falls

**Zum Sachverhalt:** Die außerordentliche Revision der Maklerin ist im Hinblick auf die von ihr aufgeworfene Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit des Rücktritts nach § 11 Abs 1 FAGG zulässig, sie ist aber nicht berechtigt, weshalb ihr nicht Folge gegeben wird.

#### ■ ANMERKUNGEN:

Die Qualifikation des im vorliegenden Fall erklärten Rücktritts der Auftraggeberin nach FAGG als nicht rechtsmissbräuchlich ist aufgrund des – vom OGH hervorgehobenen – Umstands, dass die Auftraggeberin mangels Zustandekommens des zu vermittelnden Rechtsgeschäfts<sup>11</sup> die Leistungen der Maklerin

---

möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2015, 55 [58 ff].

<sup>10</sup> ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 33; ebenso Erwägungsgrund 37 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU.

<sup>11</sup> Wenn es auch – was im Verfahren von der Maklerin zwar behauptet, aber letztlich nicht

letztlich nicht (erfolgreich) in Anspruch genommen hat, **anzuerkennen**.

Der Fall zeigt (erneut) auf, wie wichtig es für Maklerinnen und Makler ist, ihren vorvertraglichen Informationspflichten nach FAGG einwandfrei nachzukommen, um eine Verlängerung der Rücktrittsfrist um zwölf Monate gemäß § 12 Abs 1 FAGG (die es überhaupt erst zulässt, dass lange, nachdem die Maklerin/der Makler ihre/seine Leistung erbracht hat, ein Rücktritt vom Maklervertrag erklärt werden kann<sup>12</sup>). Wesentlich ist dabei, dass nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG nicht bloß eine Belehrung des Verbrauchers über das ihm zustehende Rücktrittsrecht erfolgt, sondern dabei auch das (gemäß Anhang I Teil B) gesetzlich ausgeführte Muster-Widerrufsformular übergeben bzw übermittelt wird. Die Information über das Muster-Widerrufsformular ist im Sinne dessen Zurverfügungstellung zu verstehen. Diese hat grundsätzlich (beim Auswärtsgeschäft ohne weiteres) auf Papier oder (beim Ferngeschäft, aber auch beim Auswärtsgeschäft mit Zustimmung des Verbrauchers) auf einem dauerhaften Datenträger zu erfolgen. **Wird der Verbraucherin/dem Verbraucher kein Muster-Widerrufsformular zur Verfügung gestellt, so ist die Unternehmer/der Unternehmer ihrer/seiner Informationspflicht nach § 4 Abs 1 Z 8 FAGG nicht nachgekommen. Dies führt gemäß § 12 Abs 1 FAGG zu einer Ausdehnung der an sich 14-tägigen Rücktrittsfrist um zwölf Monate. Ein Rücktritt innerhalb der (allenfalls um zwölf Monate verlängerten) Rücktrittsfrist führt – wegen des rückwirkenden Entfalls der Provisionsgrundlage**

geprüft wurde – an der Auftraggeberin gelegen sein mag, dass der Abschluss des Hauptgeschäfts unterblieb.

<sup>12</sup> Ohne Verlängerung der Rücktrittsfrist nach § 12 Abs 1 FAGG wäre im vorliegenden Fall der Rücktritt vom Maklervertrag klar verspätet gewesen.

**„Maklervertrag“ – zum Entfall des Provisionsanspruchs der Maklerin/des Maklers.<sup>13</sup>**

Allerdings ist die Verlängerung der Rücktrittsfrist gemäß § 12 Abs 1 FAGG um zwölf Monate bei – zunächst – versäumter Information der Verbraucherin/des Verbrauchers über deren/dessen Rücktrittsrecht inklusive Übermittlung eines Muster-Widerrufsformulars kein unabwendbares Schicksal: **Die (zunächst versäumte) Information kann nämlich innerhalb von zwölf Monaten nach dem Vertragsschluss nachgeholt werden. Die Rücktrittsfrist endet dann gemäß § 12 Abs 2 FAGG 14 Tage nach dem Zeitpunkt, zu dem die Verbraucherin/der Verbraucher diese Information erhält.**

---

<sup>13</sup> Vgl hierzu insbesondere 10 Ob 34/19a.