

Die fehlerhafte Beratung durch Mitarbeiter von Versicherungsunternehmen, selbständiger Versicherungsagenten und von Maklern und ihre rechtlichen Folgen

Dr Franz Hartl

Dr Horst Schlosser

Dr Richard Winkelhofer

Erstellt im September 2002

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis.....	III
1. Teil Die Haftung der Versicherungsunternehmen sowie der Versicherungsmakler für deren Mitarbeiter	1
A. Problemstellung und Begriffsbestimmungen	1
B. Grundsätze des Schadenersatzrechts	5
C. Die Haftung für eigenes Verschulden.....	7
D. „Echtes“ Einstehenmüssen für fremdes Verschulden – die Haftung für Erfüllungsgehilfen	8
1. Begriffsbestimmungen.....	8
2. Das Verschulden des Erfüllungsgehilfen	10
3. Exkurs Die Haftung des VU für Versicherungsagenten	11
4. Haftung des Versicherers für Versicherungsmakler?	12
5. Die Eigenhaftung des Versicherungsmaklers (als Erfüllungsgehilfe des VU) und des Versicherungsagenten	16
2. Teil Die fehlerhafte Beratungsleistung.....	18
A. Culpa in contrahendo	18
B. Zum Begriff des Versicherungsmitarbeiters.....	19
C. Der verschärfte Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB	20
D. Der fehlerbehaftete Vertragsschluss	20
1. Vorbemerkung: Der Abschluss des Versicherungsvertrags	20
2. Abschlussfehler und Beratungsfehler im engeren Sinn	21
a) Abschlussfehler: Das Scheitern des Vertragsschlusses	23
aa) Vollmachtsmängel	23
bb) Misslungener Vertragsabschluss infolge Dissenses	26
aaa) Allgemeines	26
bbb) Offener Dissens	27
ccc) Die Problematik des „versteckten Dissens“ beim Abschluss von Versicherungsverträgen.....	28
b) Die fehlerhafte Beratung ieS	32
c) Exkurs Die Haftung für telefonische Auskünfte.....	41

3. Schaden und Kausalität	41
4. Die Verteilung der Beweislast.....	43
5. Mitverantwortlichkeit des Versicherungsnehmers.....	45
E. Besondere Pflichten des Versicherungsmaklers	47
F. Die Haftung des Maklers gegenüber dem Versicherungsunternehmen	51
G. Die Haftung nach §§ 1299 f ABGB	51
H. Freizeichnung von künftiger Schadenersatzpflicht	52
I. Fragen der Verjährung.....	53
J. Exkurs: Reform des Konsumentenschutzes und neues Versicherungsvertragsrecht.....	54
K. Exkurs: Der Versicherungsmitarbeiter bzw der Versicherungsmakler als Anlageberater	55
3. Teil Der Rückgriff des Versicherungsunternehmens bzw des Versicherungsmaklers gegen seine Mitarbeiter	59
A. Vorbemerkung Eigenhaftung des Mitarbeiters	59
B. Der Regress nach § 1313 ABGB	59
C. Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz	60
1. Anwendungsbereich	60
a) Allgemeines	60
b) Dienstnehmerbegriff und erfasster Personenkreis	61
c) Schaden bei Erbringung der Dienstleistung.....	61
2. Haftungsprivilegien des DHG	62
a) Verschuldensgrad	62
b) Sonstige Mäßigungskriterien	64
3. Mitverschulden des Dienstgebers.....	66
4. Die Verteilung der Beweislast.....	66
5. Prozessuale Besonderheiten und Präklusion des Anspruchs	67
6. Beschränkung der Rechte des Dienstnehmers durch Kollektivvertrag.....	68

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGBG	(deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AHVB	Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung 1978, VerVVers 1980/2, 14
AKHB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung
AktG	Aktiengesetz 1965 BGBl 98
Anm	Anmerkung
Arb	„Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen“, hrsg von <i>Helmuth Tades</i> ab 1973
ARD	ARD-Betriebsdienst (Arbeits-, Sozialversicherungs-, lohnabgabenrechtlicher Informationsdienst)
Art	Artikel
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch RGBl 1986, 195
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	„Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen“ (1951 ff)
BörseG	Börsegesetz 1989 BGBl 555
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bzw	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo (Verschulden beim Geschäftsabschluss)
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz BGBl 1965/80
DM	deutsche Mark
DRdA	Das Recht der Arbeit (österreichische Zeitschrift)
ecolex	„Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht“ (1990 ff)
EG	Europäische Gemeinschaft
etc	et cetera (und so weiter)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in: Österreichische Juristen-Zeitung (seit 1946)
EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich RGBl 1938 I 1999
f (ff)	und der (die) folgende(n)
FN	Fußnote
gem	gemäß

H	Heft
HGB	Handelsgesetzbuch RGBI 1897, 219
hrsg	herausgegeben
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
INFAS	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht (Sammelbände der AK)
insb	insb
iS(d)	im Sinne (des/der)
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JAP	„Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung“ (1990 ff)
JB1	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung (Gesetze und Verordnungen im Justizfache: 1780 – 1848)
KFG	Kraftfahrgesetz 1967 BGBl 267
Kfz	Kraftfahrzeug
KHVG	Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz 1994 BGBl 651
KRES	Konsumentenrecht Entscheidungssammlung
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140
maW	mit anderen Worten
m(w)N	mit (weiteren) Nachweisen
MaklerG	Maklergesetz BGBl 1996/262
NJW	(deutsche) „Neue Juristische Wochenzeitung“ (1947/48 ff)
Nov	Novelle
Nr	Nummer
NVersZ	(deutsche) Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NZ	„Österreichische Notariats-Zeitung“ (1858-1938, 1949 ff)
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	„Österreichische Juristen-Zeitung“ (1946 ff)
Pkt	Punkt
RAO	Rechtsanwaltsordnung RGBI 1868/96
RdM	„Recht der Medizin“ (ab 1994)
RdW	„Österreichisches Recht der Wirtschaft“
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen (1880-1945)
RL	Richtlinie (der EG)
Rsp	Rechtsprechung (allgemein); „Rechtsprechung“, hrsg vom Verband österreichischer Banken und Bankiers
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung

SBH	Selbstbehalt
SozM	„Sozialrechtliche Mitteilungen der Arbeiterkammer Wien“
StVO	Straßenverkehrsordnung 1960 BGBl 159
SV	Sachverständiger
SZ	Entscheidungen des österreichischen OGH in Zivilsachen
u	und
ua(m)	unter anderem bzw und andere (mehr)
udgl	und dergleichen
uva	und viele andere
uU	unter Umständen
uvm	und viele mehr
v	vom, von
va	vor allem
VA	Versicherungsagent
Var	Variante
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz BGBl 1978/569
VB	Vertragsbediensteter
VersE	Sammlung versicherungsrechtlicher Entscheidungen
VersR	(deutsches) „Versicherungsrecht“, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (1950 ff)
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz 1958 BGBl 1959/2
VerVVers	„Veröffentlichungen des Bundesministeriums für Finanzen betreffend die Vertragsversicherung“
vgl	vergleiche
VM	Versicherungsmakler
VMit	Versicherungsmitarbeiter
VN	Versicherungsnehmer
VR	„Die Versicherungsrundschau“, Fachzeitschrift für Sozial- und Vertragsversicherung
VU	Versicherungsunternehmen
VVaG	Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit
WBl	„Wirtschaftsrechtliche Blätter“, Beilage zu „Juristische Blätter“ (ab 1987)
WM	„Wertpapierrechtliche Mitteilungen“, deutsche Zeitschrift
WoBl	„Wohnrechtliche Blätter“ (ab 1988)
Z	Zahl (Ziffer)
ZAS	„Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht“
ZBl	„Zentralblatt für die juristische Praxis“ (1883-1938)
zB	zum Beispiel
zfs (ZFS)	(deutsche) Zeitschrift für Schadensrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1. Teil

Die Haftung der Versicherungsunternehmen sowie der Versicherungsmakler für deren Mitarbeiter

A. Problemstellung und Begriffsbestimmungen

Die Versicherungswirtschaft ist zum unverzichtbaren Standbein aller Gesellschaften moderner westlicher Prägung geworden, sie bewahrt hart erworbenen Wohlstand und ist dynamischer Wachstumsmotor. Die vielbeschworenen **goldenen Zeiten** sind freilich auch für sie **vorüber**: Anpassungsstrategien an die Internationalisierung, ja Globalisierung der Märkte sind ebenso Gebot der Stunde wie die **Bestellung neuer Tätigkeitsfelder**. Unter dem Stichwort „**Allfinanzkonzept**“ werden zunehmend Produkte vertrieben, die bisher ausschließlich dem **Bankensektor** vorbehalten waren und an die damit befassten Mitarbeiter erhöhte Anforderungen stellen, die dabei gleichsam zu **Vermögens- und Anlageberatern** werden. Deren **Aus- und Weiterbildung**, schon bisher von entscheidender Bedeutung, ist mit der zunehmenden Komplexität der Aufgaben unabdingbar geworden.

Gleichzeitig steigt die **Erwartungshaltung des Kunden**: Die mangelnde Zufriedenheit mit dem gekauften Produkt wird immer weniger als Folge **eigener Fehlentscheidung** akzeptiert, sondern vom Streben nach **Inanspruchnahme des Verkäufers**, der allfällige Vermögensnachteile (wie auch das Ausbleiben der erwarteten Vorteile) tunlichst ausgleichen soll, verdrängt¹. Allenthalben ist die **angloamerikanische** Maxime, **Unglücksfälle nicht einfach als solche abzutun, sondern in erster Linie Schuldige und damit zum Schadenersatz Verpflichtete auszumachen, im Vormarsch**. Unterstützt wird diese Gesinnung fraglos durch die nationale wie die internationale **Rechtsentwicklung**, die immer zahlreichere und auch schärfere **Verhaltensmaßregeln** und korrespondierende **Haftungstatbestände** normiert².

¹ Der Standard vom 8.4.1997, 19.

² Stichworte dazu wären etwa: Anlegerschutzrichtlinie, neues VersVG, MaklerG.

Vorsicht scheint daher geboten: Wie in der Folge zu zeigen sein wird, kann die **Großzügigkeit des Versicherungsmitarbeiters** bzw VM im Gespräch mit dem Kunden – etwa bei der **Auslegung** von Versicherungsbedingungen oder der **Annahmepolitik** der Gesellschaft – ebenso zum Bumerang werden und **Schadenersatzpflichten** auslösen wie das Vermitteln des Eindrucks, nichts sei einfacher, als Millionär zu werden, und der Versicherungs als Vermögensberater sei persönlicher Wohltäter **ohne** eigene Provisionsinteressen³.

Fehlerhafte Beratung des Versicherungsnehmers bzw Kunden (im folgenden kurz: VN) durch Mitarbeiter des Versicherers (= „Versicherung“ = Versicherungsunternehmen, im folgenden kurz: VU) und durch Versicherungsmakler (VM) ist in vielen Spielarten denkbar, von der **fehlerhaften Beratung des Außendienstmitarbeiters** über den örtlichen Geltungsbereich des **Versicherungsschutzes** bis hin zur **telefonischen Auskunft** des Prokuristen des Maklers über die **Auslegung** des Begriffs „Glasbruch“, Gleiches gilt für **Fehlauskünfte bei der Betreuung im Schadenfall**.

Im **MaklerG**⁴ findet sich in Fortführung des bisherigen Handelsmaklerbegriffs (§ 93 HGB) erstmals eine explizite **Definition des VM**: Gem § 1 MaklerG ist „**Makler**“, wer aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung (des **Maklervertrags**) für den Auftraggeber **Geschäfte** mit einem Dritten **vermittelt, ohne** (von einem VU) **ständig** damit **betraut** zu sein. Wer als Makler **gewerbsmäßig** Geschäfte über **Gegenstände des Handelsverkehrs** vermittelt, ist gem § 19 Abs 1 „**Handelsmakler**“. Ein Handelsmakler, der Versicherungsverträge vermittelt, ist gem § 26 Abs 1 „**Versicherungsmakler**“⁵, auf den die besonderen Vorschriften der §§ 26 – 32 MaklerG neben den allgemeinen Vorschriften des 1. Teiles des MaklerG anzuwenden sind.

Weder der Abschluss einer **Rahmenprovisionsvereinbarung** mit dem VU **noch** die **ständige Betrauung** durch den **VN** **nimmt** dem **VM** diese **Eigenschaft** (§ 26 Abs 1 Satz 2). Schließlich ist auch der bloße (nebenberufliche) „**Gelegenheitsmakler**“ Makler iSd MaklerG (§ 26 Abs 2).

³ So pointiert *Brawenz*, Die Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht (1991), 1.

⁴ BGBl 1996/262.

⁵ Dazu *Jabornegg*, Das neue Versicherungsmaklerrecht, VR 1996, 109; *Fenyves*, Die Haftung des Versicherungsmaklers nach österreichischem Recht, in: *Fenyves-Koban*, Die Haftung des Versicherungsmaklers (1993), 1.

„**Maklervvertrag**“ – dessen Abschluss, wie im folgenden zu zeigen sein wird, wegen der Haftungsfrage von eminenter Bedeutung ist – **ist** nicht nur die **Beauftragung** des VM durch den VN, sondern auch die **Provisionsvereinbarung** zwischen VU und VM **nach** Vermittlung eines konkreten Geschäfts, **nicht** aber die bloße – **vorweg** für künftige Abschlüsse getroffene – **Rahmenprovisionsvereinbarung (Courtageabkommen)**.

Problematisch kann im Einzelfall die **Abgrenzung**⁶ zwischen VM und **Versicherungsagent** (VA) iSd §§ 43 ff VersVG wegen der **Haftungsfrage** sein; Versicherungsagenten sind die **selbständigen und die angestellten** **Versicherungsvertreter** einschließlich der **unternehmensgebundenen** **Versicherungsvermittler**⁷. Gemäß § 26 Abs 3 MaklerG finden dessen Bestimmungen insoweit **keine** Anwendung, als die §§ 43 ff VersVG anzuwenden sind. Danach (vgl insb § 43a VersVG) **haftet** das **VU für das Verschulden seines VA** wie für eigenes (vgl § 1313a ABGB)⁸, wogegen eine dementsprechende Haftungsregelung dem MaklerG fremd ist: Grundsätzlich **haftet** das **VU für** das Fehlverhalten eines in die Vertragsverhandlungen einbezogenen **VM** dem Kunden gegenüber **nicht**⁹. Andererseits **haftet** der **VM** dem **VN gegenüber** in aller Regel **selbst**, wogegen eine **Eigenhaftung** des **VA** dem Kunden gegenüber nur in **seltenen** Einzelfällen in Betracht kommt (s unten Pkt D.5).

Der Versicherungsagent handelt im Auftrag jenes oder jener **VU**, dem oder denen gegenüber er **vertraglich gebunden** ist („ständige **Betrauerung**“), wogegen der **VM vom VN bevollmächtigt** ist¹⁰. Der **Makler** unterhält somit jene „**dauernde**“ **Rechtsbeziehung zum VU**, die den Versicherungsagenten auszeichnet, gerade **nicht**¹¹.

⁶ Dazu *Matusche-Beckmann*, Probleme bei der Abgrenzung des Versicherungsagenten vom Versicherungsmakler, VersR 1995, 1391 (insb 1394 ff).

⁷ Dazu unten D.3.

⁸ Dh im **Verhältnis** des **VN** zum **VU** wird der **VA** der **Sphäre** des **VU** zugerechnet (OGH 29.5.00, 7 Ob 314/99y und vom 26.7.00, 7 Ob 134/99b = RdW 2000, 721).

⁹ Dazu genauer unten D.5. S auch FN 197.

¹⁰ So Pkt 2) der **Berufsordnung für Versicherungsmakler** vom 14.9.1993, hrsg vom Landesgremium Wien der Versicherungsmakler und Versicherungsagenten. S auch OGH v 27.11.01 4 Ob 259/01v = RIS-E 64074 u *Kinscher/Sedlak*, GewO⁶, § 124 Anm 126.

¹¹ *Krejci*, Konsumentenschutz bei von Agenten oder Maklern akquirierten Versicherungsverträgen, ÖJZ 1983, 143 (141); *Kinscher/Sedlak*, GewO⁶, § 124 Anm 123.

Trotz aller Unterschiede sind die Anknüpfungspunkte für die **Haftung** von **VM und Versicherungsagent** doch sehr **ähnlich**, so vor allem in den Fragen, **ob** und bejahendenfalls in welchem **Umfang** der VM bzw der Agent **zur Beratung** des VN **verpflichtet** ist, sowie **ob** und **welche Fehlberatung** Haftungsfolgen auslöst. Die reichhaltige Judikatur zur **fehlerhaften Beratung** durch den Versicherungsagenten kann daher weitgehend auch für die Beratung durch den **VM** fruchtbar gemacht werden, doch darf trotz aller Ähnlichkeit nicht übersehen werden: Während die **Beratung des VN** durch **Mitarbeiter des VU** **bloß Gegenstand einer Nebenpflicht** aus dem Versicherungsvertrag ist, schließt der Kunde (VN) den **Vertrag mit dem VM** gerade zu dem **Zweck**, um sich über die auf dem Markt angebotenen Versicherungsprodukte **beraten zu lassen**. Ist die Beratung des VN damit aber **Hauptpflicht** aus dem **Maklervertrag**, so müssen an die **Beratungspflichten** des **VM** **höhere Anforderungen** gestellt werden **als** an die **Nebenpflichten** des **VU**¹².

Die **Unterscheidung** zwischen **VM**¹³ und **Versicherungsagent** ist aber auch in anderer Hinsicht von Bedeutung: Während der **Agent** gem § 43 VersVG schon **kraft Gesetzes** ua als **bevollmächtigt** gilt, Anträge auf Abschluss eines Versicherungsvertrags, Anzeigen und andere Willenserklärungen des VN **mit Wirkung für das VU entgegenzunehmen**, der VN also etwa seiner Anzeigeobliegenheit nach §§ 16 ff VersVG durch die Anzeige an den Agenten entspricht, werden die **Kenntnisse des VM dem VU grundsätzlich nicht zugerechnet**, sofern dem VM vom VU **nicht** ausdrücklich eine solche **Empfangsvollmacht** eingeräumt wird. **Nimmt der VA** vom VN einen **Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags entgegen**, so kommt der **Vertrag**, wenn ihn das VU widerspruchslös annimmt, mit dem **Inhalt** des dem **VA übergebenen Antrags** zustande. Leitet dagegen der **VM** einen solchen Antrag an das VU weiter, so weist er letztlich jenen **Inhalt** auf, mit dem ihn der **VM dem VU übermittelt**¹⁴: **Abweichungen** vom ursprünglich vom Kunden gewollten Antrag sind nicht selten, namentlich wenn die dem **VM gegenüber** vom Kunden **mündlich geäußerten Zusätze in den von diesem aufgenommenen schriftlichen Antrag nicht Eingang finden** (s zweiter Teil von Pkt D.2.a.bb).

¹² Fenyves, Versicherungsmakler, 12 f.

¹³ Zur **Abgrenzung** der **Vertretungsbefugnis** des **VM** zum Parteienvertretungsmonopol der **Rechtsanwälte** s FN 220.

¹⁴ OGH v 26.7.00 7 Ob 134/99b = RIS-E 58618 (07A01349).

Tritt ein Versicherungs**agent** gegenüber dem VN in einer Art und Weise auf, als wäre er **unabhängiger Makler** (sog „**Pseudomakler**“), so gelten die Vorschriften der §§ 43 ff **VersVG** über die Haftung des VU gem dessen § 43a **neben** jenen des **MaklerG** über die Haftung des VM. Dem VN **haften** in einem solchen Fall sowohl der **Pseudomakler selbst als auch** das **VU**, für das er in Wahrheit tätig wird.

Dem Vermittler, der sich selbst auf seinem Briefpapier als „Versicherungsmakler“ und die mit den Kunden getroffenen Vereinbarungen als „**Maklerv**träge“ bezeichnete, nützt es damit auch **nicht**, wenn er im Prozess vorbringt, er sei bloß als **Agent** anzusehen und das VU hafte daher für ihn¹⁵.

B. Grundsätze des Schadenersatzrechts

Das österreichische **ABGB** folgt in seinen §§ 1294, 1295, 1305 und 1306¹⁶ dem Konzept der **Verschuldenshaftung**: Wer einem anderen in **rechtswidriger und schuldhafter** Weise **Schaden** (= einen vermögenswerten Nachteil) zufügt, hat dafür einzustehen.

Verschulden bedeutet **subjektive Vorwerfbarkeit** eines Verhaltens, das vermieden hätte werden sollen und können. Es kommt in zwei Spielarten vor: **Vorsätzliches** Handeln impliziert das Voraussehen und die Billigung des schädlichen Erfolgs (in den Worten des § 1294: **wissentliche und willentliche** Schädigung), **fahrlässiges** dagegen Unwissenheit, Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit oder gehörigem Fleiß (§ 1294). Das Wissen bezieht sich beim Vorsatz auf den unmittelbaren Schaden (nicht notwendigerweise auch auf ein Folgeschäden). **Bewusste Fehlberatung ohne Schädigungsabsicht** (der beratende VM bzw VA informiert etwa den Kunden unrichtig, um ihn zum Unterschreiben zu bewegen, hofft aber gleichzeitig, dass ein Versicherungsfall, der die verfehlte Beratung offenlegen würde, nie eintritt) **ist** daher regelmäßig (bewusst) **fahrlässiges Verhalten**.

Im allgemeinen hat der Schädiger zwar für **jede Art von Verschulden einzustehen** (§ 1295), doch hängt vom Verschuldensgrad der **Umfang** seiner Ersatzpflicht ab: Während er bei bloß **leichter** Fahrlässigkeit lediglich den **tatsächlich** erlittenen, sog „**positiven**“ Schaden ersetzen muss, trifft ihn bei **vorsätzlicher oder grob fahrlässiger** Schädigung auch noch die Verpflichtung zum Ersatz des **entgangenen Gewinns** des Geschädigten (§§ 1323, 1324 [„gegliederter“ Schadensbegriff des ABGB]).

¹⁵ VersR 1987, 663 = NJW 1988, 60.

¹⁶ Gesetzeszitate ohne nähere Angabe sind solche des ABGB.

Für die „**Handelsgeschäfte**“ (bei denen zumindest **einer** der Vertragspartner **Kaufmann** iSd HGB ist) gilt jedoch die Sonderregelung des Art 8 Nr 2 EVHGB, nach dem der zu ersetzende Schaden **immer** auch – also **auch** bei **leichter** Fahrlässigkeit – den **entgangenen Gewinn** umfasst. **Versicherungsunternehmen** sind ebenso **Kaufleute** iSd HGB wie die **Makler** oder die **selbständigen VA** (§ 1 Abs 2 Z 3 bzw 7 HGB, § 3 AktG), sodass deren Ersatzpflicht **immer** auch den **entgangenen Gewinn** mitumfasst und die Unterscheidung zwischen verschiedenen Verschuldensformen insoweit entbehrlich ist¹⁷.

„**Rechtswidrig**“ ist ein Verstoß gegen Ge- oder Verbote der **Rechtsordnung** oder die **guten Sitten** (§§ 1294, 1295, 1323), wobei die zu beachtenden Pflichten entweder aus einer **vertraglichen** oder **vertragsähnlichen** Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem erfließen (Schadenersatz **ex contractu**; Beispiel: Nichterfüllung der Haupt- oder Nebenpflichten aus einem Vertrag¹⁸, wie zB dem **Maklervertrag**) **oder** **unabhängig** von einer solchen Beziehung unmittelbar aufgrund der **Gesetze** bestehen (Schadenersatz **ex delicto**; Beispiel: **Verkehrsunfall**). Während im **erstgenannten** Fall die Übertretung von spezifischen Ge- oder Verboten aufgrund „**selbstgeschaffenen**“ **Rechts zwischen** den – und nur zwischen diesen – **Vertragsparteien** haftungsbegründend ist, geht es im **letztgenannten** um solche Verhaltenspflichten, die **jedermann** treffen, etwa die Achtung des Eigentums als allgemein geschütztes Rechtsgut oder die Gebote der StVO.

Wiewohl der Gesetzgeber des ABGB an sich zwar beide Kategorien gleichbehandeln wollte (§ 1295 Abs 1), hat er diese Gleichschaltung doch nicht konsequent durchgehalten und den **Schadenersatz ex contractu** in verschiedener Hinsicht **privilegiert**:

¹⁷ Zu den unterschiedlichen Konsequenzen der verschiedenen Verschuldensformen beim Regress des VU gegen den VM sowie des Maklers gegen seine Mitarbeiter bzw bei der Freizeichnung siehe unten.

¹⁸ Die **schadenersatzrechtlichen Konsequenzen** sind äquivalent: Ein allfälliger **Schadenersatzanspruch** ist dem **Grunde** nach grundsätzlich **unabhängig** davon, ob **Haupt-** oder **Nebenpflichten** verletzt wurden (siehe dazu etwa *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten [1983], 41).

Nur bei Übertretung **vertraglicher** Pflichten ist

- das **bloße Vermögen**¹⁹ (dh unabhängig von der Beschädigung einer körperlichen Sache) mitgeschützt²⁰,
- kommt es zur **Beweislastumkehr beim Verschulden** (sodass also der Schädiger zu beweisen hat, dass ihn an der Vertragsverletzung kein Verschulden trifft [§ 1298], wogegen der deliktisch Geschädigte das Verschulden des Schädigers darzutun hat [§ 1296]), **und**
- besteht die erweiterte **Erfüllungsgehilfenhaftung** (§ 1313a)²¹.

Hat nicht nur der Schädiger, sondern **auch** der **Geschädigte** selbst **sorgfaltswidrig** eine Bedingung für den Schadeneintritt gesetzt, so gebührt ihm kein voller Ersatz; er hat einen **Teil** des Schadens selbst zu tragen (**Mitverschulden** gem § 1304 ABGB).

Bringt das schädigende Ereignis dem Geschädigten neben den Nachteilen auch **Vorteile**, so hat er sich diese auf den **Schaden anrechnen** zu lassen („**Vorteilsausgleichung**“).

C. Die Haftung für eigenes Verschulden

Der Grundsatz, dass jedermann **nur für sein eigenes Verschulden** zur Verantwortung gezogen werden kann, drückt an sich bloß eine Selbstverständlichkeit aus.

Während die Abgrenzung von **Eigen-** und **Fremdverschulden** bei **natürlichen Personen** nach § 16 noch relativ präzise möglich ist, bereitet sie dann Schwierigkeiten, wenn Schädiger eine „**juristische Person**“ iSd § 26 ist, die nicht wie der Mensch – quasi automatisch – Träger von Rechten und Pflichten ist, sondern der solche Qualität nur gesondert von der Rechtsordnung verliehen wird, namentlich Gesellschaften, Vereinen, Anstalten uvm.

¹⁹ Darunter versteht man jenen **Schaden am Vermögen**, der **nicht** adäquat ursächlich auf einen **Sach-** oder **Personenschaden** zurückzuführen ist (SZ 61/80).

²⁰ Vgl SZ 57/196; JBl 1985, 38; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 20 ff.

²¹ Dazu dann eingehend unten.

Eigenes Verhalten einer **juristischen** Person ist nun insofern schwierig zu umreißen, als sie – im Gegensatz zur natürlichen Person – nicht „selbst“, sondern nur durch ihre **satzungsmäßigen Organe**, insb den **Vorstand**²² bzw den oder die **Geschäftsführer** handeln kann. Handelt ein Organ im Namen der juristischen Person (etwa beim Abschluss eines Vertrags), so liegt gleichsam Handeln der juristischen Person selbst vor. Ebenso verhält es sich auch mit der Schädigung Dritter²³ durch Organe der juristischen Person: Sie haftet dem geschädigten Dritten unmittelbar kraft eigenen Verhaltens.

Über das Verhalten der satzungsmäßig bestellten Organe hinaus wird der **juristischen** Person **auch** das **Verhalten** all jener Personen mit **gehobenem Wirkungskreis** zugerechnet, die als **Repräsentanten** auftreten oder eine **leitende Funktion** mit selbständigem Wirkungsbereich bekleiden, so etwa **Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte (Repräsentantenhaftung**²⁴).

D. „Echtes“ Einstehenmüssen für fremdes Verschulden – die Haftung für Erfüllungsgehilfen

1. Begriffsbestimmungen

Während das Handeln der **Organe** oder sonstigen **Repräsentanten** als **Handeln** der **juristischen** Person selbst zugerechnet wird, bedeutet das Einstehenmüssen für schuldhaftes Verhalten „**sonstiger**“ **Dritter** die Haftung für ein Verhalten, das eindeutig **von eigenem Verhalten geschieden** werden kann. Das gilt in gleichem Maße für natürliche wie juristische Personen, es tritt bei letzteren bloß weniger deutlich zutage.

Der bei weitem **wichtigste** Fall einer Haftung für fremdes Verschulden ist jener der **Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen**, deren er sich zur Erweiterung seines eigenen Aktionsradius **bedient**. Es erscheint in der Tat rechtspolitisch konsequent, demjenigen, der den **wirtschaftlichen Nutzen** aus der Tätigkeit des Gehilfen zieht, auch die **Kosten** dessen Tuns aufzuerlegen, sodass er für von diesem **verschuldete Schäden eintreten** muss. Im übrigen sind die **Chancen des Geschä-**

²² Vgl § 1 AktG und *Kastner*, Gesellschaftsrecht⁵, 176. Zur Haftung der Organe einer AG siehe allgemein *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer AG, ÖJZ 1986, 130; EvBl 1978/4.

²³ Beachte: Die Juristen sprechen auch dann vom „**Dritten**“, wenn es gar **keinen** „**Zweiten**“ gibt.

²⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht II, 377 f.

digten, seine **Ersatzansprüche** nicht bloß durchzusetzen, sondern auch **einbringlich zu machen**, idR bei weitem **größer**, wenn er sie gegen den im allgemeinen wirtschaftlich **potenteren Geschäftsherrn** geltend machen kann. Darin liegt zugleich die enorme praktische Relevanz der Gehilfenhaftung.

Der **Umfang** der **Haftung des Geschäftsherrn** geht im **deliktischen** und **vertraglichen** Bereich **verschieden** weit: Während er für das **deliktische** Verhalten **nur** solcher Gehilfen zur Verantwortung gezogen wird, die **untüchtig oder wissentlich gefährlich** sind (sog „**Besorgungsgehilfenhaftung**“ nach § 1315), werden „**Erfüllungsgehilfen**“ iSd § 1313a eingesetzt, um bestehende **vertragliche Verpflichtungen** (hier etwa: aus dem Versicherungs- oder Maklervertrag) **des Geschäftsherrn zu erfüllen**. Der Geschäftsherr haftet dabei für **jedes Verschulden** seiner Erfüllungsgehilfen.

Für die Qualifikation als „**Erfüllungsgehilfe**“ ist dabei ausschlaggebend, ob dieser für den Geschäftsherrn **in Erfüllung** dessen **vertraglicher Haupt- oder Nebenpflichten tätig** wird, **gleichgültig**, ob er dabei **selbständig oder unselbständig agiert**²⁵. Typischer Erfüllungsgehilfe ist der **Arbeitnehmer** des Geschäftsherrn, der mit diesem durch ein **Arbeitsvertragsverhältnis** verbunden ist und bei Erbringung seiner Arbeitsleistung an den Geschäftsherrn als Arbeitgeber für diesen gleichzeitig auch dem Dritten gegenüber **Dienstleistungen** erbringt²⁶.

Erfüllungsgehilfe ist **auch** der vom Erfüllungsgehilfen seinerseits eingesetzte **weitere** – selbständige oder unselbständige – **Erfüllungsgehilfe**, selbst wenn dessen Einsatz ohne Einvernehmen mit dem Geschäftsherrn geschah²⁷.

Als Erfüllungsgehilfe gilt schließlich **auch** der sog „**Verhandlungsgehilfe**“, der den Vertragsabschluss für seinen Geschäftsherrn vorbereitet²⁸, also in einem Stadium tätig wird, in dem vertragliche Pflichten noch gar nicht erfüllt werden können. Namentlich der **Versicherungsagent** tritt bei der **Anbahnung** des Vertragsabschlusses dem Versicherungsinteressenten gegenüber als Erfüllungsgehilfe des VU auf²⁹,

²⁵ JBl 1986, 789.

²⁶ Das betont auch die **Berufsordnung der Versicherungsagenten**, hrsg Wirtschaftskammer Wien, Landesgremium Wien der Versicherungsmakler und Versicherungsagenten.

²⁷ SZ 50/100 = JBl 1979, 254; JBl 1986, 789 ua.

²⁸ Harrer in Schwimann, Rz 14 zu § 1313a; SZ 51/111; VR 1990/210; JBl 1991, 586; ua.

²⁹ Bruck/Möller, VersVG I⁸ 1026 f; Hofmann, Privatversicherungsrecht², 43; Prölss-Martin, VersVG²⁵, 248 f.

nicht aber auch – um etwa ein Beispiel aus der Rsp anzuführen – der vom VU zur Schadensfeststellung entsandte **Sachverständige**, der dabei dem VN die falsche Auskunft erteilt, er könne trotz erfolgten Motorbrands die Fahrt fortsetzen: Dieser Sachverständige war dabei **nicht bei**, sondern bloß **gelegentlich** der Erfüllung des Versicherungsvertrags tätig³⁰.

Dem Geschäftsherrn kann ganz allgemein das Verhalten seines Gehilfen gem § 1313a nur dann zugerechnet werden, wenn dieser den **Schaden bei Erfüllung** seiner Pflichten verursacht hat. Eine Verursachung **bloß anlässlich der Erfüllung**, also **ohne** sachlichen Zusammenhang mit der vom Geschäftsherrn angestrebten Interessenverfolgung³¹ (der Erfüllungsgehilfe nutzt etwa das Auftreten beim VN, um eine alte Rechnung zu begleichen oder verrichtet – in ländlichen Gegenden nicht selten – bei dem ihm persönlich bekannten VN gleich auch andere Tätigkeiten), reicht für die Anwendung des § 1313a **nicht aus**. Die **Grenzziehung** zwischen „**bei**“ und „**anlässlich**“ ist **schwierig**³², doch ist in der Rsp die **Tendenz** erkennbar, den Kreis der die Haftung begründenden Handlungen des Gehilfen **möglichst weit** zu ziehen und alle Rechtsgüter des VN, mit denen der Erfüllungsgehilfe in Berührung kommt, nach Tunlichkeit zu schützen und vor Schaden zu bewahren³³.

Der engagiert gestikulierende Versicherungsagent etwa, der eine Stehlampe des VN „abräumt“, macht dies **bei** Erfüllung seiner Aufgaben.

2. Das Verschulden des Erfüllungsgehilfen

§ 1313a lässt den Geschäftsherrn für das **Verschulden** seines **Erfüllungsgehilfen wie für sein eigenes** haften: „**Verschulden**“ des Erfüllungsgehilfen ist somit ein **Verhalten, das schuldhaft wäre, wenn es der Geschäftsherr selbst gesetzt hätte**. Das macht insofern einen Unterschied, als **Vertragspartner des VN** bloß der Geschäftsherr (**VU/VM**), **nicht** aber der **Erfüllungsgehilfe** selbst ist, und auch nur jenen die

³⁰ ZVR 1988/70 = VR 1987/90.

³¹ So die Definition der Rsp (JBl 1983, 255; EvBl 1991/44 = ecolex 1991, 312).

³² „**Bei** Erfüllung“ und daher **Erfüllungsgehilfenhaftung**: **Postbote** unterschlägt inkassiertes Geld (SZ 16/92), Angestellter schädigt Kunden durch **unrichtige** Auskunft (SZ 30/68). **Anders** hingegen – Erfüllungsgehilfeneigenschaft verneinend, weil Schädigung bloß anlässlich der Erfüllung – SZ 51/108: **Sonstige** Auskünfte des Gehilfen, die **nicht** zum vertraglich übernommenen Tätigkeitsbereich des Geschäftsherrn zählen.

³³ SZ 47/72; JBl 1985, 748.

Rechte und Pflichten aus dem Vertrag treffen. Der **objektivierte Maßstab** für die Beurteilung, **ob** das Verhalten des Erfüllungsgehilfen als **schuldhaft** anzusehen ist **und** welcher Verschuldensgrad dem Schädiger zuzurechnen ist, kann demnach nur dem **Geschäftskreis und der Stellung des Geschäftsherrn** entnommen werden³⁴. Es erscheint durchaus denkbar, dass eine **falsche Auskunft** des Erfüllungsgehilfen dem **VU** bzw **VM** als **schuldhaft** angelastet wird, die dem Erfüllungsgehilfen – weil er etwa als **Anfänger nicht** über das erforderliche Wissen verfügt – persönlich nicht vorgeworfen werden könnte. Dem VU/VM ist dagegen entsprechendes Fachwissen zu unterstellen. Bleiben die Fähigkeiten seines Erfüllungsgehilfen **unter** diesem Standard, so muss das VU/der VM den Verschuldensvorwurf gegen sich gelten lassen (§ 1299)³⁵.

3. Exkurs

Die Haftung des VU für Versicherungsagenten

Das VersVG enthält – wie bereits erwähnt – in seinen §§ 43 – 48 Sonderregelungen für „**Versicherungsagenten**“ und umschreibt diese in Anlehnung an eine von der Rsp entwickelte Begriffsabgrenzung³⁶ als **vom VU mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Versicherungsverträgen ständig beauftragte Personen** (neuer § 43 Abs 1). Der „**Gelegenheitsvermittler**“ wird dabei dem ständig beauftragten Versicherungsagenten **gleichgestellt**³⁷. Der so definierte Versicherungsagent iSd §§ 43 ff VersVG entspricht damit vollinhaltlich den oben dargestellten Kriterien des § 1313a ABGB, und es ist heute schlechthin unstrittig, dass der Versicherungsagent **bei der Anbahnung** von Versicherungsverträgen **als Erfüllungsgehilfe des VU** auftritt, sodass dieses für dessen Verschulden in vollem Umfang einzustehen hat³⁸. Die unternehmensinterne **Bezeichnung** des Agenten (Inspektor, Direktor udgl) ist für seine Rechtsstellung **ohne** Belang.

³⁴ SZ 61/190 = JBl 1989, 175 (mit Anm *Humel*); JBl 1992, 42, ua.

³⁵ Zum Sorgfaltsmaßstab des § 1299 siehe im übrigen weiter unten.

³⁶ ZVR 1976/81, 82.

³⁷ OGH v 27.11.2001 4 Ob 259/01v = RIS-E 64074; JBl 1975, 592 = VersR 1976, 1195 = ZVR 1976/81 = SZ 48/52 mwN; *Kinscher/Sedlak*, GewO⁶, § 124 Anm 126. Auch der sog „**Pseudo**“- oder „**Quasiagent**“ ist Versicherungsagent iS dieser Bestimmung (§ 43 Abs 1 zweiter Satz VersVG).

³⁸ SZ 57/94 = JBl 1986, 177 (mit Anm *Wilhelm*) = RdW 1984, 370; RdW 1986, 271 = VersE 1271 = VR 1987/50; VersE 1282. Aber auch **sonst** wird sein **Verhalten** der **Sphäre** des **VU** zugerechnet (OGH v 26.7.00 7 Ob 134/99b = RIS-E 58618 [07A01349]; vgl RV zum MaklerG, BlgNR 2 20 GP 29; *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 97ff; *Grassl*, Maklerrecht für Mehrfachagenten, RdW 1999, 445).

Auf **VM** sind die **§§ 43 ff idR nicht** anwendbar (so nunmehr ausdrücklich § 26 Abs 3 MaklerG); deren Rechtsstellung ist vielmehr abschließend durch das **MaklerG** geregelt³⁹.

Der Vermittler, der sich zwar als **unabhängiger Versicherungsmakler** geriert, in Wahrheit aber in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zu einem VU steht (sog „**Pseudomakler**“), ist in § 43a VersVG (BGBl 1994/509) ausdrücklich einer **Erfüllungsgehilfenregelung** unterworfen worden, nach der das **VU für dessen Verschulden** wie für sein eigenes **einzustehen** hat⁴⁰. Darüber hinaus sind auf den Pseudomakler im Verhältnis zum VN aber **auch die Regeln des MaklerG anzuwenden**, so dass er dem VN gegenüber wie ein „echter“ Makler haftet⁴¹. Einem als (Pseudo-)Makler auftretenden Versicherungsagenten ist in der Regel aber gar nicht bewusst, welches **zusätzliche Haftungsrisiko** er sich mit seinem Gehabe auferlegt: Einerseits **haftet er dem VN für schlechte Beratung nach** den Vorschriften des **MaklerG** (insb § 3 Abs 4), andererseits ist er **Erfüllungsgehilfe des VU**, das für dessen Verhalten gem §§ 43 iVm 43a VersVG einzustehen hat und in der Folge gem § 1313 ABGB gegen ihn **Regress** nehmen kann.

Der **VN** muss behaupten und auch **beweisen**, dass „sein“ **VM in Wahrheit Versicherungsagent** ist, will er das **VU für dessen Verschulden in Anspruch** nehmen. Da jedoch die faktischen und vertraglichen Beziehungen zwischen Maklern und Versicherungsunternehmen allerdings idR weder evident noch dem VN bekannt sind, wird diesem ein solcher Nachweis meist **schwer** fallen.

4. Haftung des Versicherers für Versicherungsmakler?

Während **Versicherungsagenten auch ohne** die Regelung der §§ 43 ff **VersVG als Erfüllungsgehilfen des VU** zu beurteilen waren, stellt sich die Frage, ob das auch für die VM gilt oder zumindest gelten kann. Wäre nämlich auch der VM Erfüllungsgehilfe des VU, so wäre in erster Linie das VU Haftungsadressat des VN, das aber dann gem § 1313 ABGB beim VM Regress nehmen könnte. Ist der **VM indes nicht Erfüllungsgehilfe des VU**, so haftet **ausschließlich er selbst dem VN**.

³⁹ Jabornegg, VR 1996, 111 (109); vgl auch Krejci, ÖJZ 1983, 147 (141).

⁴⁰ So auch schon die bisherige Rsp: **Haftung des VU für selbständigen freien Mitarbeiter**, der als **unabhängiges Versicherungsbüro auftritt** (SZ 64/189).

⁴¹ Jabornegg, VR 1996, 111

Vorauszuschicken ist, dass sich der **VM**, gleichgültig ob als **Einzelunternehmer** oder **Gesellschaft**, häufig auf seine **Mitarbeiter als seine Erfüllungsgehilfen** stützt. Wenn immer also von einer Haftung des VM die Rede ist, ist diese sehr oft selbst eine Haftung für die als dessen Erfüllungsgehilfen handelnden **Mitarbeiter**, sodass es damit zu ganzen **Erfüllungsgehilfenketten** kommen kann: Der Mitarbeiter des VM tritt als Erfüllungsgehilfe des VM auf, der für ihn gem § 1313a ABGB haftet. Würde dieser nun seinerseits als Erfüllungsgehilfe des VU auftreten, so würde das den Mitarbeiter des VM im Ergebnis zugleich zum Erfüllungsgehilfen des VU machen.

§ 27 Abs 1 **MaklerG** weist den **VM** abweichend vom Normaltyp des Handelsmaklers (§§ 19, 20 Abs 1) **vorrangig der Sphäre des VN zu**: Trotz seiner **Tätigkeit für beide Parteien** des Versicherungsvertrags hat er **überwiegend die Interessen des Versicherungskunden zu wahren**. In der Tat steht er **nicht in der Mitte** zwischen den Parteien, ist es doch der **VN**, der den **VM** mit der Beschaffung des bestmöglichen Versicherungsschutzes **beauftragt**. Die Praxis bezeichnet denn auch den **VM als „Bundesgenossen“ des VN**, dessen Interessen er vorrangig zu vertreten hat (und wird daher im Verhalten zum VU der **Sphäre des VN** bzw Versicherten zugerechnet)⁴². So wird er **in erster Linie nicht für das VU, sondern für den VN tätig** und geriert sich auch als dessen Vertreter. Dieser ist sein „Kunde“ und nicht das VU.

Damit wird aber deutlich, dass der so definierte **VM** grundsätzlich **nicht Erfüllungsgehilfe des VU** ist⁴³. Weit eher ist er Erfüllungsgehilfe des VN⁴⁴. An diesem Ergebnis kann auch der Abschluss von **Rahmenprovisionsvereinbarungen** (Courtageabkommen) mit **mehreren VU**

⁴² OGH v 26.7.00, 7 Ob 134/99b = RIS-E 58618 (07A01349) = RIS-EN 101090032 = RdW 2000, 721; vgl RV zum MaklerG, BlgNR 2 20 GP 29; *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 105f; *Fenyves*, Versicherungsmakler, 5; *Matusche-Beckmann*, VersR 1995, 1393; *Jabornegg*, VR 1996, 111; *Krejci*, ÖJZ 1983, 143; vgl zur deutschen Rechtslage etwa *Zinnert*, Das Recht des Versicherungsmakler am Anfang des 21. Jahrhundert, VersR 2000, 399.

⁴³ Siehe FN 42.

⁴⁴ Freilich stellt sich das Problem des VM als Erfüllungsgehilfen des VN de facto selten, weil eine Haftung des VN gegenüber dem VU wenig praktisch ist. Für die **Erfüllung der Obliegenheiten des VN** gegenüber dem VU, ein wesentlich praktischeres Problem, kommt hingegen eine **Zurechnung** im Wege des § 1313a ABGB **nicht** in Betracht: **Obliegenheitsverletzungen seines Erfüllungsgehilfen schaden dem VN nicht** (SZ 22/54, 53/100; VR 1968, 46 = ÖJZ 1968, 440 = VersR 1969, 1032; VersR 1987, 395; 1991, 571 uvm. Anders das **deutsche Recht**, das eine „**Repräsentantenhaftung**“ kennt [*Prölss-Martin*, 100 ff; zB VersR 1996, 839]).

nichts ändern, sichern diese ihm doch bloß **nur** die **Vermittlungsprovision** für die von ihm verdienstlich zustandegebrachten Versicherungsverträge zu, die das VU zwar formell zahlt, die aber – zumeist – im Wege der Prämienkalkulation auf den VN überwälzt wird.

Grundsätzlich haftet das VU somit für das Verschulden des VM nicht.

Die **Rechtsprechung** ist nur scheinbar anderer Auffassung, soweit sie das VU für den durch einen als Erfüllungsgehilfen qualifizierten selbständigen „Versicherungsmakler“ haften lässt⁴⁵, ging es dabei doch um einen **freien Mitarbeiter des VU**, der Versicherungsverträge auf Provisionsbasis vermittelt, und **keineswegs um einen Makler**. Dass ein **VU für culpa in contrahendo seines Mitarbeiters selbst dann einzustehen hat, wenn er als unabhängiger Makler (Pseudomakler) auftritt**⁴⁶, bedeutet nur, dass derjenige, der nach außen hin Unabhängigkeit vorgibt, gleichwohl Erfüllungsgehilfe ist, wenn er materiell für das VU agiert; **Gleiches** gilt für den **VM**, der **zu** einem **VU** in einem derart **intensiven wirtschaftlichen Naheverhältnis** steht, dass es **zweifelhaft** scheint, ob dieser überwiegend die **Interessen des VN wahren** kann; wobei diesbezüglich allerdings der **geschädigte** Kläger behauptungs- und **beweispflichtig** ist⁴⁷. Ist er hingegen tatsächlich **vom VU unabhängig**, so kann er **nicht** auch **dessen Erfüllungsgehilfe** sein.

Gemäß § 43a VersVG **haftet** das **VU** aber auch **für** den **VM**, der zum VU in einem solchen **wirtschaftlichen Naheverhältnis** steht, dass es **zweifelhaft** erscheint, ob er noch in der Lage ist, **überwiegend** die **Interessen des VN zu wahren**⁴⁸.

§ 27 Abs 1 iVm §§ 19, 20 Abs 1 MaklerG machen andererseits aber auch deutlich, dass der **VM** trotz vorrangiger Zuordnung zur Sphäre des VN in gewisser Hinsicht doch **zwischen VN und VU steht** und auch zum VU in Rechtsbeziehung tritt. So statuiert etwa § 29 MaklerG ausdrücklich die – allerdings bloß **subsidiäre** – **Pflicht des VM zur Wahrung der Interessen (auch) des VU**.

⁴⁵ ZVR 1991/121 = VR 1990/210 = VersR 1991, 87 = SZ 62/187 = VersE 1452

⁴⁶ SZ 64/189.

⁴⁷ OGH v 26.7.00, 7 Ob 134/99b = RIS-E 58618 (07A01349) = RIS-EN 101090032 = RdW 2000, 721; vgl zu der von der deutschen Rsp entwickelten Abgrenzung etwa BGH v 22.9.99, zfs 2000, 67; *Baumann*, Ist der Versicherungsmakler Auge und Ohr des Versicherers, NVersZ 2000, 116; *Reusch*, Wie weit reicht der Auge- und Ohr-Grundsatz?, NVersZ 2000, 120.

⁴⁸ OGH 29.5.00, 7 Ob 314/99y und vom 26.7.00, 7 Ob 134/99b = RdW 2000, 721; vgl auch BGH 22.9.99, ZFS 2000, 67; *Baumann*, Ist der Versicherungsmakler Auge und Ohr des Versicherers?, NVersZ 2000, 116; *Reusch*, Wie weit reicht der Auge- und Ohr-Grundsatz?, NVersZ 2000, 120.

Gemäß § 27 Abs 3 erster Satz MaklerG ist der **VM** mangels abweichender Vereinbarung mit dem **VU** nicht befugt, Erklärungen und Zahlungen des VN rechtswirksam für das VU entgegenzunehmen⁴⁹. § 27 MaklerG ist gem § 32 MaklerG zugunsten des VN relativ **zwingend**. Die Praxis nimmt die Erteilung einer solchen ausnahmsweisen Empfangsvollmacht mit der **Konsequenz**, dass **Erklärungen des VN an den VM die gleiche Wirkung** entfalten, als **wären sie direkt dem VU gegenüber abgegeben** worden, nur in ganz eindeutigen Fällen an, und das mit gutem Grund⁵⁰: Bedeutet sie doch nichts anderes, als dass der **VM im Rahmen der ihm vom VU erteilten Empfangsvollmacht zu dessen Erfüllungsgehilfen** wird! Dass der VM dem VU **nicht** auch **weisungsunterworfen** ist, tut der Erfüllungsgehilfeneigenschaft **keinen Abbruch**⁵¹. **Leitet** etwa der empfangsbevollmächtigte **VM** eine ihm vom VN übergebene schriftliche **Anzeige zur Wahrung dessen Anzeigebliedenheiten nicht rechtzeitig an das VU weiter**, so kann der VN unter Stützung auf § 27 Abs 3 erster Satz und § 2 Abs 2 iVm § 32 MaklerG gleichwohl **vom VU Leistung** aus dem Versicherungsvertrag **begehren**. Dem VU bleibt dann bloß der **Regress** gegen den VM.

Das Vorliegen der **Empfangsvollmacht** muss der VN beweisen. Dabei kann er sich mitunter auf eine „Anscheinsvollmacht“ des VM stützen, bei der zwar keine rechtsgeschäftliche Vollmachtserteilung an diesen vorliegt, dem VN gegenüber aber der vom VU adäquat verursachte Anschein besteht, dass eine solche **Vollmacht tatsächlich erteilt** wurde. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der VN **den VM bereits mehrfach betraut hat und** dieser einem oder auch mehreren VU gegenüber **stets den Anschein erweckt** hat, Erklärungen des VN an ihn hätten dieselbe Wirkung, als wären sie unmittelbar dem VU gegenüber abgegeben worden, und wenn diese Vorgangsweise seitens des involvierten **VU immer widerspruchlos zur Kenntnis genommen** wurde. Bei bloß einmaliger Betrauung eines VM mit der Vermittlung eines Versicherungsvertrags kommt eine Anscheinsvollmacht hingegen wohl kaum in Be-

⁴⁹ Nur zur Klarstellung: Dass der **VM** vom VN abgegebene schriftliche oder mündliche Erklärungen an das VU **weiterzuleiten** hat und diese mit dem Zeitpunkt der Übergabe an das VU auch diesem gegenüber wirksam werden, bedarf keiner näheren Begründung. Insofern fungiert der **VM als Bote**. Davon zu **unterscheiden** ist der **empfangsbevollmächtigte** VM, bei dem eingehende Äußerungen des VN schon mit dem Zeitpunkt und mit dem Inhalt des Eingehens bei ihm für das VU wirken und daher rechtlich unerheblich ist, ob sie in der Folge etwa verstümmelt, zeitverzögert oder überhaupt nicht beim VU ankommen.

⁵⁰ Die **Vollmachtserteilung** kann nun nicht bloß ausdrücklich, sondern auch **konkludent** – etwa durch Übergabe entsprechender Antragsformulare an den VM – erfolgen (vgl. *Matusche-Beckmann*, VersR 1995, 1397 [1391]).

⁵¹ *Reischauer* in *Rummel*, Rz 9 zu § 1313a ABGB mwN.

tracht⁵². Der VM wird zum „**Anscheinserfüllungsgehilfen**“ des VU, wenn er in einer dem VU zurechenbaren Weise den Anschein erweckt, er werde als dessen Erfüllungsgehilfe tätig, und wenn beim VN bei vernünftiger Einschätzung genau dieser Eindruck entstanden ist, der VM habe im Namen des VU gehandelt⁵³.

Erteilt das VU dem VM gar **Vollmacht** zum Abschluss von Versicherungsverträgen mit dem VN, so wird der VM insoweit **jedenfalls** damit zu dessen **Vertragsgehilfen**.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Verhalten des VM dem VU als dessen **Erfüllungsgehilfen** nur ausnahmsweise zuzurechnen ist, sodass das **VU dem VN für Fehler des VM grundsätzlich nicht einzustehen** hat. Der VM haftet dem VN idR vielmehr selbst.

5. Die Eigenhaftung des Versicherungsmaklers (als Erfüllungsgehilfe des VU) und des Versicherungsagenten

Handelt der VM nach den soeben dargestellten Grundsätzen ausnahmsweise als Erfüllungsgehilfe des VU, so nimmt er insoweit **ausschließlich Pflichten** des VU als seines **Geschäftsherrn** wahr, ohne selbst dem VN gegenüber unmittelbar von vorvertraglichen bzw vertraglichen Pflichten betroffen zu sein⁵⁴.

Der **Erfüllungsgehilfe haftet neben dem Geschäftsherrn** nur dann, wenn er **entweder selbst ein ausgeprägtes wirtschaftliches Interesse am Vertragschluss hat**⁵⁵ **oder wenn er in besonderem Maß persönliches Vertrauen** in Anspruch genommen und die **Verhandlungen** damit **beeinflusst** hat⁵⁶, etwa deshalb, weil er sich auf besondere Sachkunde oder außergewöhnli-

⁵² Krejci, ÖJZ 1983, 149.

⁵³ ecolex 1997, 151, und Kletecka, Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84.

⁵⁴ Wie erwähnt, ist etwa auch das **Verschulden** an den Maßstäben des **Geschäftsherrn** zu messen.

⁵⁵ OGH v 27.1.99 3 Ob 301/97d = RIS-E 52665 (03A03017); SZ 62/160; SZ 57/37. Das bloße **Provisionsinteresse des VM** ist dafür **zu wenig** (VersR 1993, 227; VersR 1991, 1052). **Voraussetzung** einer solchen **Eigenhaftung** ist eine derart **enge Beziehung zum Vertragsgegenstand**, dass der Erfüllungsgehilfe gleichsam **in eigener Sache** tätig wird und – **wirtschaftlich** – als **Herr des Geschäfts** anzusehen ist (VersR 1990, 157 ua).

⁵⁶ OGH v 27.1.99 3 Ob 301/97d = RIS-E 52665 (03A03017); SZ 62/160; SZ 57/37; SZ 56/135. ZB wenn Erfüllungsgehilfe **freundschaftliche Beziehungen** zum VN unterhält und der VN **Kenntnis von dessen besonderem Fachwissen** hat (VersR 1992, 50; VersR 1993, 227; Prölss-Martin, 333).

che persönliche Zuverlässigkeit⁵⁷ berufen hat. Während die Judikatur das Vorliegen dieser Voraussetzungen beim **Versicherungsagenten** regelmäßig **verneint**⁵⁸, liegen sie **beim VM**, der ohnehin nur ausnahmsweise Erfüllungsgehilfe des VU ist, im übrigen aber wesentlich selbständiger als ein Versicherungsagent agiert, praktisch **in allen Fällen vor**, nimmt er doch zumindest in besonderem Maß das **Vertrauen des VN**, aber auch **des VU in Anspruch**⁵⁹.

Im Bereich des **Handelsrechts** – das hier von Bedeutung ist⁶⁰ – ordnet Art 8 Nr 11 Abs 1 EVHGB im übrigen ganz generell an, dass, wer als **Vertreter** auftritt, **ohne Vertretungsmacht** zu besitzen („falsus procurator“), dem **Vertragspartner selbst**, und zwar nach dessen Wahl auf **Erfüllung oder Schadenersatz** wegen Nichterfüllung **haftet**, sofern **der Vertragspartner den Mangel weder kannte noch kennen musste** (Abs 3). Hat der „Vertreter“ den **Mangel selbst nicht gekannt**, so **gebührt** dem VN bloß das **Vertrauensinteresse**. Diese Norm ordnet damit ausdrücklich auch die Haftung des **als „Vertreter“** (ohne tatsächliche Vollmacht) **agierenden VM** (bzw selbstständigen VA) an, wogegen dieser bei Fehlberatung nur aus den vorher genannten besonderen Gründen selbst haftet.

Der **VM kann sich** in solchen Fällen der **Haftung** also **kaum je entziehen**: Selbst wenn er ausnahmsweise als Erfüllungsgehilfe des VU auftritt, tritt die Haftung des VU nur **neben** seine eigene, ohne sie auch nur teilweise zu ersetzen. In der **Mehrzahl** der Fälle **haftet er** dem VN darüber hinaus ohnehin **unmittelbar für sein Fehlverhalten** (aus dem Maklervertrag).

⁵⁷ Dh, es muss **mehr** als jenes **Vertrauen** sein, das **jeder** in seinen Vertragspartner setzt, wie etwa außergewöhnliche Sachkunde, persönliche Zuverlässigkeit, Einflussmöglichkeit auf die Vertragsabwicklung oder Zahlungszusage (SZ 62/160). JBl 1990, 322; VersR 1992, 50.

⁵⁸ Etwa VersR 1986, 33; 1987, 351; 1989, 44; 1991, 1052.

⁵⁹ Fenyves, Haftung des Versicherungsmaklers, 7.

⁶⁰ Der **falsus procurator haftet** stets nach Art 8 Nr 11 EVHGB, **wenn** das von ihm geschlossene Geschäft bei Zutreffen der Vertretungsmacht ein **Handelsgeschäft wäre**; da das **VU** bzw der **VM** immer **Kaufmann** ist, wäre der **Versicherungsvertrag** (zumindest **einseitiges**) **Handelsgeschäft** (Schumacher in Straube, HGB², Art 8 Nr 11 Rz 3 mwN).

2. Teil

Die fehlerhafte Beratungsleistung

A. Culpa in contrahendo

Die Verpflichtung zur Leistung von **Schadenersatz** kann – wie bereits gesagt – **zweierlei Quellen** entspringen: Einmal der Verletzung **allgemeiner gesetzlicher** Verhaltenspflichten, die **jedermann** gegenüber bestehen (**Deliktshaftung**), und zum anderen der Verletzung der dem **Vertragspartner** gegenüber bestehenden spezifischen **vertraglichen (Haupt- und Neben-)Pflichten (Vertragshaftung)**: Die **vertragliche** Haftung ist **für den Geschädigten** im Vergleich zur Deliktshaftung entschieden **günstiger**.

Nun gibt es Haftungsfälle, die Gemeinsamkeiten mit der Vertragsverletzung aufweisen, sodass die bloß deliktische Haftung wenig befriedigend wäre: Das gilt va dann, wenn bereits ein **rechtsgeschäftlicher Kontakt** und damit ein besonderes **Naheverhältnis** zwischen den Parteien im Sinne einer **Sonderbeziehung** besteht, **ohne** dass es schon zum **Abschluss** eines Vertrags gekommen wäre.

Das **ABGB** sieht zwar **keine explizite Regelung** für diese Grauzone schadenersatzrechtlicher Verantwortlichkeit vor, doch haben Lehre und Rsp im Wege der **Rechtsanalogie** aus einer Reihe einzelner Bestimmungen⁶¹ doch bald den **Rechtssatz** entwickelt, **potentielle Vertragspartner träten allein schon mit der Aufnahme solcher rechtsgeschäftlicher Kontakte in ein beiderseitiges Schuldverhältnis ein**, das sie zu **gegenseitiger Rücksichtnahme bei der Vorbereitung und beim Abschluss** des Geschäfts **verpflichte**⁶². Dieses vorvertragliche Schuldverhältnis entsteht **unabhängig vom Willen** der Parteien und **unabhängig davon**, ob es in der Folge **tatsächlich zum Vertragschluss** kommt⁶³. Es ist ein Schuldverhältnis **ohne Hauptleistungspflichten**⁶⁴, das zum Schutz des **gegenseitigen Vertrauens** der Vertragspartner⁶⁵ umfassende Schutz-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten beinhaltet, deren schuldhaftige Verletzung in gleicher Weise **schadenersatzpflichtig** macht wie die Verletzung **vertraglicher** Pflichten selbst.

⁶¹ §§ 248, 866, 869, 874, 878 Satz 3, 932 Abs 1.

⁶² JBl 1995, 522 mwN.

⁶³ Dazu allgemein *Franz Bydlinski*, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, JBl 1995, 477 u 558.

⁶⁴ JBl 1976, 205.

⁶⁵ ecolex 1990, 688.

Von besonderer Bedeutung ist dabei die **wechselseitige Verpflichtung zur Aufklärung** der Verhandlungspartner über alle Umstände, die für die **Entscheidung** des anderen Teils **maßgeblich** sind und einem (gültigen) **Vertragsabschluss zuwiderlaufen** (können). Wenngleich für den echten Vertreter entwickelt, trifft diese Haftung gleichermaßen den **Verhandlungsführer ohne Abschlussvollmacht**⁶⁶.

So ist es auch unstrittig, dass das **VU** für die **Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gegenüber den Versicherungsinteressenten durch seine Versicherungsagenten einzustehen** hat⁶⁷, **wogegen diese Aufklärungspflichten den VM aus dem Maklervertrag mit dem VN unmittelbar treffen, sodass er für deren Verletzung auch unmittelbar einzustehen hat.** (Der VM haftet auch für seine Mitarbeiter als seine Erfüllungsgehilfen!)

B. Zum Begriff des Versicherungsmitarbeiters

Versicherungsagenten **beraten** Interessenten **und vermitteln** Versicherungs- und sonstige Verträge („Vermittler“, „Betreuer“, Vermittlungsagenten), sind idR jedoch **nicht** mit **Abschlussvollmacht** (Abschlussagenten) ausgestattet. Die Bezeichnung „Versicherungsvertreter“ trifft daher ieS nur auf **wenige Agenten wirklich zu**. Auch die Bezeichnung „Vermittler“ wird deren Funktion in Wahrheit selten gerecht, weil sie zwar – wie erwähnt – mangels entsprechender Bevollmächtigung kaum jemals selbst Verträge namens des VU schließen können, idR aber doch weit mehr vorkehren, als einfach vorgefertigte Produkte zu vertreiben, indem sie die **Risiken analysieren, die Kunden beraten** und alle nötigen **Erklärungen abgeben**, um die Kunden zum **Vertragschluss zu bewegen**, insb dadurch, dass sie einen – mehr oder minder – **maßgeschneiderten Versicherungsschutz entwerfen**, die Kunden bei der Stellung von **Versicherungsanträgen unterstützen** und die Anträge sodann **an das VU zur Annahme weiterleiten**. Dazu kommt noch die **Betreuung und Beratung während der Vertragslaufzeit**.

Neben den Versicherungsagenten arbeiten noch die **Innendienst- und sonstigen Mitarbeiter**, sodass in der Folge – als Überbegriff – von „**Versicherungsmitarbeitern**“ (= VMit) die Rede sein soll.

⁶⁶ Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970), 108 ff; JBl 1986, 175.

⁶⁷ SZ 48/52, SZ 57/94, SZ 64/189; RdW 1986, 271; JBl 1986, 177; VersE 1282 uvm (zuletzt ZVR 1996/98 = VR 1996/408).

C. Der verschärfte Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB

Der VA bzw VM hat seine Beratungs- und sonstigen Tätigkeiten darauf auszurichten, dass er den VN in Wahrnehmung von dessen Interessen **bestmöglich berät** und wie immer geartete **Schäden** auf dessen Seite tunlichst **hintanhält**. **Verfehlt** er dieses Ziel, so stellt sich sogleich die Frage, ob er mit dem gezeigten **Verhalten den in concreto bestehenden Anforderungen Genüge getan hat oder ob ihm ein allfälliger Schaden des Kunden vorzuwerfen ist**. Dazu bestimmt § 1299: Wer – wie das VU bzw der VM – für sich selbst **besonderen Sachverstand** in Anspruch nimmt, hat jenen **Fleiß und jene Kenntnisse** zu verantworten, die auch ein **durchschnittlicher Angehöriger seines Fachgebiets** an den Tag legen kann und würde⁶⁸. Wird das Verhalten dem auf diese Weise objektivierten Maßstab **nicht** gerecht, so kann sich der Betroffene von der Haftung **nicht** einfach dadurch **entlasten**, dass er sich auf das **Fehlen der erforderlichen Qualifikationen beruft**⁶⁹. Somit muss das VU bzw der VM für den **Fleiß, die Aufmerksamkeit und die Kenntnisse des durchschnittlichen ordentlichen VU bzw VM eintreten**, auch wenn es bzw er sich dabei eines Mitarbeiters oder sonstigen Erfüllungsgehilfen bedient; Schlamperei, Leichtsinn und Unwissen entschuldigen gerade nicht⁷⁰.

D. Der fehlerbehaftete Vertragsschluss

1. Vorbemerkung: Der Abschluss des Versicherungsvertrags

Die Gewährung von **Versicherungsschutz gegen Prämie** durch Abschluss eines **Versicherungsvertrags** ist denkbar komplex, die oftmals **geringe Transparenz** ist geradezu sprichwörtlich. Wollte man mit dem Interessenten wirklich **alle Einzelheiten des Deckungsumfangs ausreichend erörtern**, so müsste der Vertragsschluss in vielen Fällen wohl an der **fortgeschrittenen Erschöpfung** der Parteien scheitern⁷¹.

⁶⁸ SZ 58/176; JBl 1985, 625; RdW 1989, 327 = JBl 1990, 48 = SV 1999/1, 21 uam.

⁶⁹ Für viele *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II², Rz 5 zu § 1299.

⁷⁰ *Fenyves*, Versicherungsmakler, 18 mwN.

⁷¹ In diesem Sinne *Krejci*, Konsumentenschutz bei von Agenten oder Maklern akquirierten Versicherungsverträgen, ÖJZ 1983, 143 (141).

Der **Versicherungsvertrag** kommt wie jeder **zweiseitiger Vertrag** grundsätzlich durch **übereinstimmende Willenserklärungen** – **Antrag und Annahme** – zweier Partner (VN und VU) **zustande**. In der Praxis ist der „**Antrag**“ meist eine vom **VU vorbereitete Urkunde**, die der VN – idR eben nach eingehender **Beratung** und unter **Mitwirkung** des **nicht** abschlussbevollmächtigten **VM bzw VA** – **ausfüllt** (bzw ausfüllen lässt) **und unterschreibt**. Mit dem **Zugang** der **Annahmeerklärung** des **VU** bzw der (Einlösung nach) Über-sendung der **Polizze an den VN** wird der **Vertrag perfekt**. Soll der Versicherungs-schutz ausnahmsweise schon **vor** Einlösung der Polizze eingreifen, so be-darf es dazu einer ausdrücklichen „**vorläufigen Deckungszusage**“ durch das **VU**^{72,73}.

Den Versicherungskunden ist dieser **Ablauf vielfach nicht geläufig** und sie wähnen sich daher häufig fälschlicherweise schon **mit der Übergabe des Antrags an den VM bzw VA** (zur Weiterleitung an das VU) als **geschützt**. Dieses Missverständnis auszuräumen, ist gleichfalls **Aufgabe des VM bzw VA**; der (neue) § 1a Abs 2 VersVG⁷⁴ statuiert denn auch – insoweit analog auch auf den VM anwendbar – ausdrück-lich die **Pflicht zur Aufklärung des VN in dieser Richtung**⁷⁵.

2. Abschlussfehler und Beratungsfehler im engeren Sinn

Die Problemfälle, denen das Verfehlen des vom VN gewünschten Versicherungs-schutzes gemeinsam ist, lassen sich im wesentlichen in **zwei Kategorien** gliedern⁷⁶:

- ⇒ **Einerseits** geht es um **Beratungsfehler ieS**, deren zum Trotz der **Versicherungsvertrag** zwar **zustande** kommt, die aber beim VN eine **unzutreffende Vorstellung über Inhalt und Umfang des Versicherungsschutzes** (insb nach den AVB) auslösen, sodass er irrigerweise **glaubt, gewisse für ihn wichtige Risiken seien auch versichert**; seine Enttäuschung löst dann der Eintritt des vermeint-

⁷² Vgl dazu *Messiner*, Die Haftung des Versicherers für die verspätete Bearbeitung von Kasko-Versicherungsanträgen, ZVR 1988, 176.

⁷³ Bei der **Kfz-Haftpflichtversicherung** bewirkt die **Hinterlegung** der **Versicherungsbestätigung** (VB) bei der Zulassungsbehörde kraft ausdrücklicher Sonder-vorschrift (§ 61 Abs 1 KFG) eine **vorläufige Deckungszusage** durch den VU.

⁷⁴ BGBl 1994/509.

⁷⁵ Dazu gleich unten (Pkt 2.b).

⁷⁶ *Lorenz*, Die Haftung des Versicherers für Auskünfte und Wissen seiner Agenten (1993), 71 u 73 unterscheidet zwischen inhaltlich verfehlten Versicherungsverträgen (Problem der vermeintlich gedeckten Versicherungsfälle) sowie der Verfehlung des Vertragsschlusses überhaupt (Dissensfälle).

lich gedeckten „Versicherungsfalls“ aus, der dem VN den Inhalt des Begriffs „Schadensfall“ in seiner eigentümlichen Bedeutung erst erfassen lässt (Näheres unten b).

⇒ Zum **anderen** sind jene Fallkonstellationen zusammenzufassen, bei denen der **Vertragsschluss überhaupt verfehlt** wird; dabei sind wiederum **zwei Gruppen** zu unterscheiden:

- Jene Fälle, in welchen der wirksame Vertragsschluss am **Vollmachtsmangel** scheitert, weil der **VM oder VA** die **Abschlussvollmacht** für das Geschäft **vorgibt, ohne** dass sie ihm **eingräumt** wäre, sowie
- die **Dissensfälle**, in denen die von den Verhandlungsparteien gewollten **Erklärungen** miteinander **nicht übereinstimmen**, bei welchen jedoch – nach jüngster Rechtsprechung⁷⁷ – die §§ 5 Abs 3 und 43 Z 1 VersVG zu Gunsten des VN Abhilfe schaffen (dazu unten a)bb).

Dieser „**vertragslose Zustand**“ ist allerdings nicht selten einer oder gar beiden Parteien selbst **nicht bewusst**; sie nehmen fälschlicherweise an, der Vertrag sei hier und jetzt perfekt geworden

Abschluss- und Beratungsfehler ieS sind letztlich gleichermaßen auf **Beratungsfehler zurückzuführen**: In den ersteren Fällen liegen sie in der mangelhaften Aufklärung des Kunden über das Vorhandensein oder die Grenzen der **Vollmacht oder** über den Inhalt und Umfang der **eigenen** rechtsgeschäftlichen **Erklärungen** des VM oder VA. Hier wie dort wird das **in den VM bzw VA gesetzte Vertrauen** auf dessen Ermächtigung und Kompetenz zur Erteilung von Auskünften in allen Belangen des Versicherungsschutzes **enttäuscht**⁷⁸. Die **Haftung des VM bzw VU** (für die Fehler seines Mitarbeiters) **dem VN gegenüber** ist somit in allen Fällen Haftung für **Sorgfaltsverstöße im vorvertraglichen Raum** (cic).

*Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur*⁷⁹ schlagen demgegenüber für die **Kategorisierung der Haftungsfälle aus cic** in Anlehnung an *Welser*⁸⁰ folgende Unterscheidung vor:

- Haftung wegen **Unterlassung der Aufklärung über die Ungültigkeit** eines rechtsgeschäftlichen Aktes: Wie schon erwähnt, trifft die Kontrahenten im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses die Verpflichtung, einander alle Umstände mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsschluss entgegenstehen⁸¹;

⁷⁷ Seit 7 Ob 270/98a = SZ 72/60 = JBl 1999, 730 = EvBl 1999/156 = VersR 2000, 1174 = ecolex 2001, 361 (Ertl).

⁷⁸ Lorenz, 228.

⁷⁹ *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur*, Schadenersatz in der Praxis, Rz 124 ff.

⁸⁰ *Welser*, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, FS *Kurt Wagner*, 365.

⁸¹ SZ 49/94.

- Haftung wegen Unterlassung der **Beseitigung** der einem Vertragsschluss entgegenstehenden **Hindernisse**;
- Haftung wegen **mangelnder Aufklärung** über die **Beschaffenheit des Leistungsgegenstands** oder die mit der Vertragserfüllung verbundenen **Gefahren**: Zwar besteht keine allgemeine Pflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die von Einfluss auf seinen Entschluss sein könnten, doch ist sie gerade dann zu bejahen, wenn eine Aufklärung nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs zu erwarten war, was **bei Versicherungsverträgen**, die angesichts ihrer Komplexität und ihrer Anpassungsbedürftigkeit im Einzelfall die Aufklärung des Kunden in besonders hohem Maß erfordern, **in weitem Umfang zu bejahen** sein wird;
- Haftung wegen schuldhafter Veranlassung eines **Irrtums** über den eigenen **Abschlusswillen** oder wegen **grundlosen Abbruchs der Vertragsverhandlungen trotz Schaffung einer Vertrauenslage**: Die grundsätzliche Freiheit, Verträge zu schließen, aber auch vom Abschluss nach Gutdünken Abstand zu nehmen, stößt dort an ihre Grenzen, wo der Partner mit dem **Vertragsschluss schon sicher rechnen durfte** und **im Vertrauen darauf vermögenswerte Dispositionen getroffen hat**, so etwa, wenn der VM erklärt, die Zustimmung des VU zur vorgeschlagenen Deckung sei eine „**bloße Formsache**“⁸² und werde selbstverständlich erteilt;
- Haftung bei Verletzung schon **deliktisch geschützter Güter** anlässlich eines rechtsgeschäftlichen Kontakts, wie bei Verletzung von **Verkehrssicherungspflichten** (was hier allerdings kaum in Betracht kommt);
- Haftung einer Person, die als **Stellvertreter** eines Vertragspartners auftritt.

a) Abschlussfehler: Das Scheitern des Vertragsschlusses

aa) Vollmachtsmängel

„**Falsus procurator**“ ist eine Person, die **vorgibt**, als **Vertreter** für einen Dritten einschreiten zu dürfen, **ohne** in Wahrheit von diesem **bevollmächtigt** worden zu sein, hier also ein **nicht abschlussbevollmächtigter VM** oder ein bloßer Vermittlungsagent, der dennoch den **Eindruck** erweckt, zum Abschluss **bevollmächtigt** zu sein. **Gleiches** gilt für die **Überschreitung** einer zwar vorhandenen, aber vom VU nur im beschränkten Umfang erteilten Vollmacht.

Der VM bzw VA ist dem VN gegenüber **verpflichtet**, **Mängel** seiner Vertretungsmacht **offenzulegen**. **Unterlässt** er dies und erleidet der VN daraus einen **Schaden**, hat der VM bzw das VU diesen im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrags erwachsenen Schaden (einschließlich des entgangenen Gewinns⁸³) zu **ersetzen**⁸⁴. **Außerdem haftet der falsus procurator** für den Schaden **selbst**⁸⁵.

⁸² SZ 52/90.

⁸³ Art 8 Nr 2 EVHGB.

⁸⁴ JBl 1978, 32; s auch § 1313a ABGB.

⁸⁵ Dazu unten; VersE 943 = JBl 1980, 535; s auch Art 8 Nr 11 EVHGB und §§ 1009 und 1012 ABGB.

Mangels rechtsgeschäftlich eingeräumter **Abschlussvollmacht** kommt durch die Erklärung des VM bzw VA ein **Vertrag nicht zustande**; vielmehr bedarf es dann einer **ausdrücklichen Annahmeerklärung durch das VU**, zumindest aber dessen **nachträglicher Genehmigung** gem § 1016 ABGB.

Die von der **deutschen** Lehre und Rsp vertretene Auffassung, auch **Zusagen** des **nicht** abschlussbevollmächtigten (!) VM bzw VA seien für das VU **verbindlich**, wurde für den **österreichischen** Rechtsbereich **nicht** geteilt⁸⁶.

Hat das **VU** Abmachungen eines VM oder VA **wiederholt formlos genehmigt**, so **muss** es die Zusage des VM, der VN könne mit der Zahlung der Prämie so lange warten, bis der VM sie bei ihm einhebe, **gegen sich gelten lassen**⁸⁷: Darin liegt die **schlüssige Erteilung einer solchen Vollmacht**, die in ihrer Wirkung der ausdrücklichen Vollmachtserteilung gleichkommt („**Duldungsvollmacht**“). Häufig sind jedoch jene Fälle, in denen die Vollmacht zwar **weder** ausdrücklich **noch** konkludent **erteilt** wurde, beim VN aber durch **Umstände**, die sich das **VU zurechnen** lassen muss, der **begründete Eindruck** entstehen musste, dass eine **Bevollmächtigung vorliegt** („**Anscheinsvollmacht**“⁸⁸). Auch eine solche Anscheinsvollmacht ersetzt in ihren Wirkungen die echte, rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht.

In all diesen Fallkonstellationen **ersetzt** der **erzeugte Anschein** oder die **Duldung des Verhaltens** des VM bzw des VA die **ausdrücklich erteilte Vollmacht**: Der **Vertrag kommt – für den VN wunschgemäß – zustande**, sodass er bei Eintritt des Versicherungsfalls die vertragsgemäße Leistung beanspruchen kann und ihm somit **kein Schaden** erwächst.

Demgegenüber sieht sich das **VU** mit einem **wirksamen Versicherungsvertrag** konfrontiert, der seinen **Interessen zuwiderläuft**, den es daher nicht geschlossen wissen wollte und aus dem es nun Leistungen erbringen muss. Diese Fälle werden später noch näher erörtert werden.

Freilich kann sich **nur** der **gutgläubige VN** darauf berufen, er habe auf die Vollmacht des VM bzw des VA **vertraut und** habe darauf auch **vertrauen dürfen**; daher muss dieses Vertrauen auf ein dem **VU**, und nicht bloß ein dem VM bzw dem VA **zurechenbares Verhalten** zurückzuführen sein. Nur in die-

⁸⁶ RdW 1984, 370; zur Rechtslage in der BRD siehe etwa *Bruck/Möller*, VersVG I, 1029.

⁸⁷ Rsp 1932/72 (Dieser Sachverhalt schlägt zugleich die **Brücke** zu den **Beratungsfehlern** i.e.S., weil er das weitere Problem aufwirft, **wie ein in der Zwischenzeit eingetretener Versicherungsfall** zu handhaben ist; dazu dann unten.)

⁸⁸ VR 1990/184 = Verse 1424.

sem Rahmen wird die tatsächliche rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung ersetzt und der VN in seinem **Vertrauen auf den äußeren Tatbestand geschützt**. Anscheins- bzw Duldungsvollmacht darf allerdings **nicht** ohne weiteres angenommen werden: Im allgemeinen macht etwa schon die **deutliche Bezeichnung „Antrag“** dem VN klar, dass das von ihm unterfertigte Papier **nicht** schon der **Vertrag** ist; wer nur den **Antrag** auf Abschluss des Vertrags **entgegennimmt**, hat regelmäßig **keine Abschlussvollmacht**⁸⁹.

Für **Unternehmer**: Die **Sonderbestimmungen** der §§ 43 ff **VersVG** und des § 10 **KSchG** regeln den **Umfang** der an den VMit erteilten **Vollmacht**: § 43 Abs 2 **VersVG** legt ganz allgemein den **Mindestumfang** der Befugnisse eines **Vermittlungsagenten** fest; die §§ 45 ff haben die Vollmacht des **Abschlussagenten** zum Gegenstand: Die gesetzliche Umschreibung der (Mindest-)Vollmacht **befreit den Versicherungsinteressenten von der Prüfung der Grenzen der Vollmacht** des VMit im Einzelfall; er kann jedenfalls davon ausgehen, dass dieser **zumindest mit der dort umschriebenen Vollmacht ausgestattet** ist. Legt hingegen der VMit dem VN gegenüber **allfällige Beschränkungen** seiner Vollmacht **offen oder** waren solche Beschränkungen für den VN **offenkundig**, sodass der VN die Beschränkungen **kannte** oder sie ihm bei Vornahme des Geschäfts nur aus **grober Fahrlässigkeit** unbekannt blieben, muss er sie **gegen sich gelten lassen** (§ 47 **VersVG**)⁹⁰.

Für **Verbraucher**: Noch **weiter** geht der § 47 letzter Satz **VersVG** zufolge ausdrücklich unberührt gebliebene **§ 10 Abs 1 KSchG**, der für den Regelfall gilt, dass der VN **Verbraucher** iSd § 1 **KSchG** ist: Danach muss er **Beschränkungen** der Vollmacht überhaupt **nur** gegen sich gelten lassen, **wenn** sie ihm **bewusst** waren. **Zur vorläufigen Deckungszusage** ist der **Versicherungsagent** allerdings trotz der Schutzbestimmung des § 10 Abs 1 **KSchG nicht als bevollmächtigt** anzusehen⁹¹.

Bei **grob** fahrlässiger **Unkenntnis** steht dem **VU bloß** ein besonderes **Rücktrittsrecht** zu (§ 10 Abs 2 **KSchG**). § 47 **VersVG** ist daher **nur** noch **für das Unternehmergeschäft** von Bedeutung.

⁸⁹ Vgl JBl 1986, 785 (784).

⁹⁰ **Grob fahrlässig** kann etwa das **Übersehen** eines entsprechend **deutlichen Hinweises auf die Vollmachtsbeschränkungen im Antragsformular** sein. Vgl dazu *Messiner*, ZVR 1988, 177 FN 9 (176), der grobe Fahrlässigkeit mit Recht verneint, sofern dem wenngleich auffälligen Hinweis die ausdrückliche mündliche Erklärung des VMit, er verfüge sehr wohl die entsprechende Vollmacht, entgegensteht.

⁹¹ WBl 1989, 160 = VersE 1416.

Mündliche und schriftliche Zusagen des VMit sind, soweit sie sich im Rahmen der Vollmacht halten, in ihren Wirkungen gleichwertig. Allerdings schreibt das VU seinem Agenten nicht selten ausdrücklich die Schriftform vor, um die Wirksamkeit bloßer mündlicher Zusagen auszuschließen. Das bedarf eines auffallenden Vermerks im Antragsformular, um dem VN gegenüber wirksam zu werden⁹². Auch dem wird beim Verbrauchergeschäft noch ein Riegel vorgeschoben (§ 10 Abs 3 KSchG): Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen kann zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Was der VMit im Rahmen seiner Vollmacht zusagt, gilt also, auch wenn das VU – etwa im Antragsformular – die Schriftform vorsieht.

Der Versicherungsvertrag kommt trotz fehlender rechtsgeschäftlicher Vollmacht in vielen Fällen **aufgrund einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht** des VM bzw VA oder deshalb, weil Vollmachtsbeschränkungen gesetzliche Grenzen gesetzt sind, **zustande**. Der VN kann dann **im Versicherungsfall** die erwünschte **Versicherungsleistung** in Anspruch nehmen. Jedoch ist auch an dieser Stelle zu betonen, dass es sich dabei noch immer nur um – wenn auch sehr bedeutsame – **Ausnahmefälle** handelt und das **Scheitern des Vertragsabschlusses bei Vollmachtsmangel Regelfall** ist. Dann genießt der VN keinen Versicherungsschutz und ist er auf allfällige **Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung** beschränkt. Stets richtet sich die Frage, ob der – durch die vorhandene Vollmacht gedeckte – **Restvertrag gültig bleiben soll**, nach den Kriterien des § 878 Satz 2 ABGB. Demnach wird idR das gesamte Vertragswerk ungültig sein.

bb) Misslungener Vertragsabschluss infolge Dissenses

aaa) Allgemeines

Geben⁹³ die Parteien **Vertragserklärungen** ab, die – zumindest **äußerlich** – übereinstimmen sowie ausreichend **bestimmt** und **verständlich** sind, so besteht zwischen ihnen **KONSENS**; die Annahme entspricht dem Angebot. **Andernfalls** liegt **DISSENS** vor: Das **Geschäft** ist **nicht** zustande gekommen.

⁹² Vgl VersE 1282.

⁹³ Zu all dem vgl nur *Koziol/Welser*, Grundriß II¹² 116 ff.

Ist den **Parteien bewusst**, dass ihre Erklärungen **nicht** übereinstimmen, so ist der Dissens „**offen**“; **sonst** spricht man von „**verstecktem**“ Dissens.

Der Dissens ist vom **Irrtum** streng zu unterscheiden; **ersterer** betrifft die „**äußere Uneinigkeit**“, die dann gegeben ist, wenn die beiden **Willenserklärungen** schon bei **objektiver Betrachtung** – der objektive Erklärungswert ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln – **miteinander nicht übereinstimmen**. Decken sich also Angebot und Annahme nicht, **weil** sie

- **unvollständig** sind (zB der Umfang des zu versichernden Risikos noch offen ist),
- **einander nicht entsprechen** (das Risiko in beiden Erklärungen unterschiedlich umschrieben wird) oder
- **unbestimmt** sind (etwa bei Mehrdeutigkeit und unterschiedlicher Auslegung), so ist das **Rechtsgeschäft nicht zustande** gekommen, sodass an eine Anfechtung wegen **Irrtums nicht** zu denken ist.

Ergeben die **Erklärungen** hingegen **nach außen hin** zwar das Bild eines **einwandfreien Abschlusses**, so ist es doch denkbar, dass **eine Partei (oder beide)** etwas **anderes meinte(n)**, als sie nach objektivem Verständnis ihrer Äußerung erklärt hat (haben). Darin manifestiert sich die **Irrtumsproblematik**: Die betroffene Partei kann dann das an sich (zunächst) wirksam **zustande** gekommene Rechtsgeschäft wegen **Irrtums anfechten oder** dessen **Anpassung** verlangen, wenn sie die Voraussetzungen der §§ 871 f ABGB unter Beweis stellt.

bbb) **Offener** Dissens

Ist den Parteien **bewusst**, dass **Dissens** vorliegt, so ist ihnen von vornherein klar, dass der **Vertragsabschluss gescheitert** ist.

In solchen Fällen kann sich der **VN**, tritt danach der Versicherungsfall ein, nicht einfach auf ein Verschulden des **VM** am Nichtzustandekommen des Vertrags berufen, sondern **muss sich eben anderweitig um Versicherungsschutz** umsehen.

Den **Schaden**, der dem **VN** dadurch erwächst, dass er infolge der mit der mangelhaften Aufklärung verbundenen **Verzögerung** erst später Versicherungsschutz erlangt, hat ihm das **VU** (bei **VA** bzw **bevollmäch-**

tigem VM) bzw der (**nicht** vom VU bevollmächtigte) VM indessen – wegen culpa in contrahendo – **zu ersetzen, wäre bei richtiger Aufklärung der Vertrag und damit die Deckung bereits zu einem früheren Zeitpunkt zustande gekommen**; dazu gehören **Schäden** infolge **Eintritts** des Versicherungsfalls in einem **Zeitpunkt**, in dem er sich trotz sorgfältiger Bemühung anderweitig **keinen** Versicherungsschutz hätte beschaffen können⁹⁴.

ccc) Die Problematik des „versteckten Dissens“ beim Abschluss von Versicherungsverträgen

Zur Verdeutlichung dieser Problematik sollen **Fallbeispiele** vorangestellt werden:

- Die Kläger A und B wollten mit dem VU D einen **Haftpflichtversicherungsvertrag** zur Deckung **aller mit ihrer Schafzucht verbundenen Risiken** abschließen; ausdrücklich wünschten sie auch eine **Deckung** der durch das **Ausbrechen der Tiere aus der Koppel auf die Nachbargrundstücke** verursachten **Schäden** und brachten dies auch dem nicht zum Abschluss von Versicherungsverträgen befugten VA C gegenüber **unmissverständlich zum Ausdruck**. **C sagte die Deckung zu, ohne zu wissen**, dass die Deckung solcher Schäden nach den AHVB 1963 **ausgeschlossen** ist **und ohne** das VU D von den besonderen Wünschen der Kläger **in Kenntnis** zu setzen. **D nahm den Antrag** unter Hinweis auf die AHVB 1963 **an und übermittelte** den Klägern die dementprechende **Polizze** samt Bedingungen. Die Kläger erhoben dagegen keine Einwände. In der Folge **verwüsteten die Schafe das Grundstück eines Nachbarn**. **D lehnte die Deckung** unter Hinweis auf die AHVB 1963 **ab**⁹⁵.
- Die Klägerin wollte eine **zweite Liegenschaft** beim beklagten VU **versichern** lassen, bei dem schon eine andere Liegenschaft „versichert“ war. Sie wandte sich deshalb an ihren „**langjährigen Betreuer**“ und erklärte ihm, sie wolle für die **zweite** Liegenschaft eine Versicherung **wie** bei der **ersten**. Sie wolle das **Haus** auf der **zweiten** Liegenschaft „in Eigenregie“ **umbauen** und darauf eine Halle errichten. Der **Betreuer versicherte** ihr, dass auch das von der gewünschten **Versicherung umfasst** sei. Die Klägerin unterfertigte daraufhin einen nicht ausgefüllten Versicherungsantrag. Der **Betreuer** füllte in der Folge einen entsprechenden Versicherungsantrag für die **erste** Liegenschaft aus, **nahm** aber **irrtümlich** bei der Haftpflichtversicherung für den Haus- und Grundbesitz eine **Erhöhung des Bauherrenrisikos** für Bauarbeiten bis 3 Mio ATS als Zusatzdeckung dort **auf**, wogegen er **vergaß**, diese **Klausel** im Versicherungsantrag für die **zweite** Liegenschaft aufzunehmen. Das VU stellte dementsprechende Polizzen aus. In der **Polizze** für die **zweite** Liegenschaft **fehlte**

⁹⁴ OLG Hamm in VersR 1991, 914 (wegen **unrichtiger bzw mangelhafter Aufklärung** über die Taggeldhöhe bei der Krankenversicherung).

⁹⁵ Sachverhalt in SZ 57/94 = JBl 1986, 177 (*Wilhelm*) = RdW 1984, 370.

daher die **Zusatzdeckung**. Als die Klägerin deshalb den **Betreuer** ansprach, **beruhigte** er sie mit dem Hinweis, dass entsprechender **Versicherungsschutz gegeben** sei. Die **Klägerin vertraute** diesem Hinweis. Im Zuge der Bauarbeiten **stürzte** ein **Handwerker ab**, **verletzte** sich **schwer** und **begehrte** von der Klägerin **Schmerzensgeld** und eine **Rente**. Das beklagte **VU lehnte** die **Deckung** mangels der Klausel im Versicherungsvertrag **ab**⁹⁶.

- Die **Klägerin stellte** für ein von ihr erworbenes Haus **über** den viele Jahre für das beklagte VU tätigen **VA** einen **Antrag auf** Abschluss einer auch die **Leitungswasserschadenversicherung** umfassenden **Bündelversicherung**, die die bestehende Leitungswasserschadenversicherung ersetzen sollte. Über ausdrückliches **Anraten** des **VA** sollte es sich dabei um eine **Neuwertversicherung** handeln, weil dann im Versicherungsfall „**alles ersetzt würde**“. Wäre sie **aufgeklärt** worden, dass im Schadensfall **bloß** der **Zeitwert ersetzt** würde, hätte sie den Antrag **nicht** gestellt. Im verwendeten Formular wurde darauf **hingewiesen**, dass der **Antrag zu** den behördlich genehmigten **Versicherungsbedingungen** gestellt werde. Das VU nahm den Antrag an; nach der Polizza waren der Leitungswasserschadenversicherung Bedingungen zu Grunde gelegt, nach denen zwar **bei Gebäuden** der **ortsübliche Neubauwert** als Ersatzwert gilt, ist der **Zeitwert** dagegen **niedriger als 40% des Neuwerts**, so **gilt** als Ersatzwert der **Zeitwert**. Darauf wurde die Klägerin vom VA **nicht** aufmerksam gemacht. Als es zu einem **Wasserrohrbruch** im versicherten Objekt, dessen **Zeitwert** damals nur mehr **27% des Neuwerts** betrug, kam, **zahlte** das **VU** einen Betrag, der nur wenig mehr als 27% des Schadens betrug, und lehnte weitere Leistungen **ab**⁹⁷.
- **Ähnlich** gelagert sind jene Fälle, in denen der **VN Fragen nach früheren Krankheiten** im Zuge der **gemeinsamen Ausfüllung des Antragsformulars** zwar **wahrheitsgemäß beantwortet**, der **VM bzw VA** aber **erklärt**, derartige Krankheiten seien **unerheblich** und müssten deshalb im Antrag **nicht** vermerkt werden⁹⁸.

In diesen Fällen **entspricht dem schriftlich mit mündlichen Zusätzen gestellten Antrag die Annahme durch das VU nicht**.

Nun kann oder will das **VU** vielfach den bei ihm eingelangten **Antrag** nicht mit dessen Inhalt, sondern bloß **modifiziert** (zB unter Ausschluss verschiedener Risiken) **annehmen**: Stellt es die **Polizze** nach seinen eigenen, **vom Antrag** des VN **abweichenden** Vorstellungen aus,

⁹⁶ Sachverhalt der Entscheidung 7 Ob 270/98a = SZ 72/60 = JBl 1999, 730 = EvBl 1999/156 = VersR 2000, 1174 = ecolex 2001, 361 (Ertl).

⁹⁷ Sachverhalt der Entscheidung 7 Ob 317/99i = EvBl 2000/121 = VersR 2001, 1139 = VR 2001, 98 = ecolex 2000, 719.

⁹⁸ So etwa in VersR 1992, 217; SZ 61/177 = VR 1989, 155 = VersR 1989, 768 = RdW 1988, 452.

so erstattet es damit – nach der Rechtsgeschäftslehre – in Wahrheit ein **Gegenanbot**, das der VN **seinerseits wieder ausdrücklich oder konkludent** (idR durch Zahlung der Erstprämie) **annehmen könnte**. Dabei bleiben diesem jedoch die **Modifikationen** – besonders, wenn sie geringfügig bzw für ihn nicht verständlich sind – **oft verborgen**, sodass er letztlich mit einem **Vertrag** konfrontiert wäre, mit dessen **Inhalt er nicht einverstanden** wäre.

Dieses Dilemma trachtet § 5 VersVG zu entschärfen: Nach dieser Bestimmung kommt der **Vertrag** mit dem **Inhalt** des **Gegenangebots** des VU **nur dann zu Stande, wenn dieses in der Polizze in auffälliger Form auf die Modifikation des Antrags hinweist und der VN nicht binnen eines Monats schriftlich widerspricht**⁹⁹; auch **auf** dieses **Widerspruchsrecht** ist der VN vom VU ausdrücklich **hinzuweisen** (§ 5 Abs 1 und 2 VersVG). **Unterlässt das VU** auch nur einen der geforderten Hinweise, so **gilt der Versicherungsvertrag** trotz der Abweichungen in der Polizze als **mit dem vom VN gewünschten und im Antrag niedergelegten Inhalt zustandegekommen** (Abs 3). Nach allgemeinen Regeln wäre dies ein Dissensfall, den § 5 VersVG im Interesse des VN verhindern will.

Ein **besonderes Problem** bilden in diesem Zusammenhang jene Fälle, in denen der **Antrag** des VN sowohl aus **schriftlichen** wie **auch aus mündlichen Komponenten** (wie bei den wiedergegeben Sachverhalten) zusammengesetzt ist.

Der OGH vertrat **früher**¹⁰⁰ dazu die Auffassung¹⁰¹, § 5 VersVG komme dann **nicht** zur Anwendung, schon weil das VU **von den mündlichen Ergänzungen** mangels Weiterleitung durch den VM bzw VA gar **nichts wissen könne** und schon deshalb außer Stande sei, entsprechend § 5 Abs 2 VersVG **auf die Abweichungen in der Polizze hinzuweisen**. Es komme somit bloß **Dissens** in Betracht:

⁹⁹ Vgl dazu OGH in 7 Ob 47/00p = VR 2001/552 = EFSlg 93967 = ecolex 2001, 887 (Ertl) = VersR 2002, 110: **Enthält** die **Polizze** für den VN teils **günstige**, teils **ungünstige** Abweichungen, oder hängt es vom Lauf der Dinge ab, ob sich eine Abweichung als günstig oder ungünstig erweist, so **hat** das VU gem § 5 Abs 2 VersVG auf diese **Abweichungen hinzuweisen**, **sonst** richtet sich der Vertragsinhalt nach dem **Inhalt des Antrags**.

¹⁰⁰ Das betraf den **ersten** der vorangestellten **Sachverhalte** („Verwüstung durch Schafe“).

¹⁰¹ SZ 57/94 = JBl 1986, 177 (Wilhelm) = RdW 1984, 370.

Habe der VA den VN freilich **nicht** oder nur **ungenügend** über den Umfang der Deckung **aufgeklärt** oder in dessen Fehlbeurteilung **bestärkt**, so **habe** das VU für die **mangelhafte Beratung** durch den VA wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten **einzustehen** (§ 1313a ABGB).

Diese Auffassung stieß im Schrifttum¹⁰² auf **Kritik**.

Nun vertritt auch der **OGH** die **Auffassung**¹⁰³, ab dem **Zugang** des **Versicherungsantrags beim VA** (bzw bei dem von ihm bevollmächtigten VM) sei der Antrag angesichts dessen **Empfangsvollmacht** dem **VU zugegangen**, sodass **dieses** (das **VU**) das **Risiko falscher** oder **unvollständiger** Übermittlung der Antragsdaten **treffe**. Dieses Ergebnis werde durch die Novellierung des § 44 VersVG „augenfällig unterstützt“, wurde doch damit ausdrücklich normiert, dass sich das VU die Kenntnisse eines „bloßen Vermittlungsagenten“ dort zurechnen lassen müsse, wo dieser Kraft seiner Vollmacht gem § 43 Z 1 VersVG zur Entgegennahme von Versicherungsanträgen bevollmächtigt sei, maW, der Ausschluss der Wissenszurechnung gelte nicht für Erklärungen des VN, zu deren Entgegennahme der VA gem § 43 VersVG bevollmächtigt war. Trage somit das VU das Risiko der falschen oder unvollständigen Übermittlung von Versicherungsanträgen, so habe das zur Folge, dass **auch** dann, **wenn** der **Antrag** des VN auf Abschluss eines Versicherungsvertrags gegenüber dem VA oder im Zusammenwirken mit diesem **mündlich ergänzt** wurde, **ohne** dass diese **Ergänzung** dem **VU zur Kenntnis** gelangte, dessen ungeachtet die Abs 2 und 3 des § 5 VersVG **anzuwenden** seien. Da in diesen Fällen das VU nicht gem § 5 Abs 2 VersVG vorgehen werde bzw gar nicht dazu in der Lage sei, **sei** gem Abs 3 der – **mündlich ergänzte – Inhalt** des **Versicherungsantrags als vereinbart anzusehen**.

Es **scheint** nur so, als ob das **Ergebnis gleich bleibe**, gleichviel, ob man der **Dissenslösung** den Vorzug gäbe **oder** den Fall über § 5 VersVG löste:

¹⁰² *Wilhelm* in der Glosse zu JBl 1986, 177 (179); *Lorenz*, Die Haftung des Versicherers für Auskünfte und Wissen seiner Agenten, 196 f.

¹⁰³ 7 Ob 270/98a = SZ 72/60 = JBl 1999, 730 = EvBl 1999/156 = VersR 2000, 1174 = ecolex 2001, 361 (*Ertl*); 7 Ob 134/99b = VersR 2001, 923 = RdW 2000, 731 = ecolex 2001, 888 (*Ertl*); 7 Ob 314/99i = VersR 2001, 1403 = VR 2002, 79 = RdW 2000, 731 = RdW 2001, 524 (*Reisinger*); 7 Ob 317/99i = VersR 2001, 1139 = VR 2001, 98 = EvBl 2000/121 = ecolex 2000, 719.

Bei **schadenersatzrechtlicher Liquidation** kann das VU immerhin den **Mitverschuldenseinwand** (§ 1304 ABGB) erheben, was bei dessen Erfolg eine entsprechende **Anspruchskürzung** zur Folge hat¹⁰⁴. Derlei hat der VN **bei der Konsensfiktion nach § 5 Abs 3 VersVG nicht** zu befürchten.

b) Die fehlerhafte Beratung ieS

Beratungsfehler unterlaufen zwar zumeist **im Vorfeld des Vertragsschlusses**, sind aber **auch** noch **später** (während des Versicherungsverhältnisses, etwa bei Änderung des Risikos oder nach Eintritt des Versicherungsfalls) **denkbar**.

Die Beratungsfehler **vor** Vertragsschluss sind idR **nicht** derart **schwerwiegend**, dass das Zustandekommen des Vertrags schon an sich in Frage gestellt wäre. Bei weitem **häufiger** sind jene Fälle, in denen der **schriftliche Antrag** und die **Polizze** zwar **äußerlich übereinstimmen**, der vom Vertrag verschaffte **Versicherungsschutz** aber **hinter den Erwartungen des VN zurückbleibt**, obwohl diese gerade **vom VM bzw VA durch dessen Beratung geweckt**, zumindest aber **nicht zerstreut** wurden.

Welche **Anforderungen an die Aufklärungspflichten** des VM bzw VA zu stellen sind, kann nur im Einzelfall anhand der konkreten Interessenlage und in welchem **Umfang** die Aufklärung dem VM bzw VA **zumutbar** ist, bestimmt werden:

So kann der VM bzw VA **nicht** zur Korrektur **jeglicher Fehlvorstellung** des VN verhalten sein, bleiben ihm doch solche Vorstellungen häufig überhaupt verschlossen. Trotz weit gezogenen Pflichtenkreises des VM bzw VA, der zumeist einen **erheblichen Informationsvorsprung** vor dem VN hat, dürfen die Anforderungen an den Berater **nicht derart überspannt** werden, dass sich der VN praktisch **in jedem Fall erfolgreich auf eine Verletzung von Aufklärungspflichten** und deren **schadenersatzrechtlichen Konsequenzen berufen** könnte.

¹⁰⁴ Vgl nur etwa den Verfahrensausgang zu SZ 57/94, worin der OGH dem VN die **Obliegenheit zu sorgfältigem Studium der Versicherungsbedingungen sowie zur sorgfältigen Prüfung der Polizze** dahin, ob sie mit jenen **übereinstimme**, auferlegt (in casu: **gleichteiliges Verschulden**).

Wäre dem so, so könnte er den VM bzw das VU in weit größerem Umfang in Anspruch nehmen, als dies bei anderen Verträgen möglich wäre.

So ist es grundsätzlich **Sache des VN**, den **Wert der zu versichernden Sache anzugeben** (und bei Unsicherheiten die Hilfestellung durch den VM/VA zu verlangen); dabei darf sich der VM bzw VA zumal dann auf die **Angaben des VN verlassen, wenn** dieser selbst **sachkundig** ist¹⁰⁵.

Bei **offensichtlichen Fehlvorstellungen des VN** oder, wenn die **Ermittlung des Versicherungswerts** bekanntermaßen **schwierig** ist¹⁰⁶, ist der VM bzw VA zu zumutbarer **Aufklärung verpflichtet**, sofern der VN **nicht** ohnehin **Sachverständige beizieht**¹⁰⁷.

Gleiches gilt, wenn für die Bewertung standardisierte Unterlagen zur Verfügung stehen, die eine problemlose Bewertung vom Schreibtisch aus ermöglichen.

Desgleichen hat der **VN** von sich aus zu **ermitteln, welche Deckung er braucht**. Der VM bzw VA hat aber **erkannte Deckungsbedürfnisse zu berücksichtigen und in ein passendes Deckungskonzept einzubeziehen** (§ 28 Z 1 MaklerG)¹⁰⁸.

Ein vom VM bzw VA beigezogener **SV** zur Schätzung des Versicherungswertes ist allerdings dessen **Erfüllungsgelhilfe**.

Der **Umfang der Beratungspflicht** ist im Einzelfall von der **Intensität der Beziehungen** zwischen VMit und VN abhängig:

Der **langjährige persönliche Betreuer** hat – ähnlich wie der Makler – die **neu ausgestellte Polizze nach** einer Vertragsänderung¹⁰⁹ **und** überhaupt von Zeit zu Zeit die **bestehenden Verträge** auf deren **Aktualität zu überprüfen** und dabei auch sein privates Wissen über die Verhältnisse beim VN einfließen zu lassen.

Von einem **VMit**, der **mit dem VN bloß aus Anlass der Vertragsverhandlungen in Kontakt** getreten ist, kann va beim Verkauf von **Standardprodukten** eine derart intensive Betreuung (noch) **nicht verlangt** werden.

¹⁰⁵ VersR 1992, 49.

¹⁰⁶ VersR 1989, 472.

¹⁰⁷ VersR 1993, 1226.

¹⁰⁸ VersR 1981, 621.

¹⁰⁹ Matusche, Pflichten und Haftung des Versicherungsmaklers (1991)², 91.

Allein schon die **unterschiedlichen regionalen Gepflogenheiten** (va der Gegensatz zwischen städtischem Bereich und ländlichem Raum) nehmen auf die gebotene **Beratungsintensität** großen **Einfluss**.

Der persönliche Betreuer hat gewiss auch den VN bei der **Abwicklung eines Schadensfalls zu unterstützen** und für eine **ordnungsgemäße Anzeige des Versicherungsfalls** zu sorgen.

Erklärt der VMit bzw VA, der VN müsse sich um **nichts kümmern**, er werde schon alles machen, übernimmt er damit gegenüber dem VN eine besondere **Verpflichtung**, für die **Durchführung** der beantragten **Erhöhung der Versicherungssumme** zu sorgen und allenfalls gar die **Prämie selbst vorzuschießen**¹¹⁰; das gilt auch für den VM.

Gegenstand der **vorvertraglichen Aufklärungspflicht** sind nach der Rsp

- ⇒ **alle Vertragspunkte**, von denen der VN **erkennbar eine falsche Vorstellung** hat¹¹¹, und
- ⇒ überhaupt **alle Umstände**, die dem **Vertragszweck entgegenstehen**¹¹², wie etwa, dass das fragliche **Risiko** in seiner konkreten Gestalt¹¹³ **nicht versicherbar** war oder der **zeitliche Beginn der Deckung**, aber immer **nur dann, wenn** die Fehlvorstellung des VN **erkennbar** war (und nicht etwa auch dann, wenn sich beide Teile nicht einig werden).

Obligatorisch ist die **Information über** die Möglichkeit der **vorläufigen Deckung bei erkennbar unverzüglich erforderlichem Versicherungsbeginn** oder **wenn der VN erkennbar meint**, der **Versicherungsschutz** setze schon mit der **Unterfertigung des Antrags ein**¹¹⁴:

- Der VN gab sein **kaskoversichertes Fahrzeug beim Kauf eines neuen in Zahlung** und äußerte dabei die **Meinung**, der **Versicherungsschutz** aus dem alten Vertrag ginge wohl **automatisch auf das neue Fahrzeug über**. Der **VMit bestärkte ihn** in dieser irrigen Ansicht und **holte für das neue Auto keine vorläufige Deckungszusage ein**¹¹⁵.

¹¹⁰ ZBl 1923/283.

¹¹¹ ZVR 1991/121 = VR 1990/210 = VersR 1991, 87 = SZ 62/187 = VersE 1452; ähnlich JBl 1986, 178 (177) mwN: Äußert der Antragsteller eine **unzutreffende Meinung**, hat sie der **VM bzw VA richtigzustellen**.

¹¹² VersR 1979, 709 ua.

¹¹³ VersR 1960, 228 mit Anm Wahle; VersR 1977, 758.

¹¹⁴ RdW 1986, 271 = VersE 1271 = VR 1987/50; VR 1990, 254; idS **nunmehr § 1a Abs 2 VersVG nF** (dazu weiter unten).

¹¹⁵ SZ 64/189 = ecolex 1992, 624 = RdW 1992, 367 = VR 1992/279.

- Desgleichen wurde die Ersatzpflicht des VU wegen Nichteinholung einer vorläufigen Deckungszusage bejaht, obwohl der VN bei Ausfüllung des Kaskoantrags erklärt hatte, er wolle mit dem Auto sofort verreisen¹¹⁶.
- Der VN wollte für sein Lager eine Einbruchdiebstahlsversicherung abschließen; das Risiko wurde vorläufig gedeckt. Die endgültige Deckung wurde vom Einbau zusätzlicher Sicherungseinrichtungen abhängig gemacht. Da sich der VN dagegen sträubte, bestärkte ihn der VMit in der in Wahrheit nicht begründeten Erwartung, der Vertrag werde auch so zustandekommen. Nach dem Auslaufen der vorläufigen Deckung wurde im Lager eingebrochen, die Schadenersatzpflicht wurde bejaht, weil der VMit den Kunden auf das drohende Auslaufen der vorläufigen Deckung hätte aufmerksam machen müssen und den endgültigen Vertragsschluss nicht hätte derart optimistisch einschätzen dürfen¹¹⁷.
- Ersatzpflichtig macht auch die Auskunft des VM bzw VMit, der Antrag sei bereits angenommen worden, obwohl dem VN noch keine Polizze zugekommen war¹¹⁸, ebenso die unrichtige Auskunft, die Kriterien für eine Deckung seien erfüllt¹¹⁹.
- Auf mögliche deckungslose Zeiträume zwischen Kündigung eines Vor- und Abschluss eines Neuvertrags ist, namentlich bei Kündigungsempfehlung durch den VM bzw VMit¹²⁰, ganz allgemein deutlich hinzuweisen; auch hat sich der VM bzw VMit zu bemühen, solche Zeiträume tunlichst zu vermeiden.
- Aufklärungsbedürftig ist auch der räumliche Geltungsbereich des Versicherungsschutzes¹²¹: Der aus Kleinasien stammende – die deutsche Sprache nur sehr eingeschränkt beherrschende – VN hatte die Ausstellung einer Kleinen Grünen Karte, die für den asiatischen Teil der Türkei gerade nicht ausreicht, beantragt¹²².
- Risikoausschlüsse¹²³ und deren Umfang sind dann zum Gegenstand eingehender Beratung zu machen, wenn der VN seine Fehlvorstellung (auch wenn die Bedingungen selbst klar und verständlich sind) zum Ausdruck bringt¹²⁴.

¹¹⁶ ZVR 1991/121 = VR 1990/210 = VersR 1991, 87 = SZ 62/187 = VersE 1452.

¹¹⁷ VersR 1985, 932 = BGHZ 94, 363.

¹¹⁸ VersR 1986, 329.

¹¹⁹ VersR 1976, 432.

¹²⁰ VersR 1979, 709.

¹²¹ ZVR 1991/108 = VersR 1992, 200.

¹²² ZVR 1991/108 = VersR 1992, 200; ecolex 1995, 475.

¹²³ VersR 1963, 768 = BGHZ 40, 22 = NJW 1963, 1978; SZ 57/94 = JBl 1986, 177 (mit Anm Wilhelm).

¹²⁴ VersR 1987, 579.

- Auch auf die Möglichkeit der Abdingung von Risikoausschlüssen muss der VM bzw VMit hinweisen¹²⁵: Der VN plante eine Urlaubsreise mit einem Wohnmobil nach Italien und wollte deshalb eine Reisegepäckversicherung abschließen. Nach den AVB mussten wertvolle Gegenstände in einem mit Schloss gesicherten und versperrten Kofferraum aufbewahrt werden, das Wohnmobil besaß jedoch einen solchen nicht. Der OGH bejahte eine Verpflichtung des VM bzw VMit, nach Treu und Glauben auf die Kofferraumklausel hinzuweisen, nach der Wertgegenstände in Wohnmobilen nicht versicherbar waren¹²⁶.
- Ähnlich: Auch der Hinweis auf die Nichtdeckung von Vandalismusschäden an einem freistehenden, völlig eingerichteten, aber nicht betriebenen Hotelanwesen ist erforderlich¹²⁷.
- Der VM bzw VMit hat dem VN tariflich vorgesehene Erweiterungsmöglichkeiten des Versicherungsschutzes zu empfehlen, wenn dieser erkennbar umfassenden Schutz (vor Gewässerschäden infolge Einwirkungen einer Anlage) sucht¹²⁸; er braucht aber nicht auf solche Risiken hinweisen, für die der Tarif gar keine Deckung vorsieht¹²⁹.
- Der VMit muss darauf hinwirken, dass der VN zu neuen AVB abschließt, wenn diese seinen Interessen dienen, ohne dass das Risiko auf Seiten des VU erhöht wird¹³⁰.
- Hat das VU vorläufige Deckung zugesagt, aber die Erstprämie gestundet, hat es bei deren Einforderung deutlich auf die Rechtsfolgen der Unterlassung unverzüglicher Prämienzahlung hinzuweisen. Eine Mahnung ohne diesen Hinweis ist unwirksam¹³¹.
- Meint der VN etwas anderes, als er sagt, weil ihm etwa Fachausdrücke nicht geläufig sind, so hat der vom VMit erkannte wahre Wille Vorrang und kann sich das VU nicht mit Erfolg auf die tatsächliche, vom wahren Willen abweichende Äußerung berufen¹³².

¹²⁵ VersR 1977, 927.

¹²⁶ JBl 1985, 167 = SZ 57/78 = VersR 1985, 651: Der OGH löste diesen Fall über **§ 864a ABGB**, sodass diese **Klausel nicht Vertragsbestandteil** geworden sei und der VN unmittelbar aus dem Vertrag Leistung begehren könne.

¹²⁷ VersR 1994, 1169.

¹²⁸ VersR 1993, 1385.

¹²⁹ Prölss-Martin, 329.

¹³⁰ VersR 1982, 37.

¹³¹ VersR 1967, 569 = BGHZ 47, 352; ZVR 1970/10; VersR 1973, 811; ZVR 1976/376 = VersR 1977, 195; VersR 1982, 864.

¹³² Lorenz, 200.

- Der VM bzw VMit hat den VN darauf aufmerksam zu machen, dass dieser einer Personengruppe angehört, die einen Sondertarif in Anspruch nehmen kann¹³³, wie überhaupt die unrichtige Information über die Prämiengestaltung verpönt ist¹³⁴: Für den Kläger, einem Beamten, hätte eine preislich wesentlich günstigere Variante einer Zusatzkrankenversicherung zur öffentlichen Krankenversicherung bestanden: Ihm war die deshalb überhöhte Prämie schadenersatzrechtlich zu erstatten¹³⁵.
- Auch für Ermittlungsfehler des VM bzw VMit – etwa das Errechnen einer falschen Prämie – ist einzustehen. Wurde zwar eine überhöhte Prämie verrechnet, entspricht der Versicherungsschutz aber den Erfordernissen des VN, so ist lediglich der Überbetrag der Prämie zurückzuzahlen (§ 51 VersVG). Anders liegen die Dinge, wenn der Fehler des VM bzw VMit zur Einstufung in eine niedrigere Versicherungsklasse oder zu einer Unterversicherung des VN führt, sodass dieser im Schadenfall keine volle Deckung erlangt („Einrede der Unterversicherung“ nach § 56 VersVG): Die Differenz zwischen der Leistung aus dem „richtigen“ Versicherungsvertrag und der dann höheren Prämie ist ihm aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen. Droht aufgrund einer von einem versicherungsrechtlichen Laien nur schwer durchschaubaren Rechtslage eine Unterversicherung, ist der VN entsprechend aufzuklären¹³⁶.
- Der VN ist zwar verpflichtet, alle ihm bei Abschluss des Vertrags bekannten und für die Übernahme der Gefahr durch das VU erheblichen Umstände anzuzeigen (§ 16 VersVG), doch ist diese Obliegenheit des VN insoweit zum Gegenstand der Beratung durch den VM bzw VMit zu machen, als sie vom VM bzw VMit beim Verhandlungsgespräch zu erheben oder auch Inhalt von Fragebögen ist, die der VN zwar auszufüllen, bei deren Ausfüllung ihn der VM bzw VMit aber zu unterstützen hat. Missverständnisse des VN sind nach den dargestellten Regeln auszuräumen. Der VM bzw das VU haftet, wenn der (Vers)Mitarbeiter bzw VM wahrheitswidrig erklärt, die Beantwortung der einen oder anderen dieser Fragen sei für das VU nicht von Interesse¹³⁷.
- Ist sich der VMit selbst nicht im klaren, ob gewisse Vorerkrankungen in den Antrag aufzunehmen sind, hat er Rücksprache beim VU zu halten, anstatt einfach auf deren Aufnahme in den Antrag zu verzichten¹³⁸: Der VN wollte eine Berufsunfähigkeitszusatzversicherung

¹³³ VersR 1981, 621; 1985, 985.

¹³⁴ ZBl 1909/397.

¹³⁵ ecolex 1994, 532 = ecolex 1995, 473.

¹³⁶ VersR 1994, 342.

¹³⁷ SZ 52/65, VersR 1990, 260; 1991, 450.

¹³⁸ VersR 1994, 585.

abschließen und teilte dem VMit wahrheitsgemäß mit, er habe psychosomatische Beschwerden und sei bereits mehrfach in stationärer Behandlung gewesen; der VMit kreuzte dennoch die Frage nach Vorerkrankungen mit „nein“ an. Das VU trat nach Bekanntwerden dieser Umstände vom Vertrag zurück¹³⁹. Der BGH löste diesen Fall nicht ausschließlich über das Schadenersatzrecht¹⁴⁰, sondern verwehrte dem VU die Berufung auf die Anzeigepflichtverletzung wie auch das Rücktrittsrecht.

- Ähnlich entschied der OGH¹⁴¹: Der VN schilderte dem VMit eingehend die Unfallfolgen aus einem Vorschadensfall, der VMit vermerkte mit dem Hinweis, das sei ohne Bedeutung, im Antrag aber nur „in Behandlung“. Den VN treffe kein Verschulden an der Anzeigepflichtverletzung, wenn er bei unklaren oder schwierig zu beantwortenden Fragen der Belehrung und Beratung durch den VMit folgte, zumal er mündlich ohnehin die richtige Auskunft erteilt hatte. Ein Rücktritt des VU vom Vertrag sei daher ausgeschlossen¹⁴². Anders wurde der Fall entschieden, in dem sich der VN eines VM bediente, diesem auch Vollmacht zur Ausfüllung des VersAntrags erteilte, der VM aber Fragen des VU ohne Rücksprache mit dem VN fahrlässig unrichtig beantwortete: Der OGH wies die Klage des VN gegen das VU mit der Begründung ab, dass sich in diesem Fall der VN das Verhalten des VM zurechnen lassen müsse und daher das VU zurecht vom Vertrag zurückgetreten sei und ausserdem die Deckung wegen Obliegenheitsverletzung abgelehnt habe¹⁴³.

Diese Gedanken sind **verallgemeinerungsfähig** und wurden auch in anderen Entscheidungen aufgegriffen:

Die gleichartige Lösung vieler Fälle **fehlerhafter Aufklärung** durch den VMit geht dahin, dass **dem VN** als Folge der Verletzung dieser Verpflichtung die ordnungsgemäße **Leistung aus dem Versicherungsvertrag zugebilligt** wird.

Leistet das VU aufgrund des Versicherungsvertrags, so hat der VN selbst allerdings **unmittelbar keinen Schaden**. Für die Frage der **Haftung des VMit** ist dies hingegen von Bedeutung, weil in solchen Fällen aus dem Verhalten des VMit **Geschädigter nicht der VN, sondern das**

¹³⁹ VersR 1992, 217.

¹⁴⁰ Vgl die Parallelen zu den oben dargestellten Abschlussfehlern, in denen – wie hier – das vom BGH so bezeichnete „**Auge-und-Ohr-Prinzip**“ zum Tragen kommt: **Was dem VMit gesagt wird, gilt als dem VU gesagt, gleichgültig, ob es der VMit in den Antrag schreibt oder unter den Tisch fallen lässt.**

¹⁴¹ SZ 61/177 = VR 1989, 155 = VersR 1989, 768 = RdW 1988, 452.

¹⁴² So nunmehr ausdrücklich § 16 Abs 3 VersVG idF BGBl 1994/509.

¹⁴³ OGH v 26.7.00 7 Ob 134/99b = RIS-E 58618 (07A01349).

VU ist, das aus einem Vertrag, den es nicht geschlossen hätte, erfolgreich in Anspruch genommen werden kann. Beim (nicht vom VU bevollmächtigten) **VM** sind diese Fälle über den **Schadenersatz** zu lösen.

An dieser Stelle ist auf **§ 1a Abs 2 VersVG**¹⁴⁴ idF BGBl 1994/509 hinzuweisen, der es nunmehr – im Einklang mit der bisherigen Judikatur – dem **VU ausdrücklich zur Pflicht** macht, den **VN** beim Ausfüllen des (mittels Formblatts des VU zu stellenden) Antrags (auf Abschluss eines Versicherungsvertrags) darauf **hinzuweisen**, dass **mangels** Gewährung der **vorläufigen Deckung vor** dem **Zugang** einer gesonderten **Annahmeerklärung oder der Polizze** noch **kein Versicherungsschutz** besteht. Kann das **VU** einen solchen **Hinweis nicht beweisen**, so **hat es** den begehrten **Versicherungsschutz ab Zugang des Antrags an ihn zu gewähren, sofern es Risiken dieser Art überhaupt deckt**. Auch hier kann durch das Verhalten des **VMit**, der den geforderten Hinweis unterlässt, beim **VU** ein **unmittelbarer Schaden** eintreten, wogegen der **VN**, wie von ihm gewünscht, Versicherungsschutz genießt.

Hat aber der **VN** den **Versicherungsantrag** auf einem von ihm **selbst** beschafften Formular **ohne** zutun des **VU** gestellt, so **entfällt** die sein **Rücktrittsrecht** (gem § 5b Abs 2 VersVG) auslösende **Verpflichtung** des **VU** zur **Übermittlung** einer **Kopie** des **Versicherungsantrags** **samt den Versicherungsbedingungen**¹⁴⁵.

Der **VM** wird, **unterlässt** er die **Belehrung** des Kunden, diesem gegenüber wegen Verletzung (vor-)vertraglicher Sorgfalts- und Aufklärungspflichten **schadenersatzpflichtig**.

Gleichfalls **nicht** bloß über das **Schadenersatzrecht** gelöste Fälle, in denen der **VN** vielmehr die **Versicherungsleistung beanspruchen kann**:

- Das **VU** ist verpflichtet, den **VN** bei einer **unwirksamen Kündigung** über deren Mangel zu **belehren**; sonst muss es sich so behandeln lassen, als wäre **wirksam** gekündigt worden¹⁴⁶.
- Hat das **VU** **vorläufige Deckung** gewährt, aber die **Erstprämie gestundet**, so hat es bei deren **Einforderung deutlich auf die Rechtsfolgen der Nichteinzahlung hinzuweisen**: Eine Mahnung **ohne** diesen Hinweis ist **unwirksam**¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Für Kfz-Haftpflichtversicherungsverträge gilt diese Bestimmung **nicht** (§ 20 KHVG).

¹⁴⁵ 7 Ob 175/99g = SZ 72/120 = VersR 2000, 47 = ecolex 2001, 362 (Ertl).

¹⁴⁶ VersR 1977, 999.

¹⁴⁷ VersR 1967, 569 = BGHZ 47, 352; VersR 1973, 811.

- Kommt es aufgrund einer von einem versicherungsrechtlichen Laien nur schwer durchschaubaren Rechtslage zu einer Unterversicherung, so ist er über sie und deren Folgen entsprechend aufzuklären; dem VU wird der Einwand der Unterversicherung als wider Treu und Glauben erhoben verwehrt¹⁴⁸.
- Auch der schon geschilderte „Kofferraumklauselfall“: Der Ausschluss der Deckung der von nicht in einem Kofferraum verwahrten Wertgegenstände ist gem § 864a ABGB unwirksam¹⁴⁹.
- Das VU bzw der VMit hat beim VN rückzufragen, wenn diesem bei der Schadensanzeige ein offensichtlicher Irrtum unterlaufen ist; sonst kann sich das VU auf eine Verletzung der Anzeigepflicht nicht berufen¹⁵⁰.

Die **letztgenannte** Entscheidung betrifft **nicht** mehr das **vorvertragliche** Geschehen, sondern bereits das laufende Vertragsverhältnis: Wie schon angedeutet, enden die **Schutzpflichten** des VM bzw VMit keineswegs mit dem Vertragsschluss, sondern **dauern bis zum Ende des Vertragsverhältnisses**:

- Der VN, unter Umständen aber auch der zurückbleibende Gatte, der sich nach dem Auszug des VN aus der gemeinsamen Wohnung erkennbar noch für versichert hält, ist über die wahren Verhältnisse aufzuklären¹⁵¹.
- Ebenso ist der mit mehreren Prämien in Verzug befindliche VN, der in der Folge nur eine Prämie zahlt und sich nun wieder geschützt wähnt, auf die Rechtsfolgen des bleibenden Verzugs hinzuweisen¹⁵².
- Die rechtsirrtümliche Regulierung eines nicht gedeckten Schadens verpflichtet das VU zur Leistung auch bei künftigen gleichartigen Schäden, wenn sich der VN bei Aufklärung auf andere Weise Versicherungsschutz hätte beschaffen können¹⁵³.

¹⁴⁸ VersR 1994, 342.

¹⁴⁹ SZ 57/78 = JBl 1985, 167 = VersR 1985, 651 („überraschende/versteckte“ Klausel).

¹⁵⁰ VersR 1980, 159.

¹⁵¹ VersR 1984, 431.

¹⁵² VersR 1963, 374; 1974, 121.

¹⁵³ VersR 1978, 1133.

c) Exkurs

Die Haftung für telefonische Auskünfte¹⁵⁴

Telefonische Auskünfte sind gerade in der Versicherungsbranche weit **verbreitet und üblich**. Va Anfragen zum **Deckungsumfang** bestehender oder erst abzuschließender Versicherungsverträge sind an der Tagesordnung. Fernmündliche Auskünfte sind als durchaus usuell nicht anders als **persönlich erteilte Auskünfte** zu behandeln. Gleiches gilt wohl auch für **unübliche** Auskünfte, zumal der VN regelmäßig gar **nicht erkennen** kann, **ob und inwiefern ihm** dabei eine **Auskunft außerhalb der bestehenden Usancen erteilt wird**; vielmehr ist es Sache des VMit bzw VM bzw dessen Mitarbeiter, die **Grenzen telefonischer Auskünfte abzustecken** und sich demgemäß bei Erteilung erwünschter Auskünfte zu verhalten.

Allerdings ist zu beachten, dass telefonische Auskünfte viel eher noch die **Gefahr von Irrtümern** in sich bergen, weil **keine umfangreichen Überlegungen** angestellt werden können und idR auch **nicht alle wesentlichen Entscheidungsgrundlagen** greifbar sind. Dessen muss sich auch der die Auskunft Erheischende im klaren sein. Ganz allgemein kann daher gesagt werden, dass **telefonische Auskünfte weit eher als unverbindliche, vorläufige Mitteilungen zu verstehen sind**, doch ist es angezeigt, das dem Anrufer auch klar zu machen.

3. Schaden und Kausalität

Die nachteiligen Konsequenzen fehlerhafter Auskünfte sind regelmäßig **reine Vermögensschäden**¹⁵⁵. **Meist** zeigen sich die Auswirkungen **erst bei Eintritt des Versicherungsfalls**, weil sich nun das VU weigert, vertragliche Leistungen zu erbringen, und der VN den Schaden, um dessen Folgen abzuwenden, er den Versicherungsschutz gerade erwerben wollte, entgegen seinen gerechtfertigten Erwartungen im eigenen Vermögen tragen muss¹⁵⁶. **Manchmal** erwachsen dem VN Schäden aber auch **schon früher**, so etwa, wenn er im Vertrauen auf einen bestimmten Versicherungsschutz **Dispositionen** vornimmt, die nun **nutzlos** sind.

¹⁵⁴ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 73 ff.

¹⁵⁵ Anders etwa der Fall in ZVR 1988/70: Der VN erhält die Auskunft, er könne trotz eines **Motorbrands weiterfahren**. Er rollt auf der Autobahn aus und verursacht dabei einen **Auffahrunfall**.

¹⁵⁶ Lorenz, 241.

Eine Schadenszufügung ist iSd **Äquivalenztheorie** **kausal**, wenn sie **nicht weggedacht** werden kann, ohne dass zugleich auch der **Schadenseintritt entfiel**, bzw – wenn das rechtswidrige Verhalten in einer **Unterlassung**, etwa der gebotenen **Aufklärung**, besteht – das **rechtlich gebotene Verhalten** den Eintritt des Schadens **verhindert** oder doch dessen Wahrscheinlichkeit **verringert** hätte¹⁵⁷. Die Kausalität ist zu **verneinen**, wenn der VN **auch bei richtiger Aufklärung nicht anders gehandelt** hätte. Die Kausalität wird in solchen Fällen freilich **prima facie vermutet**¹⁵⁸.

Die Grenzen zwischen Handeln und Unterlassen sind gerade bei Beratungsfehlern (falsche bzw keine Beratung) fließend.

Für **nicht adäquat** verursachte Folgen des rechtswidrigen Verhaltens, nämlich solche, für deren Eintritt das Verhalten an sich ungeeignet wäre und es nur durch **außergewöhnliche Verkettung** von Umständen zum Schaden kam, wird **nicht gehaftet** (allerdings kaum praktisch!)¹⁵⁹.

Art und Umfang des Ersatzes ergibt sich beim Schadenersatz aus der **Verletzung vorvertraglicher Pflichten** aus diesen selbst im Anschluss an eine strenge Kausalitätsprüfung: Es ist die Frage zu stellen, was geschehen oder nicht geschehen wäre, **hätte** der Schädiger, wie es von ihm zu verlangen war, gehandelt (dh **aufgeklärt**). Zumeist gebührt bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten nur das **negative Vertragsinteresse** (Ersatz des **Vertrauensschadens**): Der VN ist vom VU bzw VM so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtenverletzung **nicht** begangen worden wäre. Der Vertrag wäre auch bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht in der vom VN gewünschten Form zustandegekommen und es hätte daher auch keine Erfüllungspflicht bestanden, die hätte verletzt werden können: Der VMit bzw VM hat **keine Vollmacht** zum Vertragsschluss oder die im Inhalt fälschlich umschriebene **Klausel leistet** den ihr zugeordneten **Deckungsumfang nicht**. Dem VN sind nur jene Schäden zu ersetzen, die ihm **im Vertrauen** auf das Bestehen der gewünschten **Deckung erwachsen** sind; nach Art 8 Nr 2 EVHGB iVm § 343 Abs 1 HGB umfasst der Ersatzanspruch – unabhängig vom Verschuldensgrad – **auch den entgangenen Gewinn**.

Gerade die weiter oben behandelten Fallkonstellationen führen freilich nicht selten im Ergebnis zur **Haftung für das Erfüllungsinteresse**, die den VN so stellt, als ob der von ihm gewünschte **Vertrag zustandegekommen** wäre. Dadurch, dass der VN **überzeugt** wurde und auch überzeugt sein durfte, den konkret ins Auge gefassten **Versicherungsschutz erworben** zu haben, wurde er daran **gehindert, anderweitig** – richtige – **Vorsorge zu treffen**: So wäre es etwa bei richtiger Prämienberechnung nicht zur **Unterversicherung** gekommen und der VN hätte

¹⁵⁷ JBl 1993, 316, uva.

¹⁵⁸ Dazu gleich unten.

¹⁵⁹ Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur, Rz 12.

im Versicherungsfall die **volle Leistung** aus dem Vertrag beanspruchen können. Diese Leistung wird ihm nun im Wege eines Schadenersatzanspruchs zugebilligt, doch muss er sich die **ersparten Prämien im Wege des Vorteilsausgleichs abziehen** lassen¹⁶⁰. Eine solche Schadensliquidation setzt allerdings voraus, dass der angestrebte **Schutz auf dem Markt überhaupt erhältlich** ist.

Im „**Schaf-Fall**“¹⁶¹ stellte der OGH an die Kausalität keine strengen Anforderungen und zog den Schadensbegriff weit: Bei entsprechender Aufklärung über die mangelnde Deckung der Schäden **hätte der VN eine entsprechende Zusatzversicherung** abgeschlossen und er sei deshalb so zu stellen, wie wenn ein solcher Zusatzvertrag bestanden hätte; er erkannte ihm im Ergebnis das **Erfüllungsinteresse** zu. Später¹⁶² wurde dieser weite Begriff zurückgenommen und – bei ähnlichem Sachverhalt – der Zuspruch des Erfüllungsinteresses mit dem Hinweis verneint, der **VN habe nicht dargetan, dass er die begehrte Deckung tatsächlich** (im Wege einer Zusatzvereinbarung oder bei einem anderen VU) **bekommen hätte**.

Ein Wort noch zur **fehlerhaften Anlageberatung**: Das VU hat nicht die Versprechen des VMit wahrzumachen, sondern den VN so zu stellen wie im Falle der von ihm ergriffenen **Alternative** (etwa: der Sparbuchzinsen)¹⁶³.

4. Die Verteilung der Beweislast

Steht die **Verletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenpflichten**¹⁶⁴ einschließlich jener aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis zur Diskussion, so hat der behauptetermaßen **Geschädigte** den **tatsächlichen Schaden** (inkl Höhe) sowie das **rechtswidrige Verhalten** und dessen **Kausalität** (hier: der mangelhaften Aufklärung) zu **beweisen**, wogegen das **Verschulden** des Schädigers vom Gesetz (§ 1298 ABGB) **vermutet** wird. Es liegt daher am Schädiger, diese Vermutung im Einzelfall durch den Nachweis fehlenden Verschuldens (zB des VMit als Erfüllungsgehilfen¹⁶⁵) zu widerlegen¹⁶⁶. Den Beweis für das Vorliegen

¹⁶⁰ Vgl dazu die Fälle von Vergabeverstößen: SZ 61/90; ecolex 1995, 95.

¹⁶¹ JBl 1986, 177 = SZ 57/94 = RdW 1984, 370.

¹⁶² Etwa in RdW 1986, 271. Siehe aber auch schon JBl 1985, 167 = SZ 57/78 = VersR 1985, 651 (Kofferraumklauselfall), wo das Höchstgericht einem deutlich engeren Begriff anhängt.

¹⁶³ Welser, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, ecolex 1995, 82 (79).

¹⁶⁴ JBl 1991, 453: Es gelten dieselben Beweisregeln.

¹⁶⁵ JBl 1985, 239; 1986, 789.

¹⁶⁶ „In der Praxis bedeutet der erhöhte Sorgfaltsmaßstab iVm der Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens (§ 1298), dass die Entscheidung über die Haftung de facto bereits auf der **Rechtswidrigkeitsebene** erfolgt. Ist einmal die **Pflichtverletzung bejaht**, dann ist der **Verschuldensvorwurf** also idR **kaum mehr zu entkräften**“ (so Fenyves, Die Haftung des Immobilienverwalters, WoBl 1992, 220 [213]; ebenso Franz Bydlinski, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 348 [341]).

grober Fahrlässigkeit hat nach der Rsp ebenfalls der **Geschädigte** zu führen. Daran hat sich auch durch die Neufassung des § 1298 ABGB durch BGBl I 6/1997 nichts geändert¹⁶⁷.

Bei der **Kausalität** der mangelhaften Aufklärung geht es va um die schon erörterte Frage, ob der VN **bei richtiger Aufklärung** beim selben VU oder auch anderswo **Versicherungsschutz in der** von ihm **gewünschten Form erlangt hätte**¹⁶⁸.

Die **deutsche** Rsp hat daher schon früh die Regel entwickelt, bei der **Kausalität** müsse – unter Stützung auf § 282 BGB – eine **Beweislastumkehr** eingreifen: Der Aufklärende müsse beweisen, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßer Aufklärung entstanden wäre, der VN sich also selbst über einen korrekten Hinweis hinweggesetzt oder nirgendwo anders Deckung gefunden hätte¹⁶⁹. Misslinge ihm dieser Beweis, sei die Kausalität der mangelhaften Beratung anzunehmen.

Im **österreichischen** Rechtsbereich behilft man sich mit dem **Anscheinsbeweis**, mit dem sich ähnliche Ergebnisse erzielen lassen: Wohl ist der VN **mit dem Beweis der Kausalität belastet**, doch kann er sich zunächst mit dem Dartun **eines typischen Kausalverlaufs** (hier etwa, dass der VN vernünftigerweise dem Rat des VM bzw VMit gefolgt wäre) **begnügen**, solange das VU bzw der VM nicht den Entkräftungsbeweis antritt, also einen Ablauf dartut, der gleichermaßen wahrscheinlich ist.

Typischerweise spricht die Aufnahme von Vertragsverhandlungen und damit das Eintreten in Beratungen dem Anschein nach dafür, dass VN und VU zu den üblichen Konditionen abzuschließen bereit sind. Der **Kausalzusammenhang zwischen fehlerhafter Aufklärung und unzureichendem Versicherungsschutz liegt deshalb auf der Hand**¹⁷⁰, sofern das VU bzw der VM nicht beweist, dass bei „richtiger“ Beratung –

¹⁶⁷ So ausdrücklich JBl 1997, 390.

¹⁶⁸ Vgl VersR 1994, 1169.

¹⁶⁹ VersR 1985, 931 = BGHZ 94, 366; weitere Nachweise bei *Emmerich* in *Rebmann-Säcker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II² (1985), vor § 275 BGB Rz 91 FN 247; *Prölss-Martin*, 331; vgl auch *Lorenz*, 72. In diesem Sinne auch die **deutsche wie österreichische Rsp zur fehlerhaften Anlageberatung**: Die **Kausalität** der fehlerhaften Beratung für die Disposition **wird vermutet** (*Welser*, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, *ecolex* 1995, 79; *Arendts*, Die Haftung der Banken für fehlerhafte Anlageberatung nach der neueren deutschen Rechtsprechung, *ÖBA* 1994, 251).

¹⁷⁰ *Lorenz*, 88, mwN (FN 561).

etwa wegen **zu hoher Prämien** – **kein** Vertrag geschlossen worden wäre¹⁷¹. In praxi wird meist nur der Beweis gelingen, dass der VN wegen **Mittellosigkeit** nicht hätte zahlen können¹⁷².

Als Beispiel diene eine Anlehnung an den Fall des türkischen Staatsangehörigen, der nur eine **Kleine** Grüne Karte beantragte, obwohl diese für Kleinasien nicht galt: Kein vernünftiger Mensch wird daran zweifeln, dass er sich die **Große** Grüne Karte besorgt hätte, wäre er nur richtig beraten worden¹⁷³.

Ebenso hätte jener reiselustige VN zweifellos die **vorläufige Deckung** für seinen BMW begehrt, wäre er nicht fälschlich dahin beraten worden, dass er ohnehin ab Antragstellung versichert sei¹⁷⁴.

Ebenfalls wird die **Erfüllungsgehilfeneigenschaft des VMit**, der im Namen des VU auftritt, als solche prima facie **vermutet**¹⁷⁵.

Noch ein Wort zu den schon besprochenen Fällen **mündlicher Zusatzanträge** bzw der vorvertraglichen Anzeigepflicht des VN und deren Erfüllung durch **mündliche Angaben**, die **vom VMit nur unzureichend weitergeleitet** bzw **nicht in den schriftlichen Antrag aufgenommen** wurden: Hier wird die **Beweislast für die fehlende interne Weiterleitung dem VU auferlegt**, weil eine solche Weiterleitung erwiesenermaßen geäußelter mündlicher Zusatzanträge prima facie vermutet wird. Der **Beweis für die tatsächliche Äußerung bleibt beim VN**¹⁷⁶.

5. Mitverantwortlichkeit des Versicherungsnehmers

Hat der **Geschädigte selbst sorglos gehandelt** und damit auch einen Beitrag zum Schadeneintritt geleistet, **verringert** sich sein **Schadenersatzanspruch** entsprechend (§ 1304 ABGB). Tritt das Fehlverhalten des VN dabei gegenüber jenem des VU gänzlich in den Hintergrund, ist es zu **vernachlässigen**; sein Anspruch erfährt keine Kürzung. Im umgekehrten Fall ist die **Versagung** des geltendgemachten Anspruchs denkbar¹⁷⁷. Wenngleich an das Verhalten des VN **keine allzu strengen Anforderungen** zu stellen sind und er dem VM bzw VMit im allgemei-

¹⁷¹ VersR 1972, 530; JBl 1987, 521.

¹⁷² So Fenyves, VersR 1985, 805 (797).

¹⁷³ ZVR 1991/108 = VersR 1992, 200; ecolex 1995, 475.

¹⁷⁴ ZVR 1991/121 = VR 1990/210 = VersR 1991, 87 = SZ 62/187 = VersE 1452; weitere Beispiele bei Lorenz, 237.

¹⁷⁵ Vgl Fuchs-Wissemann, Erfüllungsgehilfeneigenschaft und Beweislast, VersR 1996, 686.

¹⁷⁶ RdW 1987, 153 = VersR 1988, 199 (vgl Lorenz, 195).

¹⁷⁷ ZVR 1996/98 = VR 1996/408.

nen durchaus **vertrauen darf**, zumal er sich diesem gegenüber in einem **wesentlichen Informationsdefizit** befindet, darf er aber auch einem **offensichtlich uninformierten VM bzw VMit nicht grenzenloses Vertrauen** entgegenbringen¹⁷⁸, zumal dann, wenn zB die „Aufklärung“ den gleichzeitig **vorliegenden insoweit eindeutigen AVB widerspricht**¹⁷⁹.

Die Judikatur zu Fragen des Mitverschuldens ist naturgemäß von der Einzelfallgerechtigkeit bestimmt¹⁸⁰:

- Dem VN wird es zur Pflicht gemacht, sich **nicht blindlings auf die Zusagen des VM bzw VMit zu verlassen**, sondern die übersandten AVB zu studieren und die **Polizze** auf ihre **Übereinstimmung mit dem Antrag zu prüfen**¹⁸¹.
- Das muss umso mehr dann gelten, wenn das VU bereits anlässlich eines **früheren Schadensfalls** auf die **mangelnde Deckung** gleichartiger Risiken **aufmerksam** gemacht hat¹⁸². Mitentscheidend ist stets, **wieweit** die **AVB eindeutige Aussagen** treffen¹⁸³.
- **Anders** liegt der Fall des der deutschen Sprache kaum mächtigen **türkischen VN**: Das Nichtdurchlesen der AKHB begründet allenfalls ein **vernachlässigbares Mitverschulden**¹⁸⁴.
- Der VN darf der **Zusicherung** des VM bzw VMit, der **Antrag**, den er diesem zur Weiterleitung übergeben hat, **sei schon angenommen** worden, obwohl noch **keine Polizze** ausgestellt wurde, **grundsätzlich Glauben schenken**, er muss sich von der Richtigkeit der Zusage **nicht** auch noch durch unmittelbare **Rückfrage** an das VU überzeugen¹⁸⁵.
- **Verzögert** sich die **Bearbeitung** des Antrags beim VU, so trifft den VN aber dann ein **Mitverschulden**, wenn er sich um dessen Schicksal **lange Zeit nicht** mehr **kümmert**¹⁸⁶. **Urgenzen** beim VU werden allerdings **nicht** verlangt; **Nachfragen beim VM bzw VMit** sind im Regelfall ausreichend¹⁸⁷.

¹⁷⁸ Ein **erkannter** oder **erkennbarer Vollmachtsmangel** wird sogar die **Zurechenbarkeit** einer Vollmachtshandlung **unterbinden** und damit eine **Haftung** gegenüber dem VM überhaupt **ausschließen** (vgl. *Strasser in Rummel*, § 1017 Rz 23).

¹⁷⁹ VersR 1951, 172; 1981, 274; 1981, 927, uvm.

¹⁸⁰ Weitere Nachweise bei *Prölss-Martin*, 325 ff, 332, 334.

¹⁸¹ JBl 1986, 177 = SZ 57/94 = RdW 1984, 370: **Verschuldensteilung 1:1**; vgl. auch ZVR 1996/98 = VR 1996/408.

¹⁸² Ebendort.

¹⁸³ BGHZ 40, 22; *Lorenz*, 73, 87.

¹⁸⁴ ZVR 1991/108 = VersR 1992, 600.

¹⁸⁵ VersR 1986, 329.

¹⁸⁶ *Messiner*, ZVR 1988, 177 (176).

¹⁸⁷ VersR 1986, 329.

- Der VN darf sich **nicht blindlings** darauf **verlassen**, dass seine Wünsche entsprechend Eingang in den Antrag finden, und den **Antrag einfach ungelesen unterfertigen**. Schöpft er selbst dann **keinen** Verdacht, wenn die vorgeschriebene **Prämie** nach dem vermeintlich abgeschlossenen Vertrag **nicht** stimmen kann, so ist seine **Sorglosigkeit fahrlässig**¹⁸⁸.
- Bei einer für versicherungsrechtliche Laien **schwer durchschaubaren Rechtslage hat das VU** den VN zwar darüber entsprechend **aufzuklären**, doch fällt dem VN, wenn er es an der erforderlichen **Mitwirkung** an der Herbeiführung einer **umfassenden Aufklärung** fehlen lässt, ein – wenn auch **geringes** – **Mitverschulden** zur Last¹⁸⁹. Gegebenenfalls muss sich der VN auch das **Wissen seines Rechtsvorgängers** (zB über den wahren Versicherungswert) **entgegenhalten** lassen¹⁹⁰. **Vertraut** der VN **trotz eigener Fachkenntnis** und **trotz vorhandener Bedenken** einfach auf die vermeintlich **besseren Kenntnisse des VMit bzw VM** (hier: über die Beantwortung des Gesundheitsfragebogens, wobei der VN nicht auf der vollständigen schriftlicher Beantwortung besteht), so trifft ihn ein **Mitverschulden**¹⁹¹. Weiß der VN selbst offenbar **besser Bescheid** als der VM bzw VMit, so kann eine **Haftung** des VU bzw des VM sogar **entfallen**¹⁹².

Die Beratung durch den **Makler** hat **ganz allgemein höheren Anforderungen** zu genügen als jene durch angestellte Versicherungsvermittler, sodass dessen **Mitverschuldenseinwand** wohl **nur** in Ausnahmefällen (etwa bei besonderer Sachkunde des VN) Erfolg haben kann¹⁹³.

E. Besondere Pflichten des Versicherungsmaklers

Das **MaklerG** (BGBl 1996/262) unterzieht die **Rechte und Pflichten des VM** erstmals einer eingehenden Regelung¹⁹⁴. Grundlegend Neues bringt es freilich nicht, vielmehr handelt es sich um eine Kodifizierung der bisherigen verstreuten Rechtsgrundlagen einschließlich Geschäftsgebrauch und Vertragspraxis und – vor allem – der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze¹⁹⁵.

¹⁸⁸ ZVR 1996/98 = VR 1996/408.

¹⁸⁹ VersR 1994, 342.

¹⁹⁰ VersR 1992, 49.

¹⁹¹ VersR 1992, 50.

¹⁹² VersR 1992, 49.

¹⁹³ Fenyves, Versicherungsmakler, 19.

¹⁹⁴ Zur bisherigen Rechtslage *Dünser*, Die Verantwortung des Maklers gegenüber seinem Kunden, Österreichs Wirtschaft, Sondernummer 1988, 23.

¹⁹⁵ *Jabornegg*, VR 1996, 109.

Neben dem **allgemeinen** Teil (§§ 1 bis 15) gelten die Vorschriften über den **Handelsmakler** (§§ 19 bis 32), die auch **spezifische Vorschriften über den VM als Sonderform des Handelsmaklers** enthalten (§§ 26 bis 32).

Umschrieben werden die Aufgaben des VM auch in der **Berufsordnung der Versicherungsmakler** vom 14.9.1993, die zwar **keine** verbindliche Norm ist, aber bei der **Vertragsauslegung** im Sinne des § 914 ABGB als Übung des redlichen Verkehrs von Bedeutung ist¹⁹⁶.

Gemäß § 27 Abs 1 wird der VM – wie bereits erwähnt – zwar **wie der Handelsmakler für beide Parteien tätig**, gleichwohl hat er **vorrangig** die **Interessen des VN** (den das MaklerG „Versicherungskunden“ nennt) zu wahren¹⁹⁷. Abs 2 verhält ihn dazu, sich gegenüber dem VN **nach Kräften um die Geschäftsvermittlung zu bemühen und nach Abschluss des Maklervertrags unverzüglich ein geeignetes VU zu suchen** („**Betätigungspflicht**“). Gegenüber dem VU besteht hingegen nach der allgemeinen Vorschrift des § 4 Abs 1 **keine** solche Vermittlungspflicht.

Kernstück der Neuregelung ist der mit „Wahrung der Interessen des Versicherungskunden“ überschriebene **§ 28**; der erste Satz sowie die Z 1 bis 3 dieser Bestimmung und § 27 sind zugunsten des VN zwingend ausgestaltet (§ 32). Zugunsten von Verbrauchern sind auch die Z 4 (über den Tätigkeitsnachweis und Aushändigung verschiedener Urkunden) und Z 5 (Prüfung der Polizze) **zwingend** (§ 31 Abs 2 KSchG). Insoweit schaffte das MaklerG gegenüber der bis dahin geltenden Rechtslage doch auch Neuerungen.

§ 28 **verpflichtet** ganz ausdrücklich den **VM zur Aufklärung und Beratung des VN über den zu vermittelnden Versicherungsschutz**, was darunter va zu verstehen ist, wird in den Z 1 – Z 7 (von welchen die ersten drei nur zu Lasten des VM abgeändert werden können) **näher** ausgeführt:

Die Bestimmung trägt damit dem Grundsatz Rechnung, dass der VM sein **Fachwissen in allen Phasen des Maklervertragsverhältnisses dem VN zur Verfügung stellen** muss, um dem VN laufend **alle denkbaren Handlungsoptionen** darzulegen.

¹⁹⁶ Dazu für viele *Sonja Bydlinski*, Maklerrecht (1997), 58.

¹⁹⁷ Im **Verhältnis** des VN zum VU wird daher das Verhalten des **VM der Sphäre** des VN zugerechnet (OGH 29.5.00, 7 Ob 314/99y und vom 26.7.00, 7 Ob 134/99b = RdW 2000, 721).

tionen an die Hand zu geben und ihm auf diesem Wege **selbständige Entscheidungen zu ermöglichen**. Je spezialisierte dabei ein Versicherungsmakler ist oder sich zumindest gibt, **desto höher** sind die an ihn zu stellenden **Sorgfaltsanforderungen**.

⇒ Die **Pflicht zur Erstellung einer angemessenen Risikoanalyse und eines angemessenen Deckungskonzepts** (§ 28 Z 1) klingt umfassender, als sie vielleicht gemeint ist, richtet sie sich doch nach den näheren Umständen des jeweiligen konkreten Vermittlungsauftrags: Stellt etwa die Verschaffung des passenden Versicherungsschutzes **für ein Kfz bloß geringe Anforderungen** an die Tätigkeit des VM, so werden bei der **Risikoverwaltung eines Großunternehmens aufwendige Analysen** nicht zu umgehen sein.

⇒ Nach § 28 Z 2 hat der VM die **Solvenz des VU** im Rahmen der Makler zugänglichen **Fachinformationen zu beurteilen**; dabei darf er sich gewiss auf die **Wirksamkeit der Versicherungsaufsicht verlassen** und muss erst bei Anzeichen einer möglichen Zahlungsschwäche aktiv werden.

Bei VU aus **Drittländern** wird er **nähere Informationen einzuholen** haben.

⇒ § 28 Z 3 enthält mit der **Verpflichtung zur Vermittlung** des nach den Umständen des Einzelfalls „bestmöglichen“ **Versicherungsschutzes** (sog „**best advice**“) die weitestreichend, zugleich aber am wenigsten konkrete Verhaltensmaßregel. Der VM hat demnach **alle Facetten des Preis-Leistungs-Verhältnisses ins Kalkül zu ziehen**, ist doch der **billigste** Versicherungsschutz **nicht** stets auch der **beste**.

Neben der **Prämiengestaltung** spielen etwa die **fachliche Kompetenz des VU**, die Erfahrungen über die Gestion bei der **Schadensabwicklung**, dessen Bereitschaft zu **Kulanzleistungen**, die **Laufzeit** des Vertrags und die Möglichkeit von **Schadenfallskündigungen** durch das VU eine Rolle¹⁹⁸. Die **Bequemlichkeit** des Maklers, dessen nicht auf rationalen Erwägungen beruhende **Vorliebe** für bestimmte VU oder gar das **eigene Provisionsinteresse** dürfen für seine Betreuung **keine** Rolle spielen. Lediglich bei der Wahl zwischen objektiv **gleich** attraktiven Varianten darf er auch seine eigenen Interessen wahrnehmen.

¹⁹⁸ Fenyves, Versicherungsmakler, 16 f.

Für „gewöhnliche“ Aufträge wird die Kenntnis und Berücksichtigung des regionalen **österreichischen** Marktes genügen, **nicht aber auch für Großprojekte** weitreichender Dimension. Der VM kann allerdings nach § 28 Z 3 **seine Tätigkeit auf bestimmte Produkte oder örtliche Märkte einengen**, sofern er diesen Umstand **ausdrücklich dem VN bekanntgibt** und sachlich gerechtfertigte Gründe dafür sprechen, der VM diese Beschränkung also **nicht bloß deshalb** vornimmt, um sein **Haftungspotential** zu **verringern**. Sachlich gerechtfertigt ist eine Einschränkung etwa im Hinblick auf bloß **begrenzt** zur Verfügung stehende **Zeit**, etwa nach Beendigung eines Versicherungsverhältnisses, um die zeitliche **Deckungslücke** möglichst abzukürzen.

- ⇒ Nach § 28 Z 4 ist der VM zur **Information** des VN verhalten, namentlich zur **Mitteilung** über **alle** für ihn vorgenommenen **Rechtshandlungen** wie die in seinem Namen **abgegebenen Willenserklärungen**, zur **Aushändigung** einer Durchschrift der schriftlichen **Vertragserklärung** (Antrags), zur Ausfolgung der **Polizze** im Anschluss an deren Überprüfung (§ 28 Z 5) sowie zur Aushändigung der **Bedingungen** und der Bestimmungen über die Festsetzung der **Prämie** (Zahlungsweise [¼- oder ½-jährlich etc], Indexanpassung etc), soweit sich diese nicht schon aus dem Antrag ergeben.
- ⇒ Auch bei der **Abwicklung** des Versicherungsverhältnisses **und** der **Schadensliquidation** hat er dem VN **zur Seite zu stehen**, namentlich alle für diesen wesentlichen **Fristenläufe** (§ 28 Z 6) und weiters **zu überwachen**, dass dieser allen ihm obliegenden **Obliegenheiten entspricht**. Erteilt ihm der VN insoweit **Vollmacht**, hat er die jeweiligen Pflichten und Obliegenheiten des VN **unmittelbar gegenüber dem VU zu erfüllen**.
- ⇒ Nach § 28 Z 7 hat er schließlich **bestehende Versicherungsverträge laufend zu überprüfen** und gegebenenfalls **geeignete Vorschläge** für deren **Abänderung** zu unterbreiten.

Zur **Sanktionierung der Pflichtenverletzungen** verweist § 3 Abs 4 auf das **allgemeine Schadenersatzrecht**. Der VM könnte versucht sein, seine Haftung dadurch zu mildern, dass er für die Vermittlung eines vergleichsweise **ungünstigen Versicherungsschutzes** die **ausdrückliche Zustimmung des VN einholt**, um diesen dadurch – zumindest – mit einem Mitverschulden zu belasten. In solchen Fällen wird jedoch zu prüfen sein, ob solche Zustimmungserklärungen nicht gegen jene Bestimmungen des § 28 verstoßen, die zugunsten des VN mit **zwingender** Wirkung ausgestattet sind (§§ 27, 28 erster Satz und Z 1-3 und zusätzlich die Z 4 und 5 für den Verbraucher); idR wird der VN gegen

den VM nur dann **nicht** mit Erfolg vorgehen können, wenn ihn dieser **vollständig** – also **auch** über die mit der Vermittlungstätigkeit verbundenen **Nachteile** – vorher **aufgeklärt** hat.

F. Die Haftung des Maklers gegenüber dem Versicherungsunternehmen

§ 29 MaklerG verpflichtet den VM auch zur – allerdings bloß **nachrangigen** – **Wahrung jener Interessen des VU**, die auch der VN dem VU gegenüber zu beachten hat. Im besonderen hat er das VU über ihm bekannte oder erkennbare besondere **Risiken bei der Vertragsanbahnung zu unterrichten**. Er darf also trotz seiner Pflicht zur Wahrung der Interessen des VN **nicht an einer Irreführung des VU** (etwa der Verschweigung besonderer Risiken) **durch den VN mitwirken**, geschweige denn, diesen **bei der Durchsetzung offenbar unbegründeter Ansprüche unterstützen**. Missachtet er diese Pflichten gegenüber dem VU, mit dem er schließlich idR auch **vertraglich verbunden** ist, so macht er sich diesem gegenüber **ersatzpflichtig**.

Auch die schon erwähnte **Berufsordnung für Versicherungsmakler** sieht **Pflichten** gegenüber dem VU vor, die die Übung des redlichen Verkehrs im Rahmen der Vertragsauslegung nach § 914 ABGB konkretisieren¹⁹⁹.

G. Die Haftung nach §§ 1299 f ABGB

§ 1300 ABGB enthält im Zusammenhang mit § 1299 ABGB einen allgemeinen **deliktischen Haftungstatbestand für die Erteilung von Ratschlägen und Auskünften „gegen Belohnung“** sowie die Erteilung wissentlich falscher Auskünfte und Ratschläge²⁰⁰. Es erübrigt sich aber, an dieser Stelle auf Einzelheiten einzugehen, weil Fälle, in denen ein VU **unentgeltlich**²⁰¹ und außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung, sohin aus bloßer Gefälligkeit, Auskünfte erteilt, kaum denkbar sind. Dann greift aber **ohnehin** die beschriebene **Vertragshaftung einschließlich jener aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten** ein, sodass es der Heranziehung des Auffangtatbestands nach § 1300 ABGB²⁰² gar **nicht bedarf**²⁰³.

¹⁹⁹ Fenyves, Versicherungsmakler, 8.

²⁰⁰ Reischauer in Rummel, RZ 6 zu § 1299; RZ 3-5 zu § 1300; MietSlg 32.228; ÖJZ 1983, 260; ecolex 1995, 402.

²⁰¹ **Entgeltlichkeit** ist schon gegeben, wenn der VM bzw VMit ausschließlich vom VU **Provisionen** bezieht (RdW 1991, 232).

²⁰² EvBl 1958/66; allenfalls im Zusammenhang mit **Bonitätsauskünften** im Zuge der **Banktätigkeit** ist der auf § 1300 rückführbare Anspruch von Bedeutung, wenn eine **vertragliche Haftung nicht** begründbar ist (vgl SZ 34/167, 43/209, und Harrer in Schwimann, Rz 39 ff zu § 1300).

²⁰³ SZ 56/185.

H. Freizeichnung von künftiger Schadenersatzpflicht²⁰⁴

Die Verlockung ist groß, allfällige Schadenersatzverpflichtungen aus Fehlberatungen – va durch **Freizeichnung in AVB** – gar nicht erst entstehen zu lassen. Etwa im Hinblick auf die vollständige Beantwortung von Fragebögen im Zusammenwirken von VN und VM erschiene diese Vorgangsweise nicht unpraktisch²⁰⁵.

Die Rsp beurteilt **Freizeichnungsklauseln in AGB (AVB)** jedoch iSd § 879 Abs 3 ABGB als **sittenwidrig und** damit als **unwirksam**, soweit sich der Aufsteller der AGB auch von **grob fahrlässigen Verhaltensweisen** entlasten will²⁰⁶. Für das **Verbrauchergeschäft** ergibt sich diese Beschränkung der Freizeichnungsmöglichkeiten bereits aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Die Freizeichnung von **leichter** Fahrlässigkeit (**bei Sach- und Vermögensschäden**) wird als **zulässig** angesehen²⁰⁷, **sofern** sie **nicht** im Ergebnis dazu führt, dass die **Hauptleistungspflicht** des an sich schon **übermächtigen VU bzw VM völlig entwertet** wird²⁰⁸. Das **Sittenwidrigkeitskorrektiv** sucht auch hier durch die Unwirksamkeit solcher Vereinbarungen ein annäherndes Gleichgewicht zwischen den Vertragspartnern zu schaffen. Auch kann eine **Haftungsfreizeichnung** nur soweit gültig vereinbart werden, als sie sich auf **kalkulierbare und typische Gefahren**²⁰⁹ bezieht, wogegen sie **atypische** Gefahren, mit denen **nicht** gerechnet werden konnte, **nicht erfasst**²¹⁰.

Obgleich es **zweifelhaft** ist, ob Freizeichnungsklauseln auch auf **vorvertragliche Pflichtverletzungen** angewendet werden können, empfiehlt sich eine insoweit **eindeutige Textierung**.

²⁰⁴ Dazu *Franz Bydlinski*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 346 (341) mwN.

²⁰⁵ In VersR 1992, 217 wurde vom BGH – zumindest im Umfang der **groben** Fahrlässigkeit – die **Klausel im Antragsformular**: „Für die **Richtigkeit** der **Angaben** bin ich **allein** verantwortlich, auch wenn ich den Antrag **nicht** selbst ausgefüllt habe. Der **Vermittler** darf über die Erheblichkeit von Antragsfragen oder Erkrankungen **keine** verbindlichen Erklärungen abgeben.“ als **unwirksam** erkannt.

²⁰⁶ SZ 2/104; 36/38; 41/139; JBl 1970, 201, va JBl 1998, 511 = RdW 1998, 455.

²⁰⁷ Damit **entspricht** die Rechtslage jener in der **BRD**, die im § 11 Nr 7 ABGB eine ausdrückliche Norm enthält.

²⁰⁸ *Krejci*, Handbuch zum KSchG, Rz 126 u 127 zu § 6 KSchG.

²⁰⁹ EvBl 1979/221, SZ 48/67.

²¹⁰ JBl 1979, 483; SZ 41/131 ua.

Zu **Bonitätsauskünften** wurde – wiewohl auf **Banken** bezogen, aber auch für VU angesichts der **Ausweitung deren Geschäftsfelder** nicht unpraktisch – bisweilen judiziert, wegen der Besonderheit des Auskunftsgeschäfts sei **erst** der **Ausschluss krass grob fahrlässiger Fehlauskünfte**, mit denen nach redlicher Verkehrsauffassung **nicht** zu rechnen war, in AGB – eine solche Freizeichnung erfolgt im übrigen regelmäßig – **sittenwidrig**²¹¹. Diese verfehlte, praktisch nicht umsetzbare **Aufsplitterung** der **groben** Fahrlässigkeit dürfte jedoch **überholt** sein²¹².

I. Fragen der Verjährung

Schadenersatzansprüche verjähren **in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Haftpflichtigem** (§ 1489 ABGB), genauer, ab Kenntnis jener Umstände, aus denen sich das **Verschulden** des Schädigers ableiten lässt²¹³. Nach neuerer Rsp beginnt die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB **keinesfalls vor Eintritt des Schadens** zu laufen²¹⁴. Solange der **Versicherungsfall nicht eingetreten** ist, der die fehlerhafte Deckung infolge fehlerhafter Beratung manifestieren würde, kann die Verjährungsfrist selbst dann **nicht** zu laufen beginnen, wenn die Fraglichkeit der Deckung schon vorher offenbar wird. Allerdings wird, wenn der VN auf die Erkenntnis **nicht** durch **Ausdehnung des Versicherungsschutzes reagiert**, zumindest sein **Mitverschulden** anzunehmen **oder** gar die Haftung als solche **aufgehoben** sein.

Gemäß **§ 11 MaklerG** verjähren Ansprüche aus dem Maklervertragsverhältnis (zB Provisionsanspruch, nicht hingegen auch Schadenersatzansprüche) in **drei Jahren ab Fälligkeit**.

²¹¹ JBl 1967, 370; JBl 1986, 168; JBl 1986, 172; RdW 1985, 306; ebenso *Welser*, Zur Haftung der Banken für Bonitätsauskünfte, ÖBA 1982, 129; dazu allgemein *Har-rer* in *Schwimann*, Rz 41 zu § 1300 ABGB.

²¹² *Jabornegg*, Formularmäßige Haftungsfreizeichnung für grob fahrlässige Auskunft, JBl 1986, 144; so im Ergebnis auch die **deutsche Rsp** (BGHZ 20, 164; BGH WM 1974, 685).

²¹³ JBl 1987, 450; 1988, 321; WBl 1989, 177, ua.

²¹⁴ IZm § 1478 ABGB; OGH vS SZ 68/183 = JBl 1996, 311 = ecolex 1996, 91 = ARD 4715/41/96.

J. Exkurs

Reform des Konsumentenschutzes und neues Versicherungsvertragsrecht

Die 1997 ergangene **Novelle** zum KSchG²¹⁵ hat neben anderen **Änderungen § 3a KSchG** eingefügt, der auch für den hier diskutierten Problemkreis einen **neuen Aspekt fehlerhafter Beratung** einführt:

Treten Umstände, deren Eintritt der Unternehmer (zB das durch den bevollmächtigten VM bzw den VMit vertretene VU) **als wahrscheinlich dargestellt** hat, **nicht ein**, so ist der **Verbraucher** nunmehr **berechtigt, ohne weiteres binnen einer Woche vom Vertrag zurückzutreten**²¹⁶. Insb im Hinblick auf die **fehlerhafte Anlageberatung** könnte eine solche Regel durchaus praktisch werden²¹⁷.

Neben dem bereits dargestellten § 1a VersVG (Antragsbindung, vorläufige Deckung) führte die **VersVG-Nov 1994**²¹⁸ noch ein **weiteres**, zu den Möglichkeiten nach dem KSchG hinzutretendes **Rücktrittsrecht** für den Fall ein, dass dem VN entgegen dem – ebenfalls neuen – Gebot des § 5b Abs 1 VersVG die **Antragskopie und die AVB nicht ausgefolgt** werden (§ 5b Abs 2 VersVG)²¹⁹. **Frühestens mit ausdrücklicher Belehrung des VN durch das VU über das Rücktrittsrecht beginnt die zweiwöchige Rücktrittsfrist** zu laufen; unterlässt das VU die entsprechende Belehrung, steht dem VN damit fortan ein **unbefristetes, an keine weiteren Voraussetzungen gebundenes Rücktrittsrecht** zu.

²¹⁵ BGBl Teil I/6/1997 (gilt für ab 1.1.1997 abgeschlossene Verträge).

²¹⁶ Diese **Frist beginnt** zu laufen, **sobald** für den VN **erkennbar** ist, dass die als wahrscheinlich dargestellten Umstände nicht oder nur in erheblich geringerem Maße eintreten und er eine schriftliche Belehrung über dieses Rücktrittsrecht erhalten hat. **Spätestens ein Monat nach Zustandekommen des Vertrags** (sofern die Dauer ein Jahr übersteigt) erlischt das Rücktrittsrecht.

²¹⁷ Dazu *Wilhelm*, Regierungsvorlage einer Novelle zum Konsumentenschutzgesetz, *ecolex* 1996, 581; *Schwarzenegger*, Der aktuelle Ministerialentwurf zur Novellierung des KSchG, *JAP* 1996/97, 51.

²¹⁸ BGBl 1994/509.

²¹⁹ So neu und doch schon neu gefasst: BGBl Teil I/6/1997.

Nach dieser Bestimmung **hat** der **Ver** dem **VN vor** dessen **Vertragserklärung alle AVB auszuhändigen** bei sonstigem Rücktrittsrecht des VN. Nach der E des OGH v 14.7.1999, 7 Ob 175/99g (= *ecolex* 2001, 361 [*Ertl*]) gilt diese Aushändigungspflicht und das Rücktrittsrecht **nur**, wenn die **Initiative** vom **Ver** bzw dessen **Agenten** ausgeht, **nicht** hingegen bei Initiative des **VN** bzw seines **Maklers**; aA *E. Grassl-Palten* in *RdW* 2000/44 = *RIS-LI* 5290069, die unter Hinweis auf § 9a Abs 3 VAG die Ansicht vertritt, dass dann der Informations- bzw Aushändigungspflicht spätestens mit Zusendung der Versicherungspolizze (des Versicherungsscheins) entsprochen werden müsste.

Nach dem **neu** eingefügten § 6 Abs 5 VersVG, der die **Verpflichtung** des VU statuiert, dem VN **alle Obliegenheiten durch Ausfolgung der AVB oder Belehrung** durch eine andere Urkunde **mitzuteilen**, kann dem VN bei **Unterbleiben dieser Belehrung** die **fahrlässige Obliegenheitsverletzung nicht zum Nachteil gereichen**; die Berufung auf die Leistungsfreiheit bleibt dem VU dann verwehrt.

Auch insoweit führt also eine mangelhafte Belehrung des VN dazu, dass diesem die Leistung aus dem Versicherungsvertrag nicht mehr vorenthalten werden kann, das VU im Ergebnis also durch das Fehlverhalten des VMit **unmittelbar** geschädigt wird.

K. Exkurs

Der Versicherungsmitarbeiter bzw der Versicherungsmakler als Anlageberater²²⁰

In diesem Rahmen soll die **Vermittlung von Finanzanlagen** kurz angerissen werden, wiewohl diese bis jetzt **in der Versicherungswirtschaft nur von geringerer Bedeutung** war. Das ist ein Bereich, der nicht nur faszinierende Möglichkeiten auf neuen Betätigungsfeldern, sondern auch ein **beachtliches Haftungspotential** eröffnet, wenn die vermittelte **Anlageform die angestrebte und vom VM bzw VMit angepriesene Performance verfehlt**. Der Bankensektor hat die neue Sensibilität des Kunden für diese Problemzone schon zu spüren begonnen.

Durchaus üblich ist bereits die **Darlehensgewährung durch VU**, fast immer in Verbindung mit der Bestellung von **Grundpfandrechten** bzw dem Abschluss entsprechender **Lebensversicherungen**. Insoweit ist das Anlagerisiko auch für den Laien **überschaubar**. So ist es auch **nicht** Aufgabe des VM bzw VMit, den Kreditnehmer **über alle denkbaren Risiken zu informieren**. Tritt allerdings zu den **gewöhnlichen** Risiken ein **atypisches** hinzu, das das VU oder der VM aufgrund seiner Erfahrung erkennt oder erkennen kann, ist diese Information jedenfalls **weiterzugeben**²²¹.

²²⁰ S auch oben Punkt D.2.b.

Diese Ausführungen gelten auch für den „**Vermögensberater**“ (= Anlageberater) und „**Versicherungsberater**“ (= selbständiger VA). Anlagenberater, Berater in Versicherungsangelegenheiten und VM **dürfen** ihre **Klienten „inter partes“** (also im **Innenverhältnis**) **beraten**, jedoch diese **nur** dann nach **außen** gegenüber Dritten **vertreten**, wenn dies durch ihre **Gewerbeberechtigung gedeckt** ist, dh **berufstypisch** zu erbringende Leistungen betrifft (zB Erarbeitung von Konzepten oder Problemlösungen bzw Einholung notwendiger Informationen oder Schadensliquidierung etc); **andernfalls** greifen sie **gesetzwidrig** (im gg Fall waren es Tätigkeiten, die einem Ausgleichsvermittler zustehen) in das im § 8 Abs 1 und 2 RAO normierten berufsmäßigen **Parteienvertretungsmonopol der Rechtsanwälte** ein (OGH v 10.7.01, 4 Ob 145/01d = RdW 2002/16 = RIS-E62667 = RIS-EN201290092).

²²¹ *Heidinger*, Zu den Aufklärungspflichten der finanzierenden Bank, Anmerkungen zu OGH 1 Ob 540/95, WBl 1995, 314.

Den Kreditgeber trifft die **Verpflichtung zur Aufklärung und Beratung** über jene Maßnahmen, die erforderlich sind, um die mit einer **Spareinlage angestrebte Steuerersparnis** auch tatsächlich lukrieren zu können²²², was durchaus auch auf den Abschluss von **Lebensversicherungsverträgen** zutrifft.

Diffiziler wird die Beratung bei **Vermittlung risikoträchtiger und komplizierter Instrumente**, wie von Anteilen an Wertpapierfonds, Investmentzertifikaten, Aktien, vor allem aber auch von Derivativen (Optionen, Futures). Hier ist insbesondere über die **Risikoträchtigkeit** der Anlage **aufzuklären**²²³. Grundsätze „richtiger“ Beratung entnimmt die Rsp genauso wie jene der Versicherungsberatung keiner zentralen Sondernorm, sondern den zum vorvertraglichen Raum entwickelten Richtlinien²²⁴; dabei schreitet die Verrechtlichung in diesem Bereich stets voran²²⁵.

Die **Anlageberatung** hat sich an folgenden **Grundsätzen** auszurichten, deren Missachtung **Schadenersatz**verpflichtungen zur Folge haben können²²⁶:

- ⇒ Den **Interessen des Kunden gebührt gegenüber** jenen des **VU** bzw **VM der Vorzug**, soweit die Interessenlagen – etwa infolge eigener Beteiligung des VU – miteinander kollidieren²²⁷.
- ⇒ Der Kunde darf auf die **Sachkunde des VMit bzw VM in ganz besonderem Maß vertrauen**; selbst eigene Sachkenntnis des Kunden begründet regelmäßig nur ein Mitverschulden.
- ⇒ Ein **Mitverschulden** des Kunden ist allerdings **anzunehmen**, wenn er dem Berater (Vermittler) trotz erkennbar verdächtiger Umstände **blindlings vertraut**^{228,229}.

²²² NZ 1987, 150.

²²³ OGH v 21.2.02, 6 Ob 81/01g = RIS-E 64590; LG Linz v 28.4.99, 11 R 100/99y = KRES 10/101.

²²⁴ Dazu *Welser*, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, ecolex 1995, 79, und *Tutsch*, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, ecolex 1995, 84.

²²⁵ Etwa die RL der EG v 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, das Bankwesengesetz 1993, das BörseG 1989. Vgl auch die „Verhaltensregeln zur Anlageberatung“, eine Empfehlung der Bundeskreditsektion der Wirtschaftskammer Österreich (siehe ecolex 1995, 83).

²²⁶ Nachweise bei *Avancini-Iro-Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II, 589 ff; insb BGH NJW 1993, 2433 („Bond-Urteil“); Wohlverhaltensregeln enthält auch Art 11 der obzitierten EG-RL. Wird ein **Kursschwankungen** unterliegendes **Wertpapier** mit der **Zusicherung** gekauft, es sei **risikolos**, so liegt im **Erwerb** des Papiers der eingetretene **Schaden** und die **Verjährungsfrist läuft** ab diesem Zeitpunkt (ecolex 1998, 621).

²²⁷ *Tutsch*, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, ecolex 1995, 88 (84) mwN.

²²⁸ Die Rsp **lehnte** ein Mitverschulden etwa selbst dann **ab**, als eine **Rendite von 30,5%** für ein **Vierteljahr (!)** **versprochen** wurde: WM 1992, 1101. Man kann dem VN nur **empfehlen**, möglichst **wenig** Beratung abzuverlangen: Geht das Investment auf, verdient er wunschgemäß, wenn nicht, hat ihm das VU einzustehen.

²²⁹ NJW 1973, 456 u 458.

Die **Veranlagung** hat **anlegergerecht** zu sein; es sind somit vorweg der Wissensstand, die Risikobereitschaft und -fähigkeit sowie das Anlageziel und die Dauer der Anlage zu **ermitteln**. Die Beratung hat ganz **spezifisch** das Anlageobjekt im Auge zu haben; sie hat **allgemeine** (Konjunkturdaten, Börseentwicklung etc) und **spezielle Risiken** (Kurs-, Zins-, Währungsrisiko) zu beleuchten. Die Informationen über das Anlageobjekt müssen **aktuell**, möglichst **tagesaktuell**, sein, Ratings sind zu verfolgen. **Negative Vorzeichen** dürfen nicht verschwiegen werden. Die Beratung hat **verständlich** zu sein, englische Fachausdrücke sind zu übersetzen; Zweifel gehen zulasten des Beraters. Durch **Kontrollfragen** ist zu überprüfen, ob der Kunde das Investment in seiner ganzen Tragweite „verstanden“ hat. Es empfiehlt sich daher, sich vom Kunden die **Abhaltung eines Gesprächs und dessen Inhalt bestätigen** zu lassen (va dann, wenn dieser auf die Durchführung einer eingehenden Beratung verzichtet oder sich in seinen Wünschen ausdrücklich von Empfehlungen des VM bzw VMit entfernt).

Die **Haftung** wurde von der Rsp etwa **bejaht**:

- ⇒ wenn die empfohlenen **Wertpapiere** dem **Wunsch** des Kunden nach **bestmöglicher Veranlagungsform** – der in dessen umgangssprachlicher, nicht in der für Fachleute maßgeblichen Bedeutung zu verstehen ist – **nicht entsprechen**²³⁰;
- ⇒ wenn der VM bzw VMit mehrfach behauptete, die **stille Beteiligung** an einem Unternehmen, das sich später als **großangelegter Betrug** herausstellte, **sei ein sicheres Geschäft**²³¹;
- ⇒ wenn bei **Investmentzertifikaten** **nicht** auf mögliche **Kursschwankungen hingewiesen**, sondern diese Papiere als **völlig risikolos hingestellt** wurden²³² (wogegen es ausreicht, wenn auf das allgemein mit Optionen verbundene Risiko hingewiesen und die Durchführung solcher Geschäfte in nur geringem Ausmaß empfohlen wurde²³³);
- ⇒ eine **besonders riskante Anlageform** bedarf **besonderer Aufklärung**, selbst wenn die Verwendung von **Fachvokabeln** den **Kunden** als **sachkundig** erscheinen lässt; es gilt gesondert zu **prüfen**, ob sich der VN der Bedeutung dieser seiner Worte bewusst ist²³⁴.

²³⁰ ecolex 1993, 669 = ÖBA 1993, 987 = RdW 1993, 331.

²³¹ ecolex 1996, 740. Die **Haftung** des Anlageberaters bzw –vermittlers besteht immer dann, wenn ein **typisches Risikogeschäft** als **sichere** Anlage hingestellt wird, uzv auch dann, wenn er **selbst** von der **Seriosität überzeugt** wäre (OGH v 21.2.02, 6 Ob 81/01g = RIS-E 64590; LG Linz v 28.4.99, 11 R 100/99y = KRES 10/101; RIS-RS108074); diese Haftung besteht auch dann, wenn er vom Anleger **nicht entlohnt** wird, wohl aber vom Darlehensnehmer (7 Ob 306/99x = ecolex 2000, 716 = ÖBA 2001, 86).

²³² ÖBA 1993, 987 = RdW 1993, 331 = ecolex 1993, 669.

²³³ EvBl 1995/65 = ecolex 1995, 171.

²³⁴ ecolex 1994, 15 = WBl 1994, 28 = ÖBA 1994, 156.

Im besonderen ist zu beachten, dass **auch** der **Anlagenberater** (bzw –vermittler), der nicht das besondere Vertrauen eines Beraters in Anspruch nimmt, **persönlich haftbar** sein kann. Wie der OGH in einem grundlegenden Erkenntnis²³⁵ ausgesprochen hat, kommt zwischen dem Kunden und dem Anlagenberater bzw –vermittler **stillschweigend** ein **Auskunftsvertrag** zustande, wenn der Kunde diesem klarmacht, er wolle **für eine bestimmte Anlagenentscheidung die einschlägigen Kenntnisse und Vermittlungen des Beraters (Vermittlers) in Anspruch nehmen**, und dieser die gewünschte Tätigkeit entfaltet. Dieser Vertrag verpflichtet den Berater (Vermittler) zur **richtigen und vollständigen Information** über jene tatsächlichen Umstände, die für den **Anlagenentschluss** des Kunden von besonderer Bedeutung sind; dies setzt eine zuverlässige **Information** des Beraters über die **Wirtschaftlichkeit** der Anlage und über die **Bonität** des Kapitalsuchenden voraus²³⁶.

²³⁵ SZ 70/147; OGH v 21.2.02, 6 Ob 81/01g = RIS-E 64590; LG Linz v 28.4.99, 11 R 100/99y = KRES 10/101. Vgl auch *Arendts*, Die Haftung der Banken für fehlerhafte Anlageberatung nach der neueren **deutschen** Rechtsprechung, ÖBA 1994, 252 mwN (251): Das **Herantreten des Kunden** an den Anlageberater sei als **Anbot auf Abschluss eines Beratungsvertrags** zu werten, das der Berater (als Erfüllungsgehilfe des VU) **durch Aufnahme der Beratung annimmt**.

²³⁶ OGH v 21.2.02, 6 Ob 81/01g = RIS-E 64590; LG Linz v 28.4.99, 11 R 100/99y = KRES 10/101; *W. u E. Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rsp 1997-2000, ÖJZ 2002, 1 ff, 13 f mwN; **unzureichende Kenntnisse** müssen dem Kunden **offengelegt** werden, **sonst** darf er darauf **vertrauen**, dass dem Berater der nötige Einblick in die angebotenen Beteiligungen gewährt wurde (RIS-RS108073).

3. Teil

Der Rückgriff des Versicherungsunternehmens bzw des Versicherungsmaklers gegen seine Mitarbeiter

A. Vorbemerkung Eigenhaftung des Mitarbeiters

Wie bereits dargestellt, handelt der VM bzw das VU idR durch ihm als **Erfüllungsgehilfen** zuzurechnende **Mitarbeiter**, deren **ausnahmsweise** zur Haftung des VM bzw VU via § 1313a ABGB **hinzutretende** Haftung sich nach den dort erörterten Grundsätzen richtet. Demnach kommt eine **Eigenhaftung des** in concreto handelnden **Mitarbeiters** **kaum** in Betracht.

B. Der Regress nach § 1313 ABGB

Wird ein VM bzw VU wegen **Verschuldens** eines **Mitarbeiters** als seines **Erfüllungsgehilfen** gem § 1313a ABGB vom Vertragspartner auf **Schadenersatz** in Anspruch genommen, so kann er/es, wenn er/es diesem tatsächlich den erlittenen **Schaden ersetzt hat**²³⁷, **gegen** den schuldtragenden **Mitarbeiter** **Rückgriff** nehmen (§ 1313 ABGB), womit der Schaden letztlich diesen belastet, soweit nicht die **Haftungsprivilegien des DHG** eingreifen (davon unten C).

Nichts anderes gilt für das Verhältnis zwischen VU und VMit bzw VM, sofern der VM ausnahmsweise Erfüllungsgehilfe des VU ist, bzw für das Verhältnis zwischen dem VM und dessen Mitarbeitern. Demnach ist es für den Rückgriff des VM gegen seinen Mitarbeiter auch ohne Belang, ob sich seine eigene Haftung auf die ihm als Erfüllungshandlung zuzurechnende Handlung seiner Mitarbeiter gründet und er vom VN unmittelbar in Anspruch genommen wird oder ob er selbst im Regresswege vom VU belangt wird. In allen Fällen kann er sich seinerseits – unter den im folgenden zu erörternden Voraussetzungen – bei seinem Mitarbeiter regressieren.

Erwächst zwar dem VN durch die fehlerhafte Beratung **kein Schaden**, weil ihm die gewünschte **Leistung** aus dem Versicherungsvertrag trotz – oder gerade wegen – der Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten **zuteil wird**, ist das **VU von vornherein Geschädigter**; es hat Leistun-

²³⁷ SZ 51/97 ua.

gen aus einem Vertrag zu erbringen, auf den es sich gar nicht einlassen wollte²³⁸. In diesen Fällen **hat** das **VU als Geschädigter unmittelbare Schadenersatzansprüche gegen den VMit** als Schädiger aus der Verletzung der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen (Makler- bzw Dienstvertrag).

C. Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz²³⁹

1. Anwendungsbereich

a) Allgemeines

Der (Rückgriffs-)Anspruch des **VU bzw VM gegen seinen Mitarbeiter** wird durch das **DHG** näher geregelt, wenn dieser dem Dienstgeber oder einem Dritten (hier va dem VN) als **Dienstnehmer bei Erbringung der Dienstleistung** einen **Schaden**, für den der Dienstgeber einzustehen hat, zugefügt hat.

Dieses Gesetz findet also gleichermaßen in den Fällen einer **unmittelbaren Schädigung des VU bzw VM** durch das Verhalten seines Dienstnehmers (§ 2 Abs 1 DHG)²⁴⁰ wie in jenen der **Schädigung des VN durch den als Erfüllungsgehilfen des VU handelnden VMit bzw des als Erfüllungsgehilfen handelnden Mitarbeiter des VM**, für den das **VU bzw der VM als Dienstgeber und Geschäftsherr** gem § 1313a ABGB **einzustehen** hat und nun nach § 1313 ABGB **beim Dienstnehmer Rückgriff** nimmt, **Anwendung** (§ 4 Abs 1 DHG). Hat der **Dienstnehmer** dem Dritten einen **Schaden**, für den der Dienstgeber nach § 1313a ABGB haften würde, selbst **ersetzt, kann er** vom Dienstgeber eine entsprechende **Vergütung verlangen** (§ 3 Abs 2 DHG).

²³⁸ Vgl nur die Fälle der **unvollständigen Weitergabe mündlich mitgeteilter Vorerkankungen durch den VM bzw VMit im Antrag**: Hätte der VM den Antrag ordnungsgemäß und vollständig ausgefüllt, wäre das Risiko – zumindest in dieser Form – niemals vom VU gezeichnet worden. Tatsächlich kommt hier der **Vertrag zustande**; die Einrede der nicht erfüllten vorvertraglichen Anzeigepflicht bleibt ihm verwehrt; siehe dazu oben Punkt D.2.a.bb.ccc.

²³⁹ Dazu eingehend Kerschner, DHG (1992).

²⁴⁰ Das sind jene Fälle, in denen der **VN zu seiner Leistung aus dem Versicherungsvertrag kommt**, dem Dienstgeber somit Verbindlichkeiten und Aufwendungen gegenüber dem VN erwachsen, die ihm nicht erwachsen wären, wäre der Dienstnehmer seinen dienstvertraglichen Verpflichtungen nachgekommen (vgl auch Arb 10.183 = DRdA 1985, 307 mit Anm Huber; Kerschner, Rz 8 zu § 2). Diese Vermögensnachteile sind zweifellos ersatzfähiger Schaden.

Die Rsp lässt angesichts der Bestimmung des § 4 Abs 2 DHG einen **Rückersatzanspruch** überhaupt nur bei Zahlung aufgrund eines rechtskräftigen Urteils oder mit Einverständnis des Dienstnehmers zu²⁴¹.

b) Dienstnehmerbegriff und erfasster Personenkreis

Vom Geltungsbereich des DHG werden nicht nur jene **Dienstnehmer**, die Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit (als Dienstnehmer = Arbeitnehmer ieS) verrichten, sondern **auch** zwar **persönlich freie**, jedoch **wirtschaftlich unselbständige** und damit **arbeitnehmerähnliche** Personen²⁴² **erfasst**, gleichviel, ob sie **haupt-** oder **nebenberuflich** tätig sind. Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich auf das gesamte Spektrum der **Innen-** und **Außendienstmitarbeiter** des Dienstgebers.

Die **Organe** der Kapitalgesellschaften (Vorstandsmitglieder bzw Geschäftsführer) fallen jedoch **nicht** unter das DHG²⁴³.

c) Schaden bei Erbringung der Dienstleistung (§ 2 Abs 1 DHG)

Die vom DHG erfassten Schäden sind im Kernbereich jene **Vermögensnachteile**, die aus der **mangelhaften (sorgfaltswidrigen) Erfüllung der Arbeitspflicht** resultieren, daher **auch reine Vermögensschäden**²⁴⁴. Den VN zu **beraten**, gehört zu den **wesentlichen Pflichten** des Dienstnehmers gegenüber dem Dienstgeber **aus dem Arbeitsvertrag**; Schädigungen im **Vorfeld** des Vertragsabschlusses zwischen Dienstgeber und VN **unterliegen** damit dem DHG²⁴⁵. Eine „**private**“ Beratung des VN durch den Dienstnehmer ist allerdings **keine** solche **bei** Erbringung der Dienstleistung, sodass die Anwendung des DHG **ausschei-**

²⁴¹ JBl 1979, 496 mit Anm Strasser = EvBl 1978/92 = ZAS 1979/2 mit Anm Reischauer = DRdA 1979/4 mit Anm Waas = Arb 9654; Arb 10.015 = DRdA 1982, 128 = EvBl 1981/237 = SZ 54/120.

²⁴² Arbeitnehmerähnliche Personen sind den „echten“ Arbeitnehmern haftungsrechtlich **völlig gleichgestellt** (vgl SZ 54/120 = EvBl 1981/237 = DRdA 1982, 128); im **Versicherungsbereich** siehe § 43a VersVG: Der dort genannte **Vermittler** wird in aller Regel – ist er zwar **formell selbstständig**, aber **letztlich abhängig** – eine **arbeitnehmerähnliche Person** sein.

²⁴³ SZ 46/113 (AG); EvBl 1979/135 (GmbH).

²⁴⁴ Kerschner, Rz 23 zu § 1.

²⁴⁵ Kerschner, Rz 25 zu § 2, Rz 10 zu § 4.

det²⁴⁶. Die Berufung auf eine „**private** Beratung“ wird jedoch in den **seltensten Fällen** erfolgreich sein, namentlich dann nicht, wenn der VN bereits zum **Kundenkreis des Dienstgebers** gehört; dann kann wohl auch ein **persönliches Naheverhältnis** (Angehörigkeit, Freundschaft) **nicht** ins Treffen geführt werden. Werden **neben** den Interessen des Dienstgebers **auch eigene (private)** Interessen verfolgt, **bleibt** das **DHG anwendbar**, doch kann die Verfolgung eigener Interessen unter **Mäßigungsgesichtspunkten** bedeutsam sein²⁴⁷.

2. Haftungsprivilegien des DHG

Der Kern des DHG liegt darin, dass der an sich **berechtigte Schadenersatzanspruch** des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer unter Heranziehung bestimmter Kriterien **vom Richter gemäßigt oder gar aufgehoben** werden kann.

Das wichtigste Mäßigungskriterium ist dabei der **Grad des Verschuldens** des Dienstnehmers:

a) Verschuldensgrad

Hat ein Dienstnehmer bei Erbringung seiner Dienstleistung dem Dienstgeber durch ein **Vorsehen** einen Schaden zugefügt, so kann das Gericht gem § 2 Abs 1 DHG aus Gründen der **Billigkeit** den **Ersatz mäßigen oder**, sofern der Schaden durch einen **minderen Grad des Vorsehens** zugefügt worden ist, auch **ganz erlassen**.

Für eine **entschuldbare Fehlleistung haftet** der Dienstnehmer **nicht** (Abs 3).

§ 4 Abs 2 und 3 DHG ordnet Gleiches für den Regress des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer (bei Schädigung eines Dritten durch den Dienstnehmer) an.

Die **subjektive Vorwerfbarkeit** des Verhaltens kann sich – wie schon weiter oben erörtert – im **Vorsatz**, wenn sich der Täter der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst ist, den schädlichen Erfolg vorhersieht oder zumindest ernstlich für möglich hält und ihn billigt oder sich mit ihm wenigstens abfindet, und in der **Fahrlässigkeit** als der Außerachtlassung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt manifestieren. Nicht der Sorgfaltsmaßstab, sondern bloß der **Haftungsumfang erfährt durch das DHG eine Reduktion**.

²⁴⁶ RdW 1988, 206 = WBl 1988, 337.

²⁴⁷ Vgl INFAS 1988, H 6, 15.

Die Anwendung des DHG im Einzelfall erfordert eine weitere Aufsplitterung des nicht im Vorsatz bestehenden Verschuldens des DN in die **entschuldbare Fehlleistung**, in die **leichte** und in die **grobe Fahrlässigkeit**. Bei **Vorsatz scheidet jede Mäßigung** aus.

Während eine **entschuldbare Fehlleistung** des Dienstnehmers dessen **Haftung** gegenüber dem Dienstgeber **ausschließt**, eröffnen die **leichte** und die **grobe Fahrlässigkeit** dem Richter ein **Mäßigungsrecht** nach freiem Ermessen, das bei **leichter** Fahrlässigkeit **bis zum völligen Ausschluss** des Ersatzes führen kann.

Nach einer **groben Faustregel**, die im Einzelfall vielfach durchbrochen und durch weitere Kriterien modifiziert ist, **mäßigt** die Rsp den Ersatz bei **leichter** Fahrlässigkeit **um zwei Drittel** und bei **grober um ein Drittel**²⁴⁸.

Im übrigen argumentiert die Rsp sehr **einzelfallorientiert**. Der Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit kommt in Wahrheit kein allzu großer Stellenwert zu, weil einerseits die Grenzen zwischen diesen Verschuldensstufen fließend sind und dem **Richter ein denkbar großer Ermessensspielraum** eingeräumt ist; daher ist es durchaus möglich, dass das Ergebnis im Einzelfall von der Annahme grober oder leichter Fahrlässigkeit nicht allzu sehr abhängig ist.

Beachte: Diese Regeln beziehen sich ausschließlich auf das **Innenverhältnis** zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer, berühren hingegen den **Anspruch des VN gegen den VM oder gar gegen das VU nicht**. So **haftet der Dienstgeber dem VN auch für entschuldbare Fehlleistungen** seines Dienstnehmers²⁴⁹.

„**Entschuldbare Fehlleistung**“ (culpa levissima) ist ein **nicht mehr nennenswertes oder ganz geringfügiges Verschulden**²⁵⁰, wie etwa ein solches Fehlverhalten, das sich bei Berücksichtigung der gesamten Arbeitsleistung im Drang der Geschäfte und mit Rücksicht auf deren Schwierigkeit ohne weiteres ergeben kann²⁵¹, wobei überdurchschnittliche Nervosität²⁵² oder auch die geringe Schulbildung des

²⁴⁸ Vgl Kerschner, DHG (1992), Rz 60 zu § 2 mwN.

²⁴⁹ So etwa Brodil, Arzthaftung und Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, RdM 1994, 80 (78).

²⁵⁰ Arb 8583, 9751; DRdA 1982, 220; Kerschner, Rz 40 zu § 2 mwN.

²⁵¹ SZ 45/42 = Arb 8985, Arb 10.570; dies im Hinblick auf die **Erfahrungstatsache**, dass es **unmöglich bzw unzumutbar** ist, im Dienstverhältnis **stets die objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten**.

²⁵² SZ 45/42 = Arb 8985.

Dienstnehmers zu dessen Gunsten zu berücksichtigen ist²⁵³. Im Zusammenhang mit **Beratungsfehlern** scheint (bloße) entschuldbare Fehlleistung allerdings **kaum denkbar**; am ehesten kommt sie noch bei **mangelhafter Ausbildung des Dienstnehmers** in Betracht.

„**Leicht**“ **fahrlässig** (= minderer Grad des Versehens) ist ein Versehen, das gelegentlich auch einem **sorgfältigen** Menschen unterläuft, aber nicht mehr als entschuldbare Fehlleistung beurteilt werden kann. Die unsachgemäße Ausführung einer Arbeit, die pauschal entlohnt und nur zur Zeitersparnis (um im gleichen Zeitraum mehr verdienen zu können) schlampig ausgeführt wird, kann noch leicht fahrlässig sein²⁵⁴.

Die Rsp grenzt die leichte Fahrlässigkeit negativ ab: Leicht fahrlässig ist demnach alles, das weder grob fahrlässig noch entschuldbare Fehlleistung ist, ohne dass dadurch die Abgrenzung verdeutlicht würde.

Die „**grobe**“ **Fahrlässigkeit** ist **auffallende Sorglosigkeit**, die einem **sorgfältigen** Menschen **in einer solchen Situation keinesfalls unterlaufen würde**, sohin eine extreme Abweichung von der gebotenen Sorgfalt.

b) Sonstige Mäßigungskriterien

Das **Verschulden** ist nach den Intentionen des Gesetzgebers das **vorrangige Kriterium** für die Anwendung des Mäßigungsrechts, wobei zuallererst geprüft wird, ob sich das gezeigte Verschulden mehr der **groben** Fahrlässigkeit oder der **entschuldbaren Fehlleistung** annähert²⁵⁵.

Sodann erst wird das Vorliegen der **sonstigen**, in § 2 Abs 2 DHG genannten **Kriterien** im konkreten Fall geprüft²⁵⁶. Je größer das Verschulden, desto zahlreichere und auch gewichtigere Mäßigungsgründe müssen vorliegen, um eine Mäßigung zu rechtfertigen. Dabei gilt es auch **Umstände** zu berücksichtigen, die erst **nach dem schädlichen Verhalten** eingetreten sind. Fehlen ausreichende Mäßigungsgründe und nähert sich das Verschulden der **groben** Fahrlässigkeit an, kann eine **Mäßigung** auch **unterbleiben**²⁵⁷.

²⁵³ Arb 9261.

²⁵⁴ SozM I A e 781.

²⁵⁵ Kerschner, Rz 48 zu § 2.

²⁵⁶ Dazu Kerschner, Rz 49 ff zu § 2.

²⁵⁷ SozM I A/e 862.

- ⇒ **Bedacht** zu nehmen ist demnach zunächst auf das Ausmaß der mit der Tätigkeit verbundenen Verantwortung, dh der Funktion des Dienstnehmers (Z 1). So macht es einen Unterschied, ob der Dienstnehmer etwa „Prokurist“ oder bloß nebenberuflicher Mitarbeiter ist. Die Verantwortung nimmt mit dem Aufstieg in der Hierarchie zu, wogegen der Spielraum für die Mäßigung des Ersatzes in gleichem Ausmaß abnimmt. Wird höhere Verantwortung dagegen nicht entsprechend abgegolten, so kehrt sich dieser Mechanismus um: Je höher die Verantwortung bei gleicher Entlohnung, desto eher ist eine Mäßigung des Ersatzes billig und sachgerecht.
- ⇒ Zu berücksichtigen ist ganz allgemein, wieweit allfällige **Gefahrenmomente in die Entlohnung Eingang** gefunden haben (Risikoabgeltung [Z 2]).
- ⇒ Ebenso ist der **Grad der Ausbildung** und die **Berufserfahrung** des Dienstnehmers zu veranschlagen (Z 3: Je **geringer** die Ausbildung bzw die berufliche Erfahrung, desto **größer** kann die Mäßigung des Ersatzes sein).
- ⇒ In das Mäßigungskalkül sind weiters die **Arbeitsbedingungen** an sich einzubeziehen (Z 4): **Mildernd** sind etwa großer Erfolgsdruck, beispielsweise bei internen Wettbewerben, die notwendige Zielerfüllung am Jahresende oder erfolgsabhängige Entlohnung, eine ständige Belastung an der oberen Leistungsgrenze, der Arbeitskräftemangel, aber auch das schlechte Betriebsklima.
- ⇒ Von Interesse ist ferner die **Schadensgeneigtheit** der Tätigkeit (Z 5).

Die **Rsp** hat darüber hinaus eine Reihe weiterer, nicht ausdrücklich im DHG genannter Kriterien entwickelt, die für die Ausübung des Mäßigungsrechts im Einzelfall von Bedeutung sein können, so etwa die **bisherige Bewährung** und die **sonstige Gewissenhaftigkeit** des Dienstnehmers²⁵⁸, dessen **Vermögenssituation** schlechthin²⁵⁹, etwa dessen nunmehrige **Arbeitslosigkeit**²⁶⁰ oder das Bestehen zahlreicher **Sorgepflichten**²⁶¹ und überhaupt –

²⁵⁸ Arb 9153; DRdA 1986, 227 = RdW 1986, 22.

²⁵⁹ Die **Berücksichtigung** der **Vermögensverhältnisse** des Dienstnehmers im allgemeinen in Anlehnung an §§ 1306a, 1310 ABGB ist in der Lehre verschiedentlich auf **Kritik** gestoßen, weil sie – unter anderem – eine umgekehrte Berücksichtigung der Verhältnisse beim Arbeitgeber vermisst und sparsame gegenüber leichtfertigen Dienstnehmern benachteiligt (dazu *Kerschner*, Rz 54 ff zu § 2).

²⁶⁰ ARD 4277/4.

gleichsam als Generalklausel – alle ähnlich berücksichtigungswürdigen Umstände²⁶².

3. Mitverschulden des Dienstgebers

Noch **ehe** die **Mäßigungskriterien** des DHG überhaupt zur Anwendung gelangen, ist zu prüfen, ob nicht den **Dienstgeber ein Mitverschulden** mangels ausreichender Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten – etwa infolge **unterlassener Ausbildung** seines Dienstnehmers²⁶³ oder **Vernachlässigung der Aufsichtspflicht**²⁶⁴ – trifft. Erst der so **reduzierte Anspruch** des Dienstgebers ist der **Mäßigung** nach dem DHG **zu unterziehen**²⁶⁵.

Missachtet allerdings der Dienstnehmer eine **Weisung** des Dienstgebers, kann er diesem **nicht mangelnde Aufsicht** und Nichtahndung vergangener Verletzungen als **Mitverschulden** entgegenhalten²⁶⁶.

Deutlich überwiegendes Mitverschulden des Dienstgebers kann das **Verschulden** des Dienstnehmers sogar als **bedeutungslos** erscheinen lassen²⁶⁷.

Das **Mitverschulden** des Dienstgebers hat auch **Kostenfolgen** im Zivilprozess. Im übrigen indiziert die Ausübung des richterlichen Mäßigungsrechts die Anwendung des **§ 43 Abs 2 ZPO**, solange keine Überklagung (ca 100%) vorliegt²⁶⁸.

4. Die Verteilung der Beweislast

Jeder Teil hat die tatsächlichen Voraussetzungen der für ihn günstigen Normen, auf die er sich beruft, darzutun; der **Dienstgeber hat** demnach **Schaden**, dessen **Höhe und die Kausalität**, der **Dienstnehmer** ein allfälliges **Mitverschulden** unter **Beweis** zu stellen. Auch im Verhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer kommt dem „An-

²⁶¹ Arb 8636 = SozM I A e 797; Arb 8985, 9467; Arb 9605 = DRdA 1978, 133 mit Anm Waas = ZAS 1978, 185 mit Anm Koziol.

²⁶² OGH 31.1.1990, 9 Ob A 363/89 (unv).

²⁶³ Vgl etwa JBl 1986, 177 = SZ 57/94 = RdW 1984, 370.

²⁶⁴ Vgl WBl 1990, 214.

²⁶⁵ So JBl 1987, 670, Arb 9257.

²⁶⁶ OGH 1.12.1982, 3 Ob 638/92.

²⁶⁷ ARD 4151/13/90 = INFAS 1990, H 2, 1818 A 402; Der öffentliche Dienst, 1992, 27; RdW 1990, 56.

²⁶⁸ Fucik in Rechberger, ZPO², Rz 10 zu § 43 mwN.

scheinsbeweis“ in der **Verursachungs- und Verschuldensfrage** Bedeutung zu²⁶⁹.

Die Rsp wendet **§ 1298 ABGB** ganz allgemein auf den Dienstvertrag an: Hat der Dienstgeber Schaden und Verursachung durch den Dienstnehmer einmal bewiesen, kann sich dieser nur **entlasten**, wenn er **nachweist, nicht sorgfaltswidrig** gehandelt zu haben²⁷⁰.

Auf das Dienstverhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer angewandt: Der Dienstgeber hat den **Schaden** und die **Verursachung** durch den Dienstnehmer und damit **zu beweisen**, dass **durch** einen **Beratungsfehler** des Dienstnehmers ein **Schaden** (bei ihm selbst, beim VU und/oder beim VN) **eingetreten** ist; dem Dienstnehmer obliegt hingegen der **Beweis subjektiver Entlastungsmomente**, dass also der Schaden etwa bloß auf eine entschuldbare Fehlleistung zurückzuführen ist²⁷¹.

Jener Sachverhalt, der einen **Mäßigungsgrund** bilden soll, ist jedenfalls vom **Dienstnehmer** zu behaupten und zu beweisen²⁷².

5. Prozessuale Besonderheiten und Präklusion des Anspruchs

Wird der Dienstgeber vom VN nach § 1313a oder § 1315 ABGB **in Anspruch genommen**, so **hat er** seinen Dienstnehmer davon **unverzüglich in Kenntnis zu setzen** bzw – bei gerichtlicher Inanspruchnahme – den **Streit zu verkünden** (§ 4 Abs 1 DHG).

Verabsäumt er eine solche Mitteilung, so **entfaltet** der Vorprozess zwischen VN und Dienstgeber **keinerlei Bindungswirkung** für das Verhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer, sodass letzterer dem Regressbegehren jede erdenkliche Einwendung entgegenhalten kann.

Bei ordnungsgemäßer **Streitverkündung** ist der Dienstnehmer **an die Ergebnisse des Vorprozesses gebunden**, auch wenn er nicht als Nebeninter-

²⁶⁹ Kerschner, Rz 23 zu § 2.

²⁷⁰ JBl 1984, 270 = RdW 1984, 181 = SWK K 91 = Arb 10.324 = DRdA 1984, 243 mit Anm Peter Bydlinski ua.

²⁷¹ Arb 7500 = ZVR 1962/217; Arb 8006 = ZVR 1965/165 = SZ 37/159; ZAS 1976, 200.

²⁷² Kerschner, Rz 61 zu § 2.

venient beitrifft²⁷³, soweit es um gleichartige Entscheidungselemente (etwa die Schadenhöhe) geht. **Nicht gleichwertig**, somit nicht präjudiziell ist die **Sorgfaltsfrage** (Verschuldensgrad), weil für Dienstnehmer und Dienstgeber (dieser gegenüber dem VN) insoweit ein unterschiedlicher Maßstab gilt.

Schadenersatzansprüche des Dienstgebers **gegen** den Dienstnehmer wegen der Verletzung dienstvertraglicher Pflichten einschließlich der Regressansprüche unterliegen der **Arbeitsgerichtsbarkeit**.

Ersatz- und Regressansprüche zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer **erlöschen bei leichter Fahrlässigkeit**, wenn sie **nicht binnen sechs Monaten** nach Ablauf des Tages, an dem sie erhoben werden können, **gerichtlich geltendgemacht** werden (§ 6 DHG). Dies bedeutet bei **unmittelbaren Ersatzansprüchen** ab Kenntnis von Schaden und Schädigung durch den DN, bei **Regressansprüchen** hingegen ab Erbringung der (Versicherungs-)Leistung aus dem Titel des Schadenersatzes an den VN. Bei **grober** Fahrlässigkeit gilt die **allgemeine** Regel des § 1489 ABGB (vgl oben 2. Teil Pkt G).

6. Beschränkung der Rechte des Dienstnehmers durch Kollektivvertrag

Die sich aus dem DHG ergebenden Rechte des Dienstnehmers **können nur durch Kollektivvertrag beschränkt werden** (Art II Abs 2 DHG), also nicht durch individuelle Vereinbarungen im Arbeitsvertrag oder durch Betriebsvereinbarungen. Für den Bereich der Versicherungswirtschaft gibt es **keine** solchen Beschränkungen.

²⁷³ JBl 1997, 368 = ecolex 1997/422 (vS).

Anhang

Übungsbeispiele