



**Rechtsservice- und Schlichtungsstelle des Fachverbandes
der Versicherungsmakler**

Johannesgasse 2, Stiege 1, 2. Stock, Tür 28, 1010 Wien
Tel: 01- 955 12 00 – 42 (Fax DW 70)
schlichtungsstelle@ivo.or.at

RSS-0024-12-12

=RSS-E 6/13

Die Schlichtungskommission des Fachverbandes der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten Österreichs hat durch seinen Vorsitzenden Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner und die Beisitzer KR Dr. Elisabeth Schörg, KR Akad. Vkm. Kurt Dolezal, Mag. Matthias Lang und Dr. Hans Peer unter Anwesenheit des Schriftführers Mag. Christian Wetzelberger in seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 21. März 2013 in der Schlichtungssache [REDACTED]

[REDACTED], vertreten durch

[REDACTED], gegen [REDACTED]

[REDACTED], beschlossen:

Der Antrag, der antragsgegnerischen Versicherung zu empfehlen, den restlichen Dauerrabatt iHv € 2.300,21 an die Antragstellerin zurück zu bezahlen, wird zurückgewiesen.

Begründung

Folgender Sachverhalt steht zwischen den Parteien außer Streit:

Die Antragstellerin hatte bei der antragsgegnerischen Versicherung eine Betriebsbündelversicherung „Maßprogramm Gewerbe Optimal“ zur Polizzenummer [REDACTED] abgeschlossen. Die Antragstellerin kündigte aus dieser Police aufgrund von Schadenfällen die Sparten Glasbruch (per 16.4.2012), Betriebshaftpflicht (per 23.4.2012) sowie Technik Pauschal (per 10.4.2012). Dafür wurde ihr von der Antragsgegnerin

aufgrund der ursprünglich abgeschlossenen Dauerrabattklausel ein Dauerrabatt von € 5.134,87 vorgeschrieben. Die Antragstellerin zahlte diesen unter Vorbehalt ein und forderte in der Folge unter Berufung auf die E des OGH vom 21.4.2010, 7 Ob 266/09g, den Dauerrabatt zurück.

Mit Schreiben vom 29.8.2012 an die Rechtsvertreter der Antragstellerin anerkannte die Antragsgegnerin eine Forderung iHv € 2.834,66. Sie begründete dies wie folgt:

„(...) Für den Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung wurde bereits bei Offertstellung und Annahme auf Seite 1 explizit darauf hingewiesen, dass der gewährte Nachlass jährlich € 3.241,43 beträgt und anteilig rückzuerstatten ist. Die Angaben sind konkret und in concreto zweifelsfrei erkennbar; eine Errechnung des zurückzuzahlenden Dauerrabattes ist daher ohne Weiteres möglich und ist die Rückforderung des gewährten Dauerrabattes für die Versicherungsnehmerin nicht überraschend.

Aus obigen Gründen kam eine gültige Dauerrabattvereinbarung zustande.

Der Oberste Gerichtshof hat nun in der Entscheidung 7 Ob 266/09g Vereinbarungen, wonach Nachzahlungen umso höher werden, je länger der Vertrag bestanden hat, für unwirksam erklärt. Obwohl wir keine streng progressive - und nur eine solche wurde in obiger Entscheidung beanstandet - Berechnungsmethode hatten, haben wir unsere aktuellen Tarife und Verträge entsprechend den vom OGH bevorzugten Berechnungsmethode der streng degressiven Berechnung geändert. Und wenden nun die Klausel Risiko/Kosten-Vorteil (DR004, siehe unten) an, die damit auch Basis vertragsgegenständlicher Abrechnung wird.

Aus diesem Grund danken wir Ihnen, für Ihren Einwand über die Dauerrabattabrechnung und haben wir die Abrechnung nun nach der neuen Abrechnungsmethode (gemäß DR004) nochmals durchgeführt, da die durch die Unwirksamkeit der alten Abrechnungsmethode entstandene Lücke mittels ergänzender Vertragsauslegung durch die Klausel DR004 gefüllt wird (...) "

Die Klausel DR004 lautet:

„Aufgrund der gewählten Vertragslaufzeit sind kalkulatorische Kostenvorteile entstanden, welche in der Prämie berücksichtigt sind. Unter anderem sind dies Kosten für Produktentwicklung, Werbung, Kundengewinnung, Abschluss und Vertragserstellung, sowie ein versicherungstechnischer Risikoausgleich. Bei vorzeitiger Vertragsauflösung wird dieser Vorteil auf die tatsächliche Laufzeit neu berechnet. Es kommt daher zu einer Prämiennachzahlung gemäß nachfolgender Tabelle:

Bei Kündigung innerhalb der angeführten Jahre, werden folgende Prozentsätze der vorgeschriebenen Prämien nachverrechnet:

<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>	<i>4</i>	<i>5</i>	<i>6</i>	<i>7</i>	<i>8</i>	<i>9</i>
<i>95%</i>	<i>45%</i>	<i>27%</i>	<i>18%</i>	<i>12%</i>	<i>8%</i>	<i>6%</i>	<i>4%</i>	<i>2%</i>

Die Antragstellerin beehrte mit Schlichtungsantrag vom 13.11.2012, der Antragsgegnerin die Rückzahlung des restlichen Dauerrabattes iHv € 2.300,21 zu empfehlen. Sie begründete dies damit, dass der OGH die ursprüngliche Klausel zur Gänze aufgehoben hat und eine einseitige Vertragsänderung nicht zulässig sei.

Die Antragsgegnerin nahm zu diesem Antrag mit Schreiben vom 19.12.2012 wie folgt Stellung (auszugsweise):

„(...) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin haben wir mit Schreiben vom 29.8.2012, (...), keineswegs anerkannt, dass die von uns seinerzeit in Verwendung befindliche Klausel DR001

nicht mehr zulässig sei. In unserem Schreiben vom 29.8.2012 haben wir vielmehr explizit darauf hingewiesen, dass wir keine streng progressive Berechnungsmethode gewählt haben - und nur eine solche ist in der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 266/09g thematisiert worden, welche im Übrigen ein Konsumentengeschäft betraf - und nun eine vom OGH bevorzugte Berechnungsmethode für alle Verträge anwenden. Dies geschieht durch ergänzende Vertragsauslegung (...).

Weiters halten wir fest, dass es sich bei der Versicherungsnehmerin um ein Unternehmen gemäß § 2 UGB handelt. Hier ist nach hL und Rsp die ergänzende Vertragsauslegung durchaus zulässig - wie dies auch im Konsumentengeschäft möglich ist. Ausgegangen werden muss hierbei vom hypothetischen Parteiwillen beider Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Dass ein Dauerrabatt von der VN gewollt war, ist schon daraus abzuleiten, dass dieser durch Unterfertigung des Antrages vom 8.8.2005 beantragt wurde. Die von uns nun angewendete Berechnungsmethode ist zudem kundenfreundlicher und kann auch daher davon ausgegangen werden, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses diese Methode gewählt worden wäre.

Wie weisen nur der Vollständigkeit halber darauf hin, dass im Bereich des Unternehmergeschäftes auch die geltungserhaltende Reduktion als Vertragsregulativ möglich ist.

Den Vorwurf der Antragstellerin, dass eine Ersatzklausel erfunden wurde und es sich bei der ergänzenden Vertragsauslegung um eine einseitige Vertragsänderung handelt, weisen wir ausdrücklich zurück. Die Antragstellerin negiert dabei die Rechtmäßigkeit bereits mehrfach ergangener zweitinstanzlicher Entscheidungen (siehe unser Schreiben vom 29.8.2012). Zudem hat der OGH nicht im Allgemeinen die alten DR-Klauseln aufgehoben, sondern lediglich jene, welche eine

streng progressive Berechnungsmethode zum Inhalt hatten. Genaugenommen hat der OGH die Berechnungsmethode aufgehoben, denn dass Dauerrabatte vereinbart werden können, ist aufgrund stRsp unbestritten.

Im gegenständlichen Fall haben wir die ursprünglich nach der alten Berechnungsmethode berechnete Dauerrabattrückforderung nach der neuen Berechnungsmethode neu errechnet und wurde der sich daraus ergebende Differenzbetrag der VN rücküberwiesen. Diese Vorgehensweise wäre aus unserer Sicht nicht erforderlich gewesen, da unsere alte Berechnungsmethode keine streng progressive war und es sich im gegenständlichen Fall um ein Unternehmergegeschäft handelt. Wir haben aber als Unternehmen entschieden, dass wir sämtliche Verträge – sowohl Konsumenten- als auch Unternehmergeäfte – nach der neuen Methode zum Wohl der VN abrechnen. (...) "

Rechtlich folgt:

Insofern die Antragstellerin vorbringt, dass die ursprüngliche Dauerrabattklausel zur Gänze zu entfallen habe, und sie daher einen Anspruch auf Rückerstattung des gesamten Dauerrabattes habe, ist ihr Folgendes zu erwidern:

Der OGH hat grundsätzlich die Zulässigkeit einer Vereinbarung eines Dauerrabatts bestätigt. Die Nachforderungsvereinbarung müsse allerdings gemäß § 869 ABGB bestimmt sein (zuletzt zitiert auch in 7 Ob 266/09g).

In der E vom 22.4.2010, 7 Ob 266/09g, hat der OGH ausgeführt, dass im Verbandsprozess keine geltungserhaltende Reduktion stattzufinden hat und der „kundenfeindlichste“ Anwendungsfall der Klausel der E zugrundezulegen sei. Daraus ist aber nach Ansicht der Schlichtungskommission nicht abzuleiten, dass eine geltungserhaltende Reduktion, wie sie die Antragsgegnerin

anwendet, überhaupt unzulässig ist. Der Antragsgegnerin ist zu entgegnen, dass sie nicht berechtigt ist, wie auch die Antragstellerin zutreffend ausführt, einseitig einen Versicherungsvertrag abzuändern, wie dies auch die RSS bereits vertreten hat (siehe RSS-Newsletter 12/2012).

Davon zu unterscheiden ist aber die Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung, die immer dann vorzunehmen ist, wenn durch Wegfall unzulässiger Klauseln ungewollte Vertragslücken entstehen. Auch im Bereich des Versicherungsvertragsrechts hat der OGH bereits entschieden, dass eine gröblich benachteiligende Klausel (in concreto eine Kostenersatzklausel für das Schiedsverfahren vor der Ärztekommision in der Unfallversicherung) nicht ersatzlos entfalle, sondern eine interessenadäquate Regelung durch ergänzende Vertragsauslegung gefunden werden müsse (vgl. 7 Ob 202/07t).

Wurde ein Dauerrabatt vereinbart, so kann dem Versicherungsvertrag mit Deutlichkeit entnommen werden, dass der Versicherungsnehmer im Hinblick auf die vereinbarte Vertragsdauer einen Prämiennachlass erhalten hat, der bei vorzeitiger Beendigung des Vertrags zurück erstattet werden muss (Schauer, RdW 2011, 270). Dass und wozu der Rabatt gewährt wird, musste beiden Seiten klar sein, und der Dauerrabatt als solcher entspricht den Interessen beider (Palten, VR 2010/7-8, 35).

Die Schlichtungskommission schließt sich den oben zitierten Lehrmeinungen an und erachtet die vom OGH bereits im Zusammenhang mit unwirksamen Zinsanpassungsklauseln und auch im Bereich des Versicherungsvertragsrechts gefundene Lösung der Vertragsanpassung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für übertragbar.

Damit scheidet ein ersatzloses Entfallen der nichtigen Bestimmung über den Dauerrabatt aus. Mangels Regelung im dispositiven Recht hat eine Vertragsanpassung nach den allgemeinen Regeln der Vertragsinterpretation und -ergänzung zu erfolgen. Als Behelf ergänzender Auslegung kommt zunächst die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen in Betracht. Die Suche nach einer angemessenen Regelung hat sich danach zu orientieren, was redliche und vernünftige Parteien bei angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Teile vereinbart hätten, wenn sie sich bei Vertragsschluss der Ungültigkeit der von ihr gewollten Klausel bewusst gewesen wären (vgl 4 Ob 73/03v). Im Fall von Schwierigkeiten bei der Feststellung eines hypothetischen Parteiwillens bleibt noch immer die Ergänzung nach redlicher Verkehrsübung, Treu und Glauben, also die Feststellung dessen, was sich für diesen Vertrag „gehört“ (vgl 7 Ob 202/07t).

Was aber die Antragstellerin verkennt, ist die Voraussetzung für diese ergänzende Vertragsauslegung und allenfalls die Feststellung, dass als erwiesen angenommen wird, dass sie auch dann mit dieser Rabattlösung einverstanden gewesen wäre, wenn die Antragsgegnerin bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hinsichtlich des Dauerrabattes das nunmehr angewandte streng degressive Modell zu Grunde gelegt hätte.

In den von der Antragsgegnerin zitierten zweitinstanzlichen E, insbesondere in der E 32 R 31/11a des LG Linz vom 1.12.2011, musste diese Tatsache gemäß § 498 ZPO der Entscheidung zugrundegelegt werden, weil die dortige Versicherungsnehmerin zwar diese Tatsachenfeststellung des Erstgerichts in der Berufung bekämpft hat, sie aber darauf verwiesen wurde, dass bei dem dortigen Streitwert von € 1.260,-- sie diese sie benachteiligende Tatsachenfeststellung gemäß § 501 Abs ZPO nicht bekämpfen konnte.

Auch in den anderen zitierten Fällen stellten die Gerichte einen derartigen hypothetischen Parteiwillen zu Lasten der jeweiligen Versicherungsnehmer fest (siehe Palten aaO).

Letztlich folgt aber daraus, dass die im vorliegenden Fall zu lösenden Rechtsfrage von einer nicht außer Streit stehenden Tatsache, nämlich der Frage des hypothetischen Parteiwillens, abhängig ist.

Da diese Beweisfrage anhand der Aktenlage (Pkt. 3 der Verfahrensordnung) allein nicht gelöst werden kann, muss die Klärung dieser Beweisfrage aber gemäß Pkt. 5.3. lit g der Verfahrensordnung einem streitigen Verfahren vorbehalten bleiben.

Es war wie im Spruch zu entscheiden.

Für die Schlichtungskommission:

Dr. Hellwagner

Wien, am 21. März 2013