

# Der „bedingungslose“ Makler

—

## Gestaltungs- und Optimierungsmöglichkeiten durch AGB

RA Dr. Christian Wolf

Juni 2015

## Überblick

---

- Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag
- Regulative
- Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten
- Anwendung von und Umgang mit AGB
- Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### AGB / Vertragsformblätter

- AGB sind vorformulierte Vertragsbedingungen
- Ziel: Kosten- und Zeitersparnis durch einheitliche Bedingungen für Vielzahl von Verträgen
- Werden nur durch ausdrückliche oder stillschweigende **Vereinbarung vor/bei Vertragsabschluss** zum Vertragsbestandteil
- Zumindest Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts vor/bei Vertragsabschluss

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- § 6 Abs 1 KSchG nennt beispielhaft jedenfalls unzulässige und damit für Verbraucher nicht verbindliche Vertragsbestimmungen
- Betrifft Haupt- und Nebenleistungspflichten
- Beurteilungsmaßstab ist § 879 ABGB

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- Z 1 Bindungsfristen
- Z 2 Erklärungsfiktionen
- Z 3 Zugangsfiktionen
- Z 4 Formerfordernisse
- Z 5 Einseitige Entgelterhöhungen
- Z 6 Leistungsverweigerung
- Z 7 Zurückbehaltungsverbote
- Z 8 Aufrechnungsverbote
- Z 9 Haftungsausschlüsse für Personenschäden
- Z 10 Fremdbestimmte Leistungskontrollen
- Z 11 Nachteilige Beweislastverschiebung
- Z 12 Verfall übernommener Sachen
- Z 13 Verzugszinsen
- Z 14 Irrtumsanfechtung, Wegfall der Geschäftsgrundlage
- Z 15 Betreuungskosten „nach Eintritt des Verzugs“

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- Z 1 Bindungsfristen
  - Unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmt
  - Sowohl für Vertragsannahme als auch Vertragsdauer an sich
  
- Z 2 Erklärungsfiktionen
  - Verhalten wird als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gewertet (zB automatische Vertragsverlängerung bei Schweigen)
  
- Z 3 Zugangsfiktionen
  - Erklärung des Unternehmers gilt als zugegangen, obwohl sie nicht zugegangen ist (bspw mit Absendung)

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- Z 4 Formerfordernisse
  - Vereinbarung strengerer Form als Schriftform oder besonderer Zugangserfordernisse
  
- Z 5 Einseitige Entgelterhöhungen
  - Preisgleitklausel ohne sachliche Rechtfertigung
  
- Z 6 Leistungsverweigerung
  - Ausschluss der Zurückbehaltung von Zahlungen, wenn der Unternehmer nicht ordnungsgemäß geleistet hat

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- Z 7 Zurückbehaltungsverbote
  - Verweigerung der Herausgabe einer Sache gem § 471 ABGB
  
- Z 8 Aufrechnungsverbote
  - Ausschluss der Aufrechnung mit ausständigen Forderungen
  
- Z 9 Haftungsausschlüsse für Personenschäden
  - Ausschluss von Haftung für Personenschäden und grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführte sonstige Schäden



## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- Z 10 Fremdbestimmte Leistungskontrollen
  - Feststellung durch Unternehmer selbst, ob Leistung vereinbarungsgemäß erbracht wurde
  
- Z 11 Nachteilige Beweislastverschiebung
  - Gesetzliche Beweislastverteilung darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers geändert werden
  
- Z 12 Verfall übernommener Sachen
  - Verwertung oder Verfall von Sachen des Verbrauchers in unangemessen kurzer Frist

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 1 KSchG

- Z 13 Verzugszinsen
  - Verzugszinssatz darf nicht mehr als 5 Prozentpunkte p.a. über dem vereinbarten Rückzahlungszinssatz liegen
  
- Z 14 Irrtumsanfechtung, Wegfall der Geschäftsgrundlage
  - Ausschluss oder Beschränkung der Irrtumsanfechtung oder des Rechts auf Geltendmachung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage
  
- Z 15 Betreuungskosten „nach Eintritt des Verzugs“
  - In Vereinbarung nicht gesondert und aufgeschlüsselt ausgewiesen
  - Kosten für zweckentsprechende Betreuung nicht notwendig

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 2 KSchG

- § 6 Abs 2 KSchG nennt beispielhaft Vertragsbestimmungen, die unzulässig und damit nicht verbindlich sind, sofern sie nicht im einzelnen ausgehandelt wurden.
- Individuelle Erörterung und bewusste Vereinbarung
  - Bloßer Hinweis auf AGB reicht nicht aus!
- Unternehmer muss das individuelle Aushandeln nachweisen

## Grundlagen / AGB im Verbrauchervertrag

---

### Unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 Abs 2 KSchG

- Unternehmerrücktritt ohne sachliche Rechtfertigung
- Schuld- und Vertragsübernahmen durch Dritte
- Einseitige Leistungsänderungsklauseln
- Entgelterhöhungen für innerhalb von 2 Monaten nach Vertragsabschluss zu erbringende Leistungen
- Haftungsausschlüsse für zur Bearbeitung übernommene Sachen
- Ausschluss von Angeldansprüchen
- Schiedsvereinbarungen

## Regulativ I: Geltungskontrolle

---

### Überraschende Klauseln – § 864a ABGB

- Klausel ist überraschend, wenn
  - Regelung üblicherweise nicht in AGB
  - Regelung üblicherweise nicht an konkreter Stelle
- Maßstab: „redlicher Verkehr“
- Rechtsfolge: Unwirksamkeit
- Ausnahme: Kunde wird besonders darauf hingewiesen

## Regulativ II: Inhaltskontrolle

---

### Gröbliche Benachteiligung – § 879 Abs 3 ABGB

- Definition: Besonders gravierende Ungleichgewichtslage der im Vertrag festgelegten Rechtspositionen
- Nur auf vertragliche Nebenpflichten anwendbar
- Primärer Maßstab: Verhältnis der Vereinbarung zum dispositiven Recht
- Achtung!
  - Keine geltungserhaltende Reduktion bei Verbrauchergeschäften  
= Entfall der gesamten Klausel

## Regulativ III: Transparenzgebot

---

### Klarheit und Verständlichkeit – § 6 Abs 3 KSchG

- Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist **unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.**
- Keine analoge Anwendung außerhalb des Verbrauchergeschäftes

# Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

## Zwingende Inhalte / Formvorschriften (GewO)

- Informations- und Aufklärungspflichten gem § 137f Abs 1 - 6 GewO
  - Gesetzeskonformer **Marktauftritt**
  - In Kopf- oder Fußzeile von Schriftstücken und Papieren sind deutlich sichtbar anzuführen
    1. Name und Anschrift des Maklers
    2. GISA-Zahl
    3. Die genaue Bezeichnung der Form der Vermittlertätigkeit
      - bspw:
        - „*Versicherungsagent*“ (mit allen Agenturverhältnissen)
        - „*Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten*“ ...
- Zweifelsregel § 26 Abs 2 MaklerG beachten (Pflichten und Haftungsmaßstab)



# Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

## Zwingende Inhalte / Formvorschriften (GewO)

- Informations- und Aufklärungspflichten gem § 137f Abs 7 GewO
  - **Allgemeine Informationen bei Erstabschluss**
    1. Name und Anschrift des Maklers
    2. Registereintrag und Überprüfungsmöglichkeit
    3. Beteiligungen > 10% : Makler an VU / VU an Makler
    4. Angaben über Beschwerdemöglichkeit → BMWFW als Beschwerdestelle
  - Informationserteilung vor Abgabe der Vertragserklärung durch Kunden

## Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

### Zwingende Inhalte / Formvorschriften (GewO)

- Informations- und Aufklärungspflichten gem § 137f Abs 8 GewO
  - **Deklarationspflicht** (bei jedem einzelnen angebotenen Vertrag)
    - „Best Advice“ aufgrund ausgewogener Marktuntersuchung iSd § 28 Z 3 MaklerG
    - Ausschließliche Bindung an VU oder zwar nicht ausschließliche Bindung, aber keine ausgewogene Marktuntersuchung („eingeschränkter best advice“) → Namen der VU sind mitzuteilen

## Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

### Definition / Festlegung des eigenen Pflichtenumfangs

- § 28 Z 1 - 3 MaklerG → **zwingend** gem § 32 MaklerG

Z 1: Angemessene/s Risikoanalyse und Deckungskonzept;  
Erfüllung der Dokumentationspflicht iSd § 137g GewO 1994

Z 2: Solvenzbeurteilung des VU

Z 3: „Best Advice“

→ *Vermittlung des nach den Umständen des Einzelfalles bestmöglichen Versicherungsschutzes*

## Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

### § 28 MaklerG – abdingbare Bestimmungen

- § 28 Z 4 - 5 MaklerG → **abdingbar** bei **b2b**
  - **zwingend** bei **b2c** gem § 31 Abs 2 KSchG
  - Z 4: Informations- und Ausfolgungspflichten (Anträge, Polizzen, Erklärungen)
  - Z 5: Überprüfung der Polizze
  
- § 28 Z 6 - 7 MaklerG → generell abdingbar
  - Betreuung des Kunden nach Abschluss des Versicherungsvertrages
    - Unterstützung des VN vor und nach Eintritt des Versicherungsfalles (Z 6)
    - Vorschläge für Verbesserung des Versicherungsschutzes (Z 7)

# Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

## Haftungsbeschränkungen

- **Haftungsfreizeichnung für b2b**
  - für Personenschäden generell unzulässig ( § 879 Abs 3 ABGB)
  - für Sach- und Vermögensschäden
    - Leichte / grobe Fahrlässigkeit → zulässig
    - Krass grobe Fahrlässigkeit / Vorsatz → unzulässig
  
- **Haftungsfreizeichnung für b2c ( § 6 Abs 1 Z 9 KSchG)**
  - für Personenschäden generell unzulässig
  - für Sach- und Vermögensschäden für leichte Fahrlässigkeit grundsätzlich zulässig, sofern nicht Verletzung von Hauptleistungspflichten

## Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

### Haftungsbeschränkungen

- Haftungsfreizeichnung nach Verschuldensgrad

- für Personenschäden generell unzulässig
- für Sach- und Vermögensschäden

|                                    | <b>b2b</b> | <b>b2c</b> |
|------------------------------------|------------|------------|
| leichte                            | zulässig   | zulässig   |
| schlicht grobe Fahrlässigkeit      | zulässig   | unzulässig |
| krass grobe Fahrlässigkeit/Vorsatz | unzulässig | unzulässig |

- Möglichst exakte Beschreibung der Leistungspflicht
- Haftpflichtbeschränkung auf die Mindesthaftpflichtsummen gem § 137c Abs 1 GewO als „Kompromiss“

## Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

### Honorarberatung für spezielle Dienstleistungen

- **Beratungshonorar** muss im Einzelnen vereinbart werden gem § 138 Abs 1 GewO iVm § 30 Abs 1 MaklerG
- Bei Versicherungsabschluss in derselben Sache Entfall des Honoraranspruches in Höhe der Provision gem § 138 Abs 1 2. Satz GewO
- Schriftlich und ausdrücklich vereinbart werden müssen gem § 31 KSchG
  - Aufwandersatz für zusätzliche Aufträge iSd § 9 MaklerG
  - Honorar bei fehlendem Vermittlungserfolg gem § 15 MaklerG

# Praktisch relevante Inhalte von AGB / Gestaltungsmöglichkeiten

---

## Streitregelung / Gerichtsstandsvereinbarungen

- Sachliche Zuständigkeit nicht vereinbar
  
- Örtliche Zuständigkeit grundsätzlich vereinbar
  
- Ausnahme bei Verbrauchergeschäften gem § 14 Abs 1 KSchG
  - Klage gg Verbraucher nur an dessen allgemeinem Gerichtsstand
  - Klage gg Unternehmer → keine Einschränkung gesetzlich zulässiger Gerichtsstände



# Anwendung von und Umgang mit AGB

---

## Aufbau und Gestaltung

- Regelungen mit „Regelungsgehalt“
  - Abweichungen vom dispositiven Recht
- Präzise Sprache und exakte Formulierungen
  - Undeutliche Äußerungen schaden gem § 915 ABGB dem Verwender
  - Gänzlicher Entfall der Klausel bei Intransparenz (b2c)
- Klare Abgrenzung von vereinbartem und nicht vereinbartem Leistungsprofil

## Anwendung von und Umgang mit AGB

---

### Umfang der AGB

- Je kürzer, desto besser
- Länge der AGB sollte im Verhältnis zur Bedeutung des Geschäftsfalls stehen
- Ansonsten vermeintlich abschreckende Wirkung für Vertragspartner (vor allem Verbraucher)

# Anwendung von und Umgang mit AGB

---

## Sinnhaftigkeit der Unterfertigung von AGB

- Interne Prozessoptimierung
  - AGB als Hilfe zur Verbesserung und Standardisierung der eigenen Arbeitsabläufe
- Basis für Vertragsmanagement
- Basis für Risikomanagement

## Anwendung von und Umgang mit AGB

---

Wann lege ich dem Kunden meine AGB offen?

- AGB müssen dem Kunden vor / bei Vertragsabschluss offen gelegt werden, ansonsten kein Vertragsbestandteil = keine Wirksamkeit
- Möglichkeit zur Einsichtnahme genügt
- Überraschungsverbot des § 864a ABGB beachten

## Anwendung von und Umgang mit AGB

---

### Adaptierung der AGB infolge von Gesetzesänderungen / Anpassung an Rechtsprechung

- Regelmäßige Anpassungen der AGB dringend empfohlen
  - Vermeidung von „bösen“ Überraschungen
- Besondere Relevanz im Hinblick auf b2c-Geschäfte und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion
  - Wegfall der gesamten unwirksamen Klausel

# Anwendung von und Umgang mit AGB

---

## Offenlegung von Provisionen

- Kontroverse um Kommissionsvorschlag zur kommenden Versicherungsvermittlungs-RL (IMD II)
- Im ursprünglichen Entwurf
  - Provisionsverbote für fondsgebundene Lebensversicherungen
  - Vollständige und automatische Offenlegungspflichten
- Aktueller Stand:
  - Provisionsverbot und Offenlegungspflicht in Option für MS umgewandelt
  - Allerdings müssen Art, Weise und Quelle der Vergütung offengelegt werden
- Tendenz zu immer umfassenderer „Transparenz“

# Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

## Rechtsgrundlagen

- Umsetzung der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU in Österreich:
- **FAGG**
  - Regelungen bezüglich Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge
- **KSchG**
  - Allgemeine Neuerungen durch die Verbraucherrechte-RL

# Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

## Anwendungsbereich des FAGG

- Für alle Kauf-, Dienst- und Werkverträge, die
  - zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ab dem 13.06.2014 geschlossen worden sind und
  - im Wege des Fernabsatzes oder außerhalb von Geschäftsräumen zustande kommen
  
- Zahlreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich gem § 1 Abs 2 FAGG
  - Auffangtatbestand betreffend Rücktrittsrecht = § 3 KSchG



# Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

## Anwendungsbereich des FAGG (Auszug)

- „Fernabsatz“
  - Vertragsschluss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, sofern der Unternehmer sich eines organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem bedient ( § 3 Z 2 FAGG)
  
- „Geschäftsabschluss außerhalb von Geschäftsräumen“
  - Geschäftsabschluss tatsächlich außerhalb der Geschäftsräume ( § 3 Z 1 lit a FAGG)
  - Geschäftsabschluss innerhalb von Geschäftsräumen, unmittelbar nachdem der Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume persönlich und individuell angesprochen wurde ( § 3 Z 1 lit c FAGG)

## Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

### Ausnahmetatbestand „Finanzdienstleistungen“

- Finanzdienstleistungen gem § 1 Abs 2 Z 5 FAGG vom Anwendungsbereich ausgenommen
- Definition der „Finanzdienstleistungen“ nach Art 2 Z 12 VR-RL
  - Jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung
- FAGG auf Versicherungsmaklerverträge anwendbar?
  - Strittig!

## Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

### Vereinbarung zusätzlicher Zahlungen – § 6c KSchG

- Extrazahlung für Leistungen, die über die vereinbarte Hauptleistung hinausgehen
  - Normzweck: Schutz vor versteckten Zahlungspflichten
  - zB Bearbeitungs- und Stornogebühren
  - Notwendige Nebenkosten, etwa Versandkosten, sind davon nicht erfasst
- Nur bei ausdrücklicher Zustimmung wirksam
  - Regelung in AGB nicht ausreichend
- Mangels Zustimmung keine Zahlungspflicht des Verbrauchers
- Finanzdienstleistungen von Anwendung des § 6c KSchG ausgenommen

# Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

## Rücktrittsrechte – § § 11ff FAGG bzw § 3 KSchG

- Rücktrittsfrist
  - Grundsätzlich 14 Tage gem § 11 Abs 1 FAGG bzw § 3 Abs 1 KSchG
  - Mangels gesetzeskonformer Belehrung gem § 12 Abs 1 FAGG bzw § 3 Abs 1 KSchG bis zu 12 Monaten und 14 Tage
  - Nachholung der Belehrung setzt Fristlauf in Gang
  - Absendung innerhalb der Frist ausreichend ( § 13 Abs 1 FAGG)
  
- Beginn
  - Bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses

## Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

### Rücktrittsrecht gem § § 11ff FAGG

- Rücktritt ohne Angabe von Gründen möglich ( § 11 Abs 1 FAGG)
- Keine Formerfordernisse für die Rücktrittserklärung ( § 13 FAGG)
  - Bspw mittels Muster-Widerrufsformular
- Erstattungspflicht aller erhaltenen Zahlungen ( § 14 FAGG)
  - Maximal 14-tägige Leistungsfrist

## Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

### Rücktrittsrecht bei bereits begonnener Dienstleistung ( § 16 FAGG)

- Tritt Verbraucher vom Vertrag über Dienstleistung zurück, nachdem Unternehmer mit Erfüllung bereits begonnen hat, trifft Verbraucher anteilige Zahlungspflicht nur dann, wenn sämtliche der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
  - Vorzeitiger Beginn mit der Vertragserfüllung gründet sich auf ausdrückliches Verlangen des Verbrauchers
  - Unternehmer hat mit Vertragserfüllung tatsächlich bereits begonnen (lediglich Vereinbarung des vorzeitigen Beginns reicht nicht aus)
  - Verbraucher wurde ordnungsgemäß über Rücktrittsrecht aufgeklärt

## Bedeutung der Verbraucherrechte-RL für Maklerverträge

---

### Kein Rücktrittsrecht bei bereits vollendeter Dienstleistung ( § 18 FAGG)

- Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn sämtliche der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
  - Vorzeitiger Beginn mit der Vertragserfüllung gründet sich auf ausdrückliches Verlangen des Verbrauchers
  - Vollständige Erbringung der Dienstleistung innerhalb der Rücktrittsfrist
  - Bestätigung des Verbrauchers über Kenntnis und Verlust des Rücktrittsrechts bei vorzeitiger Erfüllung



## Dr. Christian Wolf

Schwerpunkte der Tätigkeit:

- Versicherungsvertragsrecht
- Anlageberaterhaftung
- Schadenersatz- und Gewährleistungsrecht
- Zivilprozessrecht

SCHERBAUMSEEBACHER Rechtsanwälte GmbH

Sekretariat: +43 (0)316 832460 122

Schmiedgasse 2, A-8010 Graz, T +43 (0)316 832460, [www.scherbaum-seebacher.at](http://www.scherbaum-seebacher.at)