



RSS

Rechtsservice- und Schlichtungsstelle
des Fachverbandes der Versicherungsmakler und
Berater in Versicherungsangelegenheiten

Stubenring 16 / Top 7
1010 Wien
Tel: 05 - 90 900 - DW 5085 (Fax DW 118225)
schlichtungsstelle@ivo.or.at

eine Einrichtung der



RSS-0056-21-14
= RSS-E 32/22

Empfehlung der Schlichtungskommission vom 3.10.2022

Vorsitzender	Dr. Gerhard Hellwagner
Beratende Mitglieder	KommR Helmut Mojescick KommR Wolfgang Wachschütz Dr. Wolfgang Reisinger (Versicherer)
Schriftführer	Mag. Christian Wetzelsberger

Antragstellerin	(anonymisiert)	Versicherungsmakler
vertreten durch	-----	
Antragsgegnerin	(anonymisiert)	Versicherer
vertreten durch	-----	

Spruch

1. Zum Begehren, der Antragsgegnerin die Gutschrift von € 31.145,83 am Provisionskonto der Antragstellerin zu empfehlen, gibt die Schlichtungskommission keine Empfehlung ab.
2. Der darüber hinausgehende Schlichtungsantrag, der Antragsgegnerin die Zahlung von € 35.293,06 an die Antragstellerin zu empfehlen, wird abgewiesen.

Begründung

Die Antragstellerin verfügt seit 30.6.1982 über eine Gewerbeberechtigung als Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten. Zwischen 20.1.2006 und 25.9.2020 führte sie das Unternehmen in der Form einer GmbH ((anonymisiert)), davor und danach als Einzelunternehmen.

Die Antragstellerin begehrt die Zahlung von Folgeprovisionen zu zwei Versicherungsverträgen mit den Polizzennr. (anonymisiert) und (anonymisiert) für den Zeitraum ab 1.1.2021. Dabei handelt es sich um eine „Objektgesamtversicherung“ sowie eine „Total-Betriebsunterbrechung-Mietzinsentgang-Versicherung und Mehrkostenversicherung“ für das Gebäude (anonymisiert). Diese Verträge wurden von der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin mit einer Laufzeit von 1.1.2010 bis 1.1.2020 vermittelt. Bei beiden Verträgen

war eine Klausel vereinbart, wonach sich der Vertrag um ein weiteres Jahr verlängert, wenn er nicht drei Monate vor Vertragsablauf gekündigt wird. Hinsichtlich der Objektgesamtversicherung war die S(*anonymisiert*) OG Versicherungsnehmerin, hinsichtlich des anderen Vertrages die S(*anonymisiert*) GmbH.

Am 30.9.2020 um 9:11 sendete ein Mitarbeiter der E (*anonymisiert*) GmbH (in weiterer Folge: Neumaklerin) ein Mail an einen Mitarbeiter der Antragsgegnerin, in welchem er einen „Maklerauftrag“ der S(*anonymisiert*) OG vom 29.9.2020 beifügte. Dieser Maklerauftrag enthielt die Vollmacht, „Erklärungen mit Wirkung für und gegen den Auftraggeber abzugeben und entgegenzunehmen, insbesondere Kündigungen bestehender Versicherungsverträge“. Der Mitarbeiter ersuchte um Verkürzung der Kündigungsfrist der beiden streitgegenständlichen Versicherungsverträge auf einen Monat sowie Übermittlung von Vertragsübersicht, Polizzenkopien, Rentabilitätsauswertung, Einzelschadensauswertung sowie der Kontaktdaten von Underwriting und Schadensbearbeitung. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass der Kunde den Wunsch geäußert habe, weiter über die Antragsgegnerin versichert zu sein.

Mit Email vom selben Tag, 9:53, bestätigte die Antragsgegnerin die Verkürzung der Kündigungsfrist hinsichtlich des Vertrags zur Polizzennr. (*anonymisiert*), zum anderen Vertrag wurde um Übermittlung einer Vollmacht ersucht.

Um 10:30 reichte die Neumaklerin einen Mailverkehr nach, in dem die Geschäftsführerin der S (*anonymisiert*) GmbH, M (*anonymisiert*), firmierend mit einer Mailadresse der Q (*anonymisiert*) GmbH Zweigniederlassung Österreich, bestätigte, dass das Maklermandat auch diese umfasse.

Um 10:55 bestätigte die Antragsgegnerin auch hinsichtlich des Vertrages U868.916 die Verkürzung der Kündigungsfrist unter der Bedingung, dass eine schriftliche Vollmacht nachgereicht werde. Am 5.10.2020 wurde seitens der S (*anonymisiert*) GmbH ein Maklerauftrag an die Neumaklerin erteilt, der u.a. eine umfassende Vollmacht in Versicherungsangelegenheiten an die Neumaklerin umfasst. Im Weiteren wird davon ausgegangen, dass diese Vollmacht an die Antragsgegnerin übermittelt wurde.

Am 25.11.2020 wurde von der Neumaklerin um Verkürzung der Kündigungsfrist auf 2 Wochen ersucht, was die Antragsgegnerin bestätigte.

Am 4.12.2020 teilte Frau M (*anonymisiert*) Herrn P (*anonymisiert*), der Prokurist der zu diesem Zeitpunkt nicht mehr existenten (*anonymisiert*) GmbH war, per Mail mit, dass das Maklermandat beendet sei und die Betreuung der Verträge durch einen anderen Versicherungsmakler erfolge. Ob dieses Mail der Antragstellerin zugegangen ist, ist dem Akteninhalt nicht zu entnehmen.

Am 14.12.2020 kündigte die Neumaklerin die streitgegenständlichen Versicherungsverträge per 1.1.2021 und schloss einen neuen Allrisk-Versicherungsvertrag mit der Antragsgegnerin zur Polizzennr. (*anonymisiert*) ab. Die Antragsgegnerin bestätigte die Kündigung durch Ausstellung einer Stornopolizze am 14.1.2021.

Die Antragsgegnerin rechnete die bereits in der Provisionsnote 1/2021 gutgeschriebenen Folgeprovisionen beider Verträge für 2021 in der Provisionsnote 2/2021 gegen (€ 31.145,83) und behält seither die Provisionen weiterer von der Antragstellerin vermittelten Verträge zwecks Gegenverrechnung mit der offenen Forderung ein.

Dagegen richtet sich der Schlichtungsantrag vom 11.5.2021, mit welchem die Zahlung von € 35.293,06 gefordert wurde. Da die Kündigung der beiden Verträge nicht bis zum 30.9.2020 erfolgt sei, hätten sich diese stillschweigend bis zum 31.12.2021 verlängert und stünde der Antragstellerin daraus die Folgeprovision (€ 31.145,83) zu. Weiters seien die einbehaltenen Provisionen (Stand 11.5.2021 € 4.147,23) auszubezahlen. Der Versicherer verstoße gegen seine Korrespondenzpflicht, indem er alle Daten des Vorganges geheim halte.

Ergänzend teilte die Antragstellerin mit, dass anlässlich der Umwandlung ihres Unternehmens von einem Einzelunternehmen in eine GmbH die Antragsgegnerin eine neue Courtagevereinbarung übermittelt wurde, die von der Antragstellerin jedoch nie unterfertigt wurde. Die Antragsgegnerin rechnete die Provisionen seit damals über zwei Provisionskonten, von der Antragstellerin bis zu gegenständlichem Streit offenbar unwidersprochen, ab.

Die Antragsgegnerin nahm zum Schlichtungsantrag mit Schreiben vom 8.6.2021 wie folgt Stellung (auszugsweise): „(...)

- *Der Provisionsanspruch der Antragstellerin war nach der Courtagevereinbarung mit der Antragstellerin maximal bis zum Vertragsablauf zu wahren und wurde insoweit auch gewahrt. Die Verdienstlichkeit für Bestehen und Ausgestaltung der neuen Allrisk-Versicherung ab dem 1.1.2021 lag jedenfalls und ausschließlich bei der E (anonymisiert).*
- *Eine Zustimmung zur Verkürzung der Kündigungsfrist erschien im Kundeninteresse geboten, um eine ordnungsgemäße Vertragsprüfung und einen Marktvergleich durch die bevollmächtigte Maklergesellschaft zu ermöglichen. Die Zustimmung war daher keineswegs unangemessen oder gar rechtswidrig.*
- *Eine Ablehnung der Verkürzung der Kündigungsfrist hätte den Entfall des Provisionsanspruches nicht verhindern können. Denn E (anonymisiert) hätte dann erst recht die Versicherungsverträge gekündigt und mit diesen den Provisionsanspruch der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin beendet. Eine Ablehnung des Fristverkürzungsersuchens war daher von vorneherein nicht geeignet, die Vorversicherungen über den 01.01.2021 hinaus zu „retten“.*
- *Die Wiedereindeckung der Risiken bei uns stand keineswegs fest, sondern E (anonymisiert) behielt sich einen Marktvergleich vor und der neue Versicherungsvertrag wurde erst nach diesem abgeschlossen.*
- *Wir haben im Verhältnis zur Antragstellerin die Datenschutzinteressen Dritter gewahrt. Die Antragstellerin kann diese Interessen nicht unter Berufung auf eine Kooperations- und Korrespondenzpflicht umgehen. (...)*“

Die Antragstellerin gab dazu zwei umfangreiche Gegenäußerungen ab, zusammengefasst:

1. Eine einseitige Verkürzung der Kündigungsfrist sei im VersVG wie im allgemeinen Vertragsrecht ungültig.
2. Die Antragsgegnerin habe gegen die Korrespondenzpflicht verstoßen bzw. tue dies weiterhin, indem sie Unterlagen zurückhalte. In den von der Antragstellerin vermittelten Versicherungsverträgen sei folgende Maklerklausel enthalten:

„Der gesamte Geschäftsverkehr im Zusammenhang mit gegenständlichem Vertrag wird mit der (*anonymisiert*) GmbH abgewickelt. Anzeigen und Erklärungen des Versicherungsnehmers gelten dem Versicherer als zugegangen, wenn diese beim Makler eingelangt sind. Der Makler ist zu deren unverzüglichen Weiterleitung an den Versicherer verpflichtet. Versicherungsanträge sowie Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmers, die ein Versicherungsverhältnis begründen oder den Deckungsumfang eines bestehenden Versicherungsverhältnisses erweitern sollen, gelten erst mit ihrem tatsächlichen Eingang beim Versicherer als diesem zugegangen.“

3. Die Makleraufträge betreffend seien nichtig, weil einerseits die Adresse der S (*anonymisiert*) falsch mit „(*anonymisiert*)“ angegeben sei und andererseits die Unterschriften am Maklerauftrag der S (*anonymisiert*) OG vom 29.9.2020 unleserlich seien bzw. der Firmenstempel fehle.
4. Die Kündigung des Maklermandats vom 4.12.2020 sei unwirksam, zumal P (*anonymisiert*) zu diesem Zeitpunkt keine Funktion im Unternehmen der Antragstellerin mehr hatte, überdies sei Frau M (*anonymisiert*) auch nicht zeichnungsberechtigt gewesen.
5. Eine sofortige Kündigungsabsicht der Neumaklerin sei nicht feststellbar. Das Risiko sei nur bei der Antragsgegnerin einzudecken gewesen, wenn sich dies nunmehr geändert habe, sei der Marktvergleich durch die Neumaklerin vorzulegen.
6. Der von der Neumaklerin abgeschlossene Versicherungsvertrag sei keine Allrisk-Versicherung bzw werde eine solche mangels Vorlage von Polizze, eines Deckungsvergleiches bzw der Beratungsdokumentation der Neumaklerin nicht nachgewiesen. Der vom Neumakler vermittelte Vertrag entspreche nicht einem „best advice“.
7. Die Antragsgegnerin und die Neumaklerin seien bewusst gemeinschaftlich derart tätig geworden, um der Antragstellerin das Geschäft auszuspannen.

Rechtlich folgt:

Vorab darf festgehalten werden, dass die Frage, ob die von der Antragstellerin nicht unterschriebene Courtagvereinbarung dennoch im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien wirksam geworden ist, weil beide im Sinne derselben über Jahre hinweg miteinander in Geschäftsbeziehung gestanden sind, für das Ergebnis des

Schlichtungsverfahrens nicht von Bedeutung ist. Die sich ergebenden Rechtsfragen lassen sich bereits aus anderen gesetzlichen Regelungen, diesbezüglich sind (soweit ersichtlich) auch keine abweichenden Vereinbarungen in der Courtagevereinbarung enthalten. Soweit beide Parteien jedoch tatsächlich im Sinne dieser Courtagevereinbarung gehandelt haben (wozu sich beide Parteien nicht explizit geäußert haben), wäre anzunehmen, dass die Courtagevereinbarung durch Verkehrsübung zum Vertragsinhalt geworden ist.

Gemäß § 30 Abs 2 MaklerG entsteht der Anspruch auf Provision mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts, wenn und soweit der Versicherungskunde die geschuldete Prämie bezahlt hat oder zahlen hätte müssen, hätte der Versicherer seine Verpflichtungen erfüllt. Nach herrschender Lehre besteht der Provisionsanspruch auch in der Prolongationsphase weiter (vgl Koban, Der Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers, 115).

Mit Beendigung des Versicherungsvertrags durch den Versicherungskunden entfällt dagegen gleichzeitig der Provisionsanspruch des Versicherungsmaklers bzw entsteht dieser erst gar nicht, es sei denn, der Grund für die Vertragsauflösung liegt in einer Vertragsverletzung des Versicherers (etwa in einer ungerechtfertigten Ablehnung des Versicherungsschutzes) (vgl Gartner/Karandi, MaklerG³ § 30 Rz 11 (Stand 1.7.2016, rdb.at)).

Im weiteren darf auf die einzelnen Argumente der Antragstellerin im Detail eingegangen werden:

Ad 1) Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass eine einseitige Verkürzung der Kündigungsfrist der Versicherungsverträge unwirksam sei, ist darauf hinzuweisen, dass nach dem insoweit unbestrittenen Sachverhalt eine Einigung zwischen der Antragsgegnerin und des die beiden Versicherungsnehmerinnen vertretenden Neumaklers über die zweimalige Verkürzung der Kündigungsfrist vorgelegen hat. Von einer einseitigen Verkürzung kann daher nicht gesprochen werden, vielmehr liegt eine einvernehmliche Änderung des Vertrags vor.

Ad 2) Die gegenständliche Maklerklausel enthält im zweiten Teil Regelungen, unter welchen Umständen rechtsgeschäftliche Erklärungen an den Versicherer als zugegangen gelten. Die Klausel, wonach der „gesamte Geschäftsverkehr“ im Zusammenhang mit den gegenständlichen Verträgen mit der Antragstellerin abgewickelt werde, kann nichts daran ändern, dass die Versicherungsnehmerin mit der Antragsgegnerin wirksam rechtsgeschäftliche Vereinbarungen über den Versicherungsvertrag treffen kann. Selbst wenn man in der Nichteinbeziehung der Antragstellerin in die Korrespondenz zur Verkürzung der Kündigungsfrist bzw. die nachfolgend nicht erteilten Auskünfte einen Verstoß gegen die vertragliche Vereinbarung erkennen sollte, fehlt einem solchen Verstoß die Kausalität für einen Schadenersatzanspruch in Höhe der begehrten Folgeprovision. Die Versicherungsnehmerinnen hätten auch mit Einbeziehung der Antragstellerin in die Korrespondenz mit der Antragsgegnerin über die Neumaklerin in Kontakt treten können und die Vertragsänderungen vereinbaren und die Kündigung der Verträge aussprechen können, ohne dass dies an dem grundsätzlichen Erlöschen der Courtageansprüche per 1.1.2021 etwas ändern hätte können.

Ad 3) Für die Frage, ob der Neumakler eine Vertragsänderung oder Kündigung im Namen der Versicherungsnehmerinnen aussprechen konnte, ist lediglich bedeutsam, ob der Neumakler wirksam bevollmächtigt war. Da die Bevollmächtigung grundsätzlich formfrei ist (§ 1005 ABGB), müssen auch keine Formvorschriften dergestalt eingehalten werden, dass für eine Bevollmächtigung ein Firmenstempel oder eine leserliche Unterschrift vorliegen müsste.

Im Übrigen bezieht sich die Adressbezeichnung „(anonymisiert)“ auf die Zustelladresse der S (anonymisiert) GmbH, aus dem weiteren Text des Maklerauftrages ist unzweifelhaft nachzuvollziehen, dass das Risiko an der Adresse (anonymisiert) Gegenstand des Maklerauftrages und damit von der Bevollmächtigung umfasst ist. Im Übrigen wäre auch ein Vollmangelsmangel, dh. die Antragsgegnerin ist von einer aufrechten Bevollmächtigung ausgegangen, die tatsächlich zu diesem Zeitpunkt nicht bestanden hat, heilbar. Die Antragstellerin behauptet jedoch auch nicht substantiiert, dass gar keine Bevollmächtigung bestanden hätte, sondern nur, dass diese formungültig sei.

Ad 4) Ob der Maklervertrag zwischen den Versicherungsnehmerinnen und der Antragstellerin aufrecht ist, ist für den Anspruch auf Folgeprovision grundsätzlich nicht von Bedeutung. Gemäß § 30 MaklerG ist entscheidend, ob die Antragstellerin für den Versicherungsvertrag verdienstlich geworden ist und ob dieser noch aufrecht ist. Lediglich bei Betreuungsprovisionen ist darauf abzustellen, ob ein aufrechtes Betreuungsverhältnis zwischen Versicherungsnehmerin und Versicherungsmakler besteht. Dass eine solche Betreuungsprovision abweichend von § 30 MaklerG vereinbart wäre, wird jedoch nicht behauptet.

Ad 5 bis 7) Der Inhalt des Ersatzvertrages ist nur insoweit für den Provisionsanspruch der Antragstellerin von Bedeutung, als ein Ersatzvertrag, der im Wesentlichen ident mit dem Altvertrag ist, potentiell geeignet ist, den Altmakler rechtsmissbräuchlich um seinen Provisionsanspruch zu bringen.

Bei Beendigung des Auftragsverhältnisses gegenüber seinem bisherigen Versicherungsmakler steht es dem Versicherungsnehmer frei, durch einen anderen (neuen) Vermittler unter Ausübung des vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts einen zweckgleichwertigen Vertrag mit dem gleichen Versicherer abzuschließen, weil ja das alte Versicherungsvertragsverhältnis ordnungsgemäß beendet wurde und der Provisionsanspruch des Altmaklers damit erloschen ist, es sei denn, dass erwiesen wird, dass das Kündigungsrecht und der Neuabschluss nur zum Zweck erfolgt wäre, den Altmakler um seine Folgeprovision zu bringen (vgl etwa RSS-0015-08-13=RSS-E 19/08).

Ein Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt. Beweispflichtig dafür, dass der Rechtsausübende kein anderes Interesse hat als zu schädigen oder dass doch der Schädigungszweck und unlautere Motive so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten, ist der den Rechtsmissbrauch Behauptende, dh. im konkreten Fall die Antragstellerin.

Ob der neu abgeschlossene Vertrag jedoch die Deckungserwartungen der Versicherungsnehmerin und den „best advice“ iSd § 28 MaklerG erfüllt, ist von der Frage einer möglicherweise rechtsmissbräuchlichen Verkürzung der Kündigungsfrist des Altvertrages bzw. verspäteten Kündigung unabhängig zu sehen, zumal die Antragsgegnerin weder Vertragspartei des Neuvertrages ist noch eine Verdienstlichkeit hinsichtlich deren Inhalte behauptet. Insofern steht der Antragstellerin auch kein Anspruch auf Auskunft hinsichtlich des Folgevertrages zu.

Soweit aber die Antragstellerin behauptet, dass Antragsgegnerin und die Neumaklerin bewusst gemeinschaftlich tätig geworden seien, um der Antragstellerin in Schädigungsabsicht das Geschäft auszuspannen, liegt kein unstrittiger Sachverhalt vor, der der Beurteilung durch die Schlichtungskommission zugrunde gelegt werden könnte. Vielmehr kann dies nur durch ein Beweisverfahren nach den Zivilverfahrensgesetzen geklärt werden.

Es war daher diesbezüglich gemäß Pkt. 4.6.2. lit f der Satzung von einer weiteren Behandlung des Falles abzusehen.

Soweit das Begehren der Antragstellerin über die von der Antragsgegnerin rückgebuchte Provision iHv € 31.145,83 hinausgeht, ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin die laufenden Provisionen mit der rückgebuchten Provision im Wege eines Kontokorrents verrechnet und sich die Rückforderung der Antragsgegnerin laufend reduziert. Ein Zahlungsbegehren über € 35.293,06 ist daher jedenfalls rechtlich und rechnerisch unbegründet. Vielmehr kann sich ein allenfalls bestehender Anspruch der Antragstellerin nur darauf richten, die im Kontokorrent rückgebuchte Folgeprovision der beiden Verträge iHv € 31.145,83 wieder gutzuschreiben, woraus sich am Provisionskonto ein positiver Saldo in Höhe der zwischenzeitlich einbehaltenen weiteren Provisionen aus anderen Verträgen ergebe.

Daher war der Schlichtungsantrag bezüglich dieser Forderungen abzuweisen.

Für die Schlichtungskommission:

Dr. Hellwagner eh.

Wien, am 3. Oktober 2022