



Dr. Hermann Wilhelmer

Die Kosteneinrechnung in der Haftpflichtversicherung¹

I. Die Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers

Der Versicherer („VR“) prüft die Haftpflichtfrage. Liegt kein begründeter Haftpflichtanspruch vor, wehrt er den behaupteten Anspruch ab und übernimmt die notwendigen Kosten der Verteidigung (vgl § 150 VersVG). Ist der Haftpflichtanspruch berechtigt, befreit der VR den Versicherungsnehmer („VN“) von der Haftpflichtverbindlichkeit und ersetzt dem geschädigten Dritten nach Maßgabe der vereinbarten Versicherungssumme den Schaden (vgl § 149 VersVG). Befriedigungs- und Abwehrfunktion begründen zusammen den *Haftpflichtversicherungsanspruch*.² Freistellungs- oder Rechtsschutzfunktion bilden eine *Einheit*.³ Aus der Einheit des Haftpflichtanspruches ergeben sich gleiche Rechtsfolgen, zB zur Fälligkeit oder zur Verjährung des Haftpflichtversicherungsanspruchs.⁴

Welche der Komponenten des Haftpflichtversicherungsanspruchs – Freistellung oder Rechtsschutz – im Versicherungsfall zur Anwendung gelangt, entscheidet der VR nach pflichtgemäßen Ermessen. Dem VN kommt dagegen ein „Widerspruchsrecht“ zu,⁵ wenn der VR gegen die Interessen des VN handeln sollte. Will der VR zB zu einem Haftpflichtanspruch einen Vergleich schließen, der die Versicherungssumme überschreitet, ohne dass er den VN in die Entscheidung bei der Erledigung des Haftpflichtanspruches einbezieht, könnte dies den Interessen des VN wegen seiner Eigenhaftung zuwiderlaufen.⁶ Der VN kann sich in diesem Fall auf das Widerspruchsrecht stützen und der Abwicklungsentscheidung des VR widersprechen.⁷ Dem VN steht – bildlich gesprochen – die „Stoptaste“ zu, um seine Interessen zu wahren. Das Abwicklungsrisiko des Versicherungsfalles geht aber auf ihn über. Er muss jene Mehr-

kosten, die aus der gegenteiligen Abwicklung des Versicherungsfalles resultieren, selbst tragen. Der VR ist von der Tragung der Mehrkosten befreit.

II. Abwehrpflicht des Haftpflichtversicherers

Der VR ist nach § 150 Abs 1 VersVG zur Übernahme der nach den Umständen gebotenen „gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten“ verpflichtet, und zwar auch dann, „wenn der Anspruch sich als unbegründet erweist“. Kosten (wie auch Zinsen) sind nach Maßgabe des § 150 Abs 2 VersVG neben der vereinbarten Versicherungssumme insofern zu ersetzen, „als sie zusammen mit der übrigen Entschädigung die Versicherungssumme übersteigen“. Nach § 150 Abs 2 VersVG ist die Versicherungssumme nicht die absolute Obergrenze

1 Der Verfasser Dr. Hermann Wilhelmer ist Prokurist bei der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH und Leiter von Lauff und Bolz Österreich. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 14.3.2012 in dem von Attila Fenyves und Martin Schauer veranstalteten Privatissimum zum Versicherungsvertragsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien gehalten wurde. Der Verfasser dankt allen Teilnehmern für die reichhaltige und anregende Diskussion. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder. Die in dem Beitrag behandelte Frage der Zulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichthaftpflichtversicherung (vgl. II.B) ist Gegenstand eines UWG-Verfahrens mit von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH als beteiligter Partei.

2 Zum Begriff *Haftpflichtversicherungsanspruch* vgl Späte, AHB 1993, § 3, Rz 19f ff, 22; vgl zum analogen Begriff des Deckungsanspruchs Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 1994, 401.

3 Späte, AHB, § 3 Rz 22 ff m.w.N; vgl auch Lücke in Prölss/Martin, VVG² 2010, § 100 Rz 12 m.w.N; Baumann in BK 1998, § 149 Rz 8 ff, BGHZ 79, 76 = NJW 2003, 2376 = VersR 2009, 900.

4 Späte, AHB, § 3 Rz 22. Siehe jüngst zur einheitlichen Verjährung des Deckungsanspruchs auch OGH 7 Ob 91/10y in ecolex, 2011, 516.

5 Zum Widerspruchsrecht vgl Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, 2006 D Rz 13 ff. Vgl in den AVB etwa auch Art 6.6 Generali AHVB/EHVB 2000 idF 2009 oder Art 3 Ziff 6 d) AVBV 1951; die AVBV 1951 finden sich abgedruckt bei Fenyves/Koban, AVB⁴, 7, 49. Die übliche Widerspruchsklausel lautet: „Falls die vom Versicherer verlangte Erledigung eines Haftpflichtanspruches durch Anerkenntnis, Befriedigung oder Vergleich an dem Widerstande des Versicherungsnehmers scheitert oder falls der Versicherer seinen vertragsgemäßen Anteil an Entschädigung und Kosten zur Befriedigung des Geschädigten zur Verfügung stellt, hat der Versicherer für den von der Weigerung bzw. der Verfügungsstellung an entstehenden Mehraufwand an Hauptsache, Zinsen und Kosten nicht aufzukommen“.

6 Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, D Rz 16.

7 Ebd., D Rz 16.

der Leistungspflicht des VR. Rechtsschutzkosten sind *zusätzlich* zur Versicherungssumme zu leisten. Die Haftpflichtversicherungsbedingungen konkretisieren die Vorgaben des § 150 VersVG zur Abwehripflicht und den sich daraus ergebenden Leistungsumfang. Da § 150 VersVG dispositiv ist (§ 158a VersVG), sind die Vorgaben des § 150 VersVG in den einzelnen Bedingungswerken teilweise abweichend ausgestaltet. Zwei Fallkonstellationen sind von besonderem Interesse: die Einrechnung der *Kosten* in die Versicherungssumme⁸ und die „Aliquotierung“ der *Kosten* bei Haftpflichtansprüchen, welche die Versicherungssumme übersteigen.⁹

III. Einrechnung der Kosten in die Versicherungssumme

A. Allgemeines

Die historisch älteren Versicherungsbedingungen sahen – in Entsprechung von § 150 Abs 2 VersVG – keine Einrechnung der Kosten in die Versicherungssumme vor. Die verbandsgenehmigten AVBV 1951 und darauf aufbauend die AVBW 1972, AVBN 1978, AVBU 1992 lauten – dies in geltender Fassung bis heute – gleichlautend (Unterstreichung durch Verfasser): „Die Versicherungssumme stellt den Höchstbetrag der dem Versicherer – abgesehen vom Kostenpunkte (siehe Z. 6) – in jedem einzelnen Schadensfalle obliegenden Leistung dar“.¹⁰ Gleiches gilt auch für die Bedingungen zur Allgemeinen Haftpflichtversicherung (AHVB/EHVB).

Erst zu einem späteren Zeitpunkt wurde die Kosteneinrechnung in der Haftpflichtversicherung eingeführt. Erstmals erfolgte dies durch die AHVB/EHVB 1978.¹¹ Die aktuellen Musterbedingungen des österreichischen Versiche-

rungsverbandes zur Allgemeinen Betriebshaftpflichtversicherung AHVB/EHVB 2005 regeln in Art 6 die Einrechnung der Kosten in die Versicherungssumme.¹² Die Kosteneinrechnung ist auch im Bereich der (seit den 70-er und 80-er Jahren auch in Europa/Österreich immer stärker verbreiteten) D&O Versicherung vorherrschend üblich.¹³

In der Berufshaftpflichtversicherung wurde die Kosteneinrechnung erst spät eingeführt. So etwa durch Art 7 Ziff 3.4 der Generali ABHV/EBHV 2000 bzw. idF 2009: „Die Kosten gemäß den Pkt. 3.1 – 3.3 werden auf die Versicherungssumme angerechnet“. Oder durch Art 3 Abs 6 Wiener Städtische AVBV 2005: „Kosten gemäß den Punkten 6.1 bis 6.4 und Zinsen werden auf die Versicherungssumme angerechnet“. Trotz dieser Entwicklung ist die Kosteneinrechnung in der Berufshaftpflichtversicherung nicht allgemein üblich geworden. Die „Ausreißer“ auf VR-Seite kehren – so der aktuelle Trend – wieder zur additiven Kostenregelung zurück.¹⁴ In der Rechtsanwaltschaftpflichtversicherung zeichnen seit 2010 alle relevanten VR¹⁵ Deckungen nur mit *additiver* Kostenregelung.

Die Kosteneinrechnung ist in der Literatur und Judikatur kritisch aufgenommen worden. Dies soll nun sowohl für den Bereich der Pflichthaftpflichtversicherung (im weiteren „Pflichtversicherung“) (B) als auch für den Bereich der freiwilligen Haftpflichtversicherung (C) vertieft werden.¹⁶ Dabei werden die Argumente für die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung in der

Pflichtversicherung der Rechtsanwälte vorgestellt (B.1) und einer ausführlichen Kritik unterzogen (B.2). Sodann wird eine jüngst zu dieser Rechtsfrage ergangene OGH-E referiert (B.3) und das Ergebnis zusammengefasst (B.4). In einem weiteren Schritt wird der Frage nachgegangen, ob die Schlussfolgerungen zur Rechtsanwaltschaftpflichtversicherung auch auf andere Pflichthaftpflichtversicherungen übertragbar sind (B.5). Da die Kosteneinrechnung auch in der freiwilligen Haftpflichtversicherung üblich ist (C) und in der Literatur und Judikatur kritisiert wird (C.1), erfolgt abschließend eine Prüfung der Kosteneinrechnungsklausel nach AGB-rechtlichen Gesichtspunkten (C.2).

B. Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung

Steht es dem VR grundsätzlich frei, die Kosteneinrechnung abweichend von § 150 Abs 2 VersVG in den AVB zu vereinbaren, so kann es dennoch Grenzen geben, die dem VR eine derartige Regelung verbieten. Naheliegend sind Grenzen, die von Pflichtversicherungen und den dort vorgeschriebenen Mindestpflichtversicherungssummen herrühren. § 21a Abs 3 RAO iVm § 158c Abs 3 VersVG ordnet zB für Rechtsanwälte die Vorhaltung einer Mindestversiche-

8 Die am Markt üblichen Kosteneinrechnungsklauseln betreffen (häufig) nur *Kosten*, nicht jedoch *Zinsen*. Insofern bleibt es für die *Zinsen* bei der Regelung des § 150 Abs 2 letzter Satz. Der VR hat die *Zinsen* zusätzlich zur Versicherungssumme zu ersetzen; vgl auch *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, VR 1982, 84 ff, 85.

9 Zu diesem Themenkreis vgl *Wilhelmer*, Die Kostenaliquotierung in der Haftpflichtversicherung, erscheint im Septemberheft der VR 2012.

10 ZB Art 3. der AVBV 1951; vgl *Fenyves/Koban*, AVB, 48; zu den einschlägigen Bestimmungen der AVBW, AVBN (hier allerdings ist nur Art 3.3 einschlägig) und AVBU siehe *ebd* 55, 61, 65.

11 Vgl *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 87.

12 Vgl Erläuterungen zu den AHVB/EHVB 2005, VVO 2005, 29, 156.

13 Vgl *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability 2009, 433 ff; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O Versicherung mit internationalen Bezügen 2012, § 6 Rz 24 ff.

14 So Generali durch Pkt 8. der Besonderen Vereinbarungen zur Rechtsanwalts-Berufshaftpflichtversicherung 2011 (81GB7141), welcher die Kosteneinrechnungsregelung des Art 7 Pkt. 3.4 der ABHV/EBHV 2009 streicht. Damit gilt wieder § 150 Abs 2 VersVG.

15 Dazu zählen UNIQA, Allianz, HDI, Zurich, AXA, Grazer Wechselseitige, ERGO, R+V. Jüngst auch Wiener Städtische (vgl Bericht „Wiener Städtische trifft vor dem OGH auf von Lauff und Bolz“ im öst Versicherungsjournal vom 30.3.2012).

16 Der Unterschied zwischen Pflichthaftpflichtversicherung und freiwilliger Haftpflichtversicherung besteht darin, dass in der Pflichthaftpflichtversicherung der geschädigte Dritte besonders geschützt ist. Vgl dazu ausführlich *Fenyves* Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen der Pflichthaftpflichtversicherung VR 2005, 70 ff; *Hinteregger*, Pflichthaftpflichtversicherungen im Zivilrecht, VR 2005, 44 ff, 44-46; *Hübsch* in BK § 158b, Rz 5; *Kappmann* in Prölss/Martin, Vorbem zu §§ 113 ff, Rz 1. Der Geschädigtenesschutz resultiert insbesondere daraus, dass der VR jedenfalls im Rahmen der „amtlich festgesetzten Mindestversicherungssumme“ sowie der „übernommenen Gefahr“ zu decken hat (§ 158c Abs 3 VersVG) und eine eventuelle Leistungsfreiheit im Verhältnis VR-VN infolge Obliegenheitsverletzungen nicht gegenüber dem Dritten wirkt (§ 158c Abs 1 VersVG).

rungssumme in Höhe von € 400.000 an. Vergleichbare Pflichtversicherungsbestimmungen finden sich u.a. in § 30 NO für Notare, § 11 WTBG für Wirtschaftstreuhandler, § 137c GewO für Versicherungsvermittler.¹⁷ Im Lichte dieser Pflichtversicherungsvorgaben stellt sich die Frage, ob die Kosteneinrechnung zulässig ist, was nun im Folgenden anhand einer speziellen Pflichtversicherung, nämlich der Rechtsanwalts haftpflichtversicherung, untersucht werden soll.

1. Argumente für die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Rechtsanwalts haftpflichtversicherung

Die Pro-Argumente für die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung ergeben sich nach Ansicht der Befürworter aus § 21a RAO, aus den Gesetzesmaterialien zu § 21a RAO sowie aus der Dispositivität des § 150 VersVG.¹⁸

Gemäß § 21a Abs 1 RAO müsse der Rechtsanwalt, so die Befürworter, eine Haftpflichtversicherung „zur Deckung der aus seiner Berufstätigkeit gegen ihn entstehenden Schadenersatzansprüche“ abschließen. Schadenersatzansprüche können berechtigt oder unberechtigt sein. Da die Haftpflichtversicherung auch unberechtigte Haftpflichtansprüche befriedigt und unberechtigte abwehrt, sei anzunehmen, dass für beide Deckungskomponenten die Pflichtversicherungssumme € 400.000,- zu betragen habe und ausreiche. Sofern nur *beide* Deckungskomponenten in der Mindestversicherungssumme Deckung finden müssen, dürfe dies auch zur Kürzung der Versicherungssumme führen.

Die erhebliche Erhöhung der Mindestversicherungssumme durch das Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999¹⁹ mit der Verzehnfachung des bisherigen Pflichtversicherungsbetrages von € 36.336,- (ATS 500.000,-) spreche ebenfalls für die Zulässigkeit der Kostenein-

rechnung, da diese bereits zu einer wesentlich besseren Absicherung der geschädigten Dritten führe.

Ferner spreche der Wortlaut des § 21a Abs 3 RAO für die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung. Die Mindestversicherungssumme müsse nur „*insgesamt*“ in Höhe von € 400.000,- zur Verfügung stehen, weshalb der VR nicht mehr als die Pflichtversicherungssumme zu leisten habe. Das Wort „*insgesamt*“ sei so auszulegen, dass die Leistungspflicht des VR *alles in allem* nicht mehr als die Pflichtversicherungssumme umfasse.

Anders als bei der zeitlichen Beschränkung der Nachdeckung in § 21a Abs 5 RAO würde bei der Einrechnung der Kosten in die Pflichtversicherungssumme der Deckungsschutz auch nicht absolut, sondern nur relativ gekürzt. § 21a Abs 5 RAO verbiete die (absolut wirkende) Beschränkung der Nachdeckung, nicht jedoch die Möglichkeit der (relativ wirkenden) Kosteneinrechnung, weshalb letztere erlaubt sein müsse. Hätte der Gesetzgeber eine Kürzung der Versicherungssumme verbieten wollen, hätte er diese Frage geregelt.²⁰ Insgesamt sei die Kosteneinrechnung nach dem Grundsatz „was nicht verboten ist, ist erlaubt“ zulässig.²¹

Der Gesetzgeber würde nachweislich der Gesetzesmaterialien zu § 21a Abs 5 RAO zudem nicht volle Befriedigung der Haftpflichtansprüche erwarten. Es reiche eine „*im wesentlichen*“ unbeschränkte Befriedigung von Haftpflichtansprüchen.²² Da nur eine „*im wesentlichen*“ unbeschränkte Befriedigung von Schadenersatzansprüchen erforderlich sei, um die Pflichtversicherungssummenvorgaben zu erfüllen, dürfe die Versicherungssumme auch für andere Zwecke als die Befriedigung von Schadenersatzansprüchen verwendet werden.

Letztlich könne die Kosteneinrechnung von der Vorgabe des dispositiven § 150 Abs 2 VersVG abweichen. Die Vereinbarung von Risikoabschlüssen sowie Risikobegrenzungen seien in der Pflichtversicherung generell möglich, sofern sie sich im *üblichen* Rahmen halten.²³ Dies habe der OGH durch seine jüngste Judikatur zur Pflichthaftpflichtversicherung in 7 Ob 152/06p und 7 Ob 33/10v bestätigt. Da die Einrechnung der Kosten in die Pflichtversicherung in der Versicherungsbranche auch *üblich*²⁴ sei, könne sie nicht verboten sein.

2. Kritik:

Diese Argumente werden im Folgenden der Kritik unterzogen.²⁵

a) Doppelfunktion der Haftpflichtversicherung?

Es ist zwar richtig, dass die Haftpflichtversicherung eine Doppelfunktion inne hat und beide Funktionen (Abwehr- und Befriedigungsfunktion) gleichwertig sind. Jene AVB, die keine Kosteneinrechnung vorsehen, sondern die Abwehrkosten *zusätzlich* zur Versicherungssumme leisten, sichern dem Geschädigten aber bei Haftpflichtansprüchen in Höhe der Versicherungssumme immer die unbegrenzte Befriedigung seines Haftpflichtanspruchs. AVB mit Kosteneinrechnung gewährleisten dies dagegen gerade nicht. Werden die Kosten in die Versicherungssumme eingerechnet, stellt dies den VN schlechter als bei Versicherungsdeckungen mit additiver Kostenregelung. Es kommt nicht abstrakt auf die Doppelfunktion der Haftpflichtversicherung an, sondern *wie* diese Doppelfunktion (hier die Abwehrfunktion) *konkret* ausgestaltet ist.

17 Es gibt auch noch eine Vielzahl an anderen Pflichtversicherungen, insbesondere die Pflichtversicherung für Ärzte (§52d ÄrzteG bzw. §26c ZÄG) oder die Pflichtversicherung für Kfz (§ 59 KFG iVm KHVG). Eine gute Übersicht über die in Österreich bestehenden Pflichtversicherungen gibt *Hinteregger*, Pflichthaftpflichtversicherungen im Zivilrecht, 47 ff. Zur neuen Pflichtversicherung für Ärzte vgl *Fitsch*, Zu Risiken und Nebenwirkungen ... fragen Sie Ihren Haftpflichtversicherer, Phi 2012, 82 ff.

18 Bei diesen Argumenten handelt es sich um das Vorbringen der Wiener Städtische im UWG-Verfahren gegen den Versicherungsmakler von Lauff und Bolz.

19 Mit Verweis auf Regierungsvorlage zum Rechtsanwalts-Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999, 1638 BlgNR 20. GP.

20 Diese Schlussfolgerung trifft ausdrücklich das unterinstanzliche HG Wien in seiner E zu EV 10 CG 34/11 x-4 vom 18.4.2011.

21 *Ebd.*

22 Mit Verweis auf 1638 BlgNR 20. GP 16.

23 BlgNR 20. GP 1638 zu § 21a Abs 5 RAO.

24 Als Referenz für die praktische Üblichkeit der Kosteneinrechnung am Versicherungsmarkt werden die Bedingungswerke von Generali (ABHV/EBHV 1997, 2000 und 2000 idF 2009), Gerling (ABHV 1997 GKI 04) sowie Zurich (ABHV/EBHV 1999) angeführt.

25 Dabei handelt es sich im Wesentlichen um das Vorbringen des Versicherungsmaklers von Lauff und Bolz im UWG-Verfahren gegen die Wiener Städtische.

b) Auslegung von Gesetzesbestimmungen, Gesetzesmaterialien.

Schon aus dem Wortlaut des § 21a Abs 1 RAO ergibt sich das Gegenteil dessen, was die Befürworter der Kosteneinrechnung rechtfertigen wollen. § 21a Abs 1 RAO besagt, dass der Rechtsanwalt „zur Befriedigung von Schadenersatzansprüchen“ Dritter eine Versicherungsdeckung abschließen muss. Wenn die Versicherungsdeckung der Befriedigung von *Schadenersatzansprüchen* dienen soll, dann ist es naheliegend, dass der geschädigte Dritte in Höhe der Pflichtversicherung seinen *Schadenersatz* auch ersetzt erhält. Bei der Kürzung der Versicherungssumme durch Abwehrkosten ist dies jedoch nicht gesichert. Bei Abwehr- oder Prozesskosten handelt es sich nicht um Leistungen zur Befriedigung eines Schadenersatzanspruchs.

§ 21a Abs 3 RAO ordnet ferner an, dass die Versicherungssumme für *jeden Versicherungsfall* zur Verfügung zu stehen hat. Damit wird – worauf bereits *Fenyves* und *Schauer* (letzterer mit Bezugnahme auf die notarielle Berufspflichtversicherung) hingewiesen haben – die Vereinbarung einer Jahreshöchstleistungsbe-grenzung für alle Versicherungsfälle eines Jahres verboten.²⁶ Eine Begrenzung der Leistungspflicht zB auf das Dreifache der Pflichtversicherungssumme für alle Versicherungsfälle eines Jahres ist unzulässig.²⁷ Der Gesetzgeber bringt damit ganz generell zum Ausdruck, dass in der Pflichtversicherung eine Einschränkung der betraglichen Leistungspflicht *nicht* erfolgen darf.²⁸ Wenn somit in § 21a RAO die Vereinbarung einer Jahreshöchstleistungsbeschränkung, die sich bei mehreren Versicherungsfällen zu Lasten der geschädigten Dritten auswirkt, verboten ist, so gilt dies qua „argumentum a maiori ad minus“ erst recht für eine Leistungsbe-grenzung, die sich bereits innerhalb eines Versicherungsfalles auswirkt.

Auch aus dem Wortlaut des § 158c Abs 3 VersVG kann die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung nicht erschlossen werden. Der VR hat gemäß § 158c Abs 3 VersVG gegenüber dem geschädigten Dritten „im Rahmen der amtlich festgesetzten Mindestversicherungssummen und der von ihm übernommenen Gefahr“ zu haften. Der Gesetzgeber will bei amtlich festgesetzten Mindestversicherungssummen eine uneingeschränkte betragliche Leistungspflicht garantieren.²⁹ Weniger als die Mindestversicherungssumme soll der geschädigte Dritte nicht erhalten. Die Kürzung der „amtlich festgesetzten Mindestversicherungssumme“ durch Abwehrkosten widerspricht § 158c Abs 3 VersVG iVm § 21a RAO.

Dass der Gesetzgeber keine betraglichen Leistungsbeschränkungen zulassen will, bringt er nachweislich der Materialien³⁰ dadurch zum Ausdruck, dass Selbstbehalte nicht gegenüber dem Dritten wirken und daher die Leistungspflicht des VR schmälern dürfen. Der geschädigte Klient ist so zu befriedigen, als ob kein Selbstbehalt vereinbart wäre.³¹ Wenn die Vereinbarung eines Selbstbehalts nicht zu einer betraglichen Leistungskürzung gegenüber dem geschädigten Dritten führen darf, dann gilt dies um sehr mehr für die Kürzung der Versicherungssumme durch Abwehrkosten, die ein Vielfaches eines Selbstbehaltes betragen kann.

Auch aus der Vervielfachung (Verzehnfachung) der Pflichtversicherungssumme durch das Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999 (auf € 400.000,-) gegenüber der damaligen Pflichtversicherungssumme (ATS 500.000,-; € 36.336,-) lässt sich kein zulässiges Argument gewinnen.³² Der Gesetzgeber ist sich bewusst gewesen, dass die (Unterstreichung durch den Verfasser) „bisher geltende Mindestversicherungssumme von ATS 500.000,- im Hinblick auf das im modernen Wirtschaftsleben deutlich gestiegene Risiko höherer Schäden (...) im Interesse eines umfassenden Klientenschutzes“ unzureichend und deshalb „auf das etwa Zehn-

fache des bisherigen Betrages“ anzuheben war.³³ Wenn der Gesetzgeber aus Sorge einer nicht ausreichenden Versicherungsdeckung die Pflichtversicherungssumme deutlich anhebt, ist damit im gleichen Schritt nicht eine Kürzung der Versicherungssumme durch Abwehrkosten rechtfertigbar.

Zudem ist die Deutung des Begriffes „insgesamt“ in § 21 Abs 3 RAO verfehlt. Mit diesem Hinweis in den Gesetzesmaterialien wird klar-gestellt, dass nicht jeder einzelne Rechtsanwalt eine *individuelle* Haftpflichtversicherung über eine Mindestsumme von € 400.000,- abschließen muss, sondern dass es ausreicht, wenn jeder Rechtsanwalt insgesamt unter Ein-schluss seiner individuellen und allfälliger sonstiger Versicherungen, etwa des Großschaden-Kammervertrags seiner Rechtsanwaltskam-mer, über eine Deckungssumme für jeden einzelnen Versicherungsfall in Höhe von ins-gesamt € 400.000,- verfügt.³⁴ Es ist nachweis-lich den Materialien eindeutig, dass es um die Zusammenfassung mehrerer Versicherungen eines Rechtsanwalts geht, um die Mindestver-sicherung in Summe zu erreichen, und nicht darum, dass der VR davor geschützt werden soll, insgesamt mehr als € 400.000,- bezahlen zu müssen.³⁵

Die Kosteneinrechnung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass nur eine „im wesentlichen“ unbeschränkte Befriedigung von Haftpflichtansprüchen erforderlich ist, um die Vorgaben der Pflichtversicherung zu erfüllen. Die Aussage in den Materialien zu § 21a Abs 5 RAO, wonach „der im Abs 1 geregelten umfas-senden Versicherungspflicht im Hinblick auf den vorrangigen Zweck der Regelung als Klien-tenschutzbestimmung nur durch solche Versi-cherungsverträge entsprochen wird, die eine im Wesentlichen unbeschränkte Befriedigung der Schadenersatzansprüche von Klienten sicher-stellen“,³⁶ würde ins Gegenteil verkehrt werden, wenn daraus abzuleiten wäre, dass „nicht ganz so wesentliche“ Einschränkungen doch zuläs-sig wären. Der Gesetzgeber war vielmehr der Meinung, dass durch die anvisierte Pflichtver-sicherungssumme von € 400.000,- das Gros der Schadenersatzansprüche der Höhe nach

26 *Fenyves*, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen, 75; *Schauer*, Einige Fragen der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Notare NZ 1999, 305 ff, 310.

27 *Fenyves*, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen, 75-76; *Schauer*, Einige Fragen der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Notare, 310.

28 *Fenyves*, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen, 75-76.

29 *Ebd.*, 75-76.

30 1638 BlgNR 20. GP, 17; vgl auch *Fenyves*, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen, 75.

31 *Fenyves*, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen, 75; *Schauer*, Einige Fragen der obligatorischen Haftpflichtversicherung für Notare, 310.

32 EBRV 20. GP 1638, 16.

33 EBRV 20. GP 1638, 16.

34 EBRV 20. GP 1638, 16.

35 Vgl dazu auch Feil/Wennig, Anwaltsrecht⁴, 156; Brandl/Völkl, Versichern beruhigt? AnwBl 1998, 88.

36 EBRV 20. GP 1638, 16.

erfasst werden. Durch die Vervielfachung der Versicherungssumme soll nachweislich der Materialien dem „deutlich gestiegene(n) Risiko höherer Schäden“ Rechnung getragen werden.³⁷ Das „im wesentlichen“ bezieht sich auf die Schadenersatzhöhe sowie auf die durch das Verbot der Jahreshöchstleistungsbeschränkung und das Verbot der Nachdeckungsbegrenzung bewirkte möglichst weitgehende quantitative und zeitliche Versicherungsdeckung.³⁸

Auch das Argument, der Gesetzgeber hätte die Kosteneinrechnung ausdrücklich verbieten müssen, und da er dies nicht getan habe, sei die Kosteneinrechnung zulässig, läuft ins Leere. Fenyves hat darauf überzeugend hingewiesen, dass der Grundsatz „was nicht verboten ist, ist erlaubt“, in der Pflichtversicherung in Bezug auf vertragliche Leistungskürzungen keinen zulässigen Anwendungsraum hat.³⁹ In der Pflichtversicherung gilt der Auslegungsgrundsatz, dass Einschränkungen beim Deckungsumfang ausdrücklich im Gesetz angeordnet werden müssen, damit sie (zumindest gegenüber dem Außenverhältnis dem Dritten gegenüber) gültig sind. Ordnet der Gesetzgeber zu einem konkreten Punkt zB zur Geltung der Nachdeckung nichts explizit an, so

darf daraus im Umkehrschluss nicht gefolgert werden, eine Nachdeckungsbegrenzung sei deshalb zulässig, weil der Gesetzgeber schweige. Gleiches lässt sich auch im Fall von betraglichen Leistungsbeschränkungen, insbesondere bei Einrechnung der Kosten, sagen.

c) Üblichkeit von Deckungsausschlüssen?

Der Hinweis der Befürworter der Kosteneinrechnung auf aktuelle E des OGH zur Pflichthaftpflichtversicherung geht ebenfalls fehl. Die zitierten E des OGH zu 7 Ob 152/06p und 7 Ob 33/10v betreffen nicht die hier einschlägige Frage der Kosteneinrechnung in die Pflichtversicherungssumme.⁴⁰ Der OGH spricht in beiden Entscheidungen überdies davon, dass eine Pflichthaftpflichtversicherung stets dort eingeführt werde, wo der geschädigte Dritte nach Ansicht des Gesetzgebers besonders schutzwürdig sei. Der OGH betont auch, dass dann, wenn Risikobeschränkungen und Risikoausschlüsse grundsätzlich möglich sind, diese den Schutz des Dritten nicht untergraben dürfen. Die Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung kann den Schutz des geschädigten Dritten jedoch untergraben, weil er Gefahr läuft, seinen Schadenersatz nicht bis zur Höhe der Pflichtversicherungssumme ersetzt zu erhalten. Gerade der Fall hoher Prozesskosten kann die Versicherungssumme massiv schmälern und die Befriedigungsfunktion deutlich relativieren.⁴¹

Auch die grundsätzliche Zulässigkeit üblicher Risikobegrenzungen- und Risikoausschlüsse ist kein überzeugendes Argument für die Kosteneinrechnung. Es stimmt zwar, dass übliche Risikoausschlüsse und Risikobegrenzungen, soweit der Gesetzgeber keine weiteren Anordnungen trifft, bei der Abgrenzung des versicherten Risikos möglich sind.⁴² Risikoausschlüsse und Risikobegrenzungen gemäß § 158c VersVG beziehen sich jedoch auf das versicherte Risiko. Das versicherte Risiko wird durch primäre und sekundäre Risikoumschreibung determiniert.⁴³ Die primäre Risikoumschreibung umfasst in der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung den Befugnisumfang und das Berufsbild des Rechtsanwaltes. Risikoausschlüsse als Teil der sekundären Risikoumschreibung schließen dagegen bestimmte Tätigkeiten oder Pflichtverletzungen (zB Vorsatz- oder Pflichtwidrigkeitsausschluss,⁴⁴ Ausschluss der wirtschaftlichen Tätigkeit) wieder aus dem versicherten Risiko aus. Betragliche Leistungsvereinbarungen betreffen jedoch nicht das versicherte Risiko und nicht die vom Versicherer zu „übernehmende Gefahr“ gemäß § 158c VersVG! Sie regeln die „amtlich festgesetzte Mindestversicherungssumme“. Das Argument der Zulässigkeit von Risikobegrenzungsklauseln trifft nicht, da diese nicht im Bereich des betraglichen Leistungsumfanges, bei der amtlich festgelegten Mindestversicherungssumme, ansetzen dürfen.

Auch das Argument der praktischen Üblichkeit der Kosteneinrechnung hilft nicht weiter. Erstens gilt die (alleinige) übliche Versicherungspraxis nicht als zulässiges Beurteilungskriterium bei betraglichen Leistungskürzungen⁴⁵ und

37 1638 BlgNR 20. GP, 17.

38 Der Wortlaut „im wesentlichen“ findet sich in den Materialien in Z 10 zu § 21a RAO und bezieht sich auf die Kommentierung des § 21a Abs 5 RAO, 1638 BlgNR 20. GP, 17. In Abs 5 ist das Verbot der Nachdeckungsbegrenzung geregelt. Dieses hat einen anderen Schutzzweck als die Anordnung einer Pflichtversicherungssumme. Das Verbot der Nachdeckungsbegrenzung soll ein „Abschneiden“ der an sich aufgrund des Verstoßprinzips in der Berufshaftpflichtversicherung bestehenden unbegrenzten zeitlichen Nachdeckung verhindern. Eine „im wesentlichen“ unbegrenzte Befriedigung des Haftpflichtanspruches ist ja nur durch eine unbeschränkte Nachdeckung gewährleistet. Die relative betraglichen Leistungskürzung ist aber etwas anderes als der absolute Deckungsverlust durch eine Nachdeckungsbegrenzung. Das „kleinere Übel“ der Kosteneinrechnung lässt sich nicht durch Hinweis auf das „größere Übel“ der Nachdeckungsbegrenzung und des damit korrespondierenden Nachdeckungsbegrenzungsverbotes rechtfertigen. Insofern ist die vorgenannte Materialienstelle mit dem Wortlaut „im wesentlichen“ für ein Pro-Argument der Kosteneinrechnung nicht tauglich.

39 Vgl ausführlich Fenyves, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen, 75-77, sowohl mit Bezug auf den Selbstbehalt, auf das Verbot der Jahreshöchstleistungsbeschränkung, auf das Verbot der Drittwirkung der Serienschadenklausel als auch auf das Verbot der Nachdeckungsbegrenzung, jeweils in Hervorhebung und mit der Conclusio, dass Außenwirkung nur dann besteht, „wenn der Gesetzgeber das ausdrücklich verfügt“.

40 Die E des OGH (konkret geht es in diesen E um die Berufshaftpflichtversicherung von Finanzdienstleister gemäß WAG) befassen sich einmal mit der Frage, ob auch der außerbörsliche Erwerb von Versicherungsschutz umfasst ist, und einmal mit der Frage zu Ausschlüssen der Vermittlung der Veranlagung bei nichtbefugten Unternehmen oder unter Missachtung der gesetzlichen Prospektspflicht.

41 Im worst case könnte bei einem sehr langen Prozess (insbesondere bei höheren Streitwerten) die Mindestversicherungssumme von € 400.000,- derart geschmälert werden, dass für die Befriedigung des Schadenersatzes nur noch ein kleiner Teil der Versicherungssumme zur Verfügung steht.

42 Risikoausschlüsse sind dabei nur zulässig, wenn sie im üblichen Ausmaß gestaltet sind, vgl Schauer, Versicherungsvertragsrecht³, 413. Als Maßstab für die Üblichkeit werden in der versicherungsrechtlichen Diskussion und in der Berufshaftpflicht-Versicherungsbranche (bei der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung geht es um eine Berufshaftpflichtversicherung) die AVBV 1951 herangezogen, die im Jahr 1950 vom Versicherungsverband genehmigt wurden und heute am Versicherungsmarkt nach wie vor als die dominierenden AVB für dieses Segment angesehen werden. Die AVBV 1951 enthalten unstrittig keine Kosteneinrechnungsklausel.

43 Zur primären und sekundären Risikoumschreibung vgl Prölls in Prölls/Martin, VVG, § 1 Rz 114; Schauer, Versicherungsvertragsrecht, 147; Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, A Rz 15; Diller, AVB-RSW 2009, § 1 Rz 12; Rintelen in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch² 2008, § 26 Rz 5.

44 Zum Vorsatz- und Pflichtwidrigkeitsausschluss in der Haftpflichtversicherung vgl Wilhelm, Der Schein trügt: Zur Abgrenzung von Pflichtwidrigkeits- und Vorsatzklausel in der Haftpflichtversicherung, eoclex 2006, 642 ff.

45 So Ertl, Versicherungspflicht light, eoclex, 2007, 586, wonach „der übliche Deckungsumfang (...) nur ein Kriterium sein (kann), (...) nicht das einzige“ (ebd. 587).

zweitens sind Kosteneinrechnungsklauseln in der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung nicht üblich.⁴⁶

3. Judikatur

Der OGH ging jüngst in einem (UWG-rechtlichen) Beschluss⁴⁷ neben diversen Deckungsfragen zur Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung auch auf die Frage der Zulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung ein. Seiner Auffassung nach habe die Rechtsmeinung der Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung „viel für sich“ und es liege nahe, „dass die gesamte Summe für deren Entschädigung zur Verfügung stehen“ müsse. Damit würde, so der OGH, auch Übereinstimmung mit § 150 Abs 2 VersVG vorliegen. Obwohl § 150 Abs 2 VersVG dispositiv ist, könne, so der OGH, nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber dem § 21a RAO aus systematischer Sicht ein von § 150 Abs 2 VersVG abweichendes Verständnis des Begriffs „Versicherungssumme“ zugrunde gelegt habe. Die Aussage, „die Einrechnung der Abwehrkosten verstoße „wohl“ gegen § 21a RAO, sei daher UWG-rechtlich unbedenklich. Einer endgültigen deckungsrechtlichen Bewertung enthielt sich der OGH und verwies zur endgültigen Deckungsklä rung auf die Aufsichtsbehörden (Rechtsanwaltskammern). Ebenso unterblieb eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Pro- und Contra-Argumenten zur Kosteneinrechnung.

4. Ergebnisse

Die Argumente zur *Unzulässigkeit* der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung überzeugen. Sowohl die Gesetzesbestimmungen § 21a RAO und § 158c VersVG als auch die Gesetzesmaterialien zu § 21a RAO zeigen deutlich, dass eine Kosteneinrechnung im Pflichtversicherungsbereich problematisch ist.

Zu stark sind die Vorgaben des Gesetzgebers zum betraglichen Leistungsumfang (Verbot der Jahreshöchstleistungsbegrenzung, Verbot der Anwendung des Selbstbehaltes gegenüber dem geschädigten Dritten, Festlegung einer „Mindestversicherungssumme“, Drittschutzcharakter der Pflichtversicherung gemäß § 158b ff VersVG, Zulässigkeit von üblichen Risikoabschlüssen und -begrenzungen nur in Bezug auf das zu versichernde Risiko, nicht aber als Legitimation für betragliche Leistungskürzungen), um daraus letztlich überzeugende Argumente für die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung ableiten zu können. Die Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in die Pflichtversicherungssumme ist auch ganz hM in Deutschland.⁴⁸ Der OGH sympathisiert mit der Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung, womit ein Präjudiz für die Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung vorliegt. Es bestehen klare Stellungnahmen von Aufsichtsbehörden und Rechtsanwaltskammern zur Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung, so durch das BMJ⁴⁹ im Mai 2011 aufgrund einer Anfrage der Rechtsanwaltskammer Wien.⁵⁰ Es dürfen daher kaum noch Zweifel an der Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung bestehen.

5. Kosteneinrechnung in anderen Pflichtversicherungen

Die aus der Analyse und Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und Materialien zur Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung gewonnenen Einsichten zur Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherung lassen sich – insbesondere mit Bezugnahme auf das Selbstbehalts-Drittwirkungsverbot – auch auf die Pflichtversicherun-

gen anderer Berufsgruppen übertragen. Das zentrale Argument lautet wie bereits zuvor ausgeführt: Ist die Vereinbarung eines Selbstbehaltes im Außenverhältnis nicht zulässig, so gilt dies nach dem Größenschluss noch viel mehr für die Einrechnung der Kosteneinrechnung in die Pflichtversicherungssumme. Ferner: Ordnet der Gesetzgeber eine Pflichtversicherungssumme an, ohne die Kosteneinrechnung ausdrücklich für zulässig zu erklären, ist die Kosteneinrechnung verboten. Anhand der Pflichtversicherung der Notare, Wirtschaftstreuhänder, Versicherungsvermittler, gewerblichen Vermögensberater und Immobilien-treuhand er soll dies kurz gezeigt werden.

a) Notare

§ 30 NO⁵¹ und §21a RAO verfügen nicht nur über den nahezu gleichen Wortlaut, sondern auch über idente Pflichtversicherungsbestimmungen. So ordnet § 30 NO analog zu § 21a RAO die Versicherung zur Befriedigung von *Schadenersatzansprüchen* an, legt die Pflichtversicherungssumme mit € 400.000,- pro Versicherungsfall fest, regelt das Verbot der Jahreshöchstleistungs- und das Verbot der Nachdeckungsbeschränkung.⁵² Auch die Materialien zum Notariats-Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999⁵³ gleichen den Materialien zum Rechtsanwalts-Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999,⁵⁴ insbesondere das Verbot der Außenwirkung des Selbstbehaltes gegenüber dem geschädigten Dritten betreffend.⁵⁵ Das *Drittwirkungsverbot* des Selbstbehaltes findet sich in der notariellen

46 Die schon oben unter III.A. sowie in FN 24 zitierten AVB sind nicht markt-gängig. Laut HDI ist insgesamt nur ein Versicherungsvertrag zu den ABHV 1997 GKI 04 im Portfolio, alle anderen Vermögensschadens-Haftpflichtversicherungen werden auf Basis der HDI-eigenen AVBV (HDI-GK05) gezeichnet, die keine Kosteneinrechnung vorsehen. Zurich zeichnet seit vielen Jahren nicht aktiv Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung auf ABHV/EBHV-1999-Basis, weshalb deren Bedingungen mangels ausreichenden Versicherungsbestandes nicht als Nachweis der Üblichkeit herangezogen werden können. Und Generali streicht – wie schon erwähnt – seit Herbst 2010 die Kosteneinrechnungsklausel in den ABHV/EBHV 2000 idF 2009 durch Besondere Bedingungen. Zwischenzeitlich hat auch die Wiener Städtische bekannt gegeben, dass sie die Kosten in ihrem Produkt nicht mehr einrechnet. Vgl Bericht „Wiener Städtische trifft vor dem OGH auf von Lauff und Bolz“ im öst Versicherungsjournal vom 30.3.2012.

47 OGH Beschluss 4 Ob 165/11k vom 28.02.2012. Dieser Beschluss bezieht sich auf die UWG-Auseinandersetzung zwischen der Wiener Städtischen und von Lauff und Bolz.

48 *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung D Rz 286; *Diller*, AVB-RSW § 3 Rz 112, der auf § 101 Abs 2 Satz 1 (§ 150 Abs 2 aF) VVG 2008 verweist und ausführt, dass „der VR die Kosten eines (erfolglosen) Rechtsstreits nicht auf die Versicherungssumme anrechnen darf“; *Kaufmann*, Die Berufshaftpflichtversicherung des Steuerberaters, 1996, 140; *Hartmann* in Terbille, Münchner Anwaltshandbuch Versicherungsrecht², 2008, § 22 Rz 73; *Rintelen* in Beckmann/Beckmann-Matusche, Versicherungsrechts-Handbuch, § 26 Rz 321.

49 Schreiben des BMJ vom 5.5.2011 an die Rechtsanwaltskammer Wien.

50 Dem Verfasser sind weitere Rechtsanwaltskammern bekannt, die in deren Gremien zu dieser Deckungsfrage beraten und sich ebenfalls dieser Rechtsmeinung angeschlossen haben.

51 § 30 NO wurde durch das Notariats-Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999 novelliert, BGBl I 1999/72; in Kraft getreten am 1. Juni 1999.

52 *Schauer*, Einige Fragen in der obligatorischen Haftpflichtversicherung, 310 ff.

53 1633 BlgNr 20. GP, 12.

54 Die gilt sowohl für die Formulierung, dass der Versicherungsschutz „nur im wesentlichen“ unbegrenzt zur Verfügung zu stehen hat als auch für das Argument, Deckungsbegrenzungen und Deckungsausschlüsse seien auch im Bereich der Pflichtversicherung zulässig.

55 1633 BlgNr 20. GP, 12.

Berufshaftpflichtversicherung zusätzlich in Punkt 4.2 der VHR.⁵⁶ Der Selbstbehalt gilt als (rein interner) *Aufwendungsersatzanspruch* des VR gegenüber dem VN⁵⁷ und entfaltet keine Auswirkung gegenüber dem Dritten. Eine ausdrückliche Anordnung zur Zulässigkeit der Kosteneinrechnung findet sich in der NO oder den Richtlinien der ÖNK nicht.

b) Wirtschaftstreuhänder

Die zentrale Norm des § 11 WTBG verweist in Abs 3 betreffend Vereinbarung von Selbstbehalten auf § 158c VersVG. § 158c VersVG ordnet die Leistungspflicht gegenüber dem Dritten bekanntlich auch dann an, wenn der VR im Verhältnis zum VN (zB wegen Obliegenheitsverletzung oder Prämienzahlungsverzug) leistungsfrei ist. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass Selbstbehalte nicht gegenüber dem Dritten wirken dürfen.⁵⁸ Auch hier fehlt im WTBG eine ausdrückliche Anordnung zur Zulässigkeit der Kosteneinrechnung.

c) Versicherungsvermittler

Zwar werden in den Materialien zu § 137c GewO Selbstbehalte im Ausmaß bis zu 5 % der jeweiligen Schadenssumme als zulässig erachtet. Da § 137c VersVG selbst keine Regelung zur Zulässigkeit eines Selbstbehaltes enthält, ist die in den Materialien kommentierte Zulässigkeit von Selbstbehalten in ihrer Außenwirkung nicht beachtlich.⁵⁹ Es sind nur die Anordnungen des Gesetzgebers in § 137c GewO entscheidend. Legalisiert das Gesetz keine Zulässigkeit des Selbstbehaltes im Außenverhältnis, kann dem Selbstbehalt nur Innenwirkung zukommen.⁶⁰ Der Gesetzgeber schweigt auch hier zur Frage der Kosteneinrechnung.

d) gewerblicher Vermögensberater

Da sich die durch § 136a Abs 12 GewO⁶¹ per 1.9.2012 bzw 1.4.2013 neu eingeführte Versi-

cherungspflicht für gewerbliche Vermögensberater an den Pflichtversicherungsvorgaben des § 137c VersVG für Versicherungsvermittler orientiert,⁶² gilt für diese Pflichtversicherung nichts anderes.

e) Wertpapierunternehmen

Die Haftpflichtversicherung der Wertpapierunternehmen ist gemäß § 4 Abs 3 WAG (früher § 20 Abs 5 WAG) eine Pflichthaftpflichtversicherung, die §§ 158 ff VersVG finden Anwendung.⁶³ Die Zulässigkeit der Kosteneinrechnung ist in § 4 Abs 3 WAG nicht geregelt. Hinzukommt, dass in § 4 Abs 3 WAG ein Verweis auf § 158c Abs 1 und 2 VersVG erfolgt. § 158c VersVG ist die zentrale Norm des Drittschutzes in der Pflichtversicherung, weshalb Leistungskürzungen (Selbstbehalte, Kosteneinrechnung) im Außenverhältnis nicht zulässig sind.

f) Immobilientreuhänder

Die einschlägige Gesetzesbestimmung zur Pflichtversicherung für Immobilientreuhänder (diesem Gewerbe gehören Immobilienmakler, Immobilienverwalter und Bauträger an) verbietet in § 117 Abs 7 GewO⁶⁴ die Vereinbarung eines Selbstbehaltes zwar nicht generell. „Die Vereinbarung eines Selbstbehaltes von mehr als fünf vH“ ist – wie es jedoch heißt – zu weitgehend und daher unzulässig. Selbstbehalte von weniger als fünf vH (gemeint sind 5 % von der Schadenssumme) dürfen dagegen zulässig vereinbart werden, die dann auch gegenüber dem Dritten wirksam sind. Damit ist das Selbstbehalts-Drittwirkungs-Verbots-Argument zwar relativiert. Dennoch zeigt der

Gesetzgeber mit der *Begrenzung der zulässigen Selbstbehaltswirkung*, dass er nur geringfügige Leistungsbegrenzungen gegenüber dem geschädigten Dritten akzeptieren möchte. Werden Kosten auf die Versicherungssumme angerechnet, kann die Leistungskürzung rasch ein Vielfaches des Selbstbehaltes erreichen. Auch eine gesetzliche Anordnung zur Zulässigkeit der Kosteneinrechnung findet sich nicht.

g) Ergebnis

Die Kosteneinrechnung ist in den vorgenannten Pflichtversicherungen nicht zulässig.

C. Die Kosteneinrechnung in der freiwilligen Haftpflichtversicherung

Im Bereich der freiwilligen Haftpflichtversicherung sind die einschlägigen Vorgaben der gesetzlichen Pflichtversicherung nicht maßgeblich. Abweichungen von den Vorgaben des § 150 Abs 2 VersVG können jedoch auf Grenzen stoßen, wenn sie als AGB-rechtswidrig zu qualifizieren sind. Die Kosteneinrechnung wurde in Literatur und Judikatur unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten bereits kritisiert (1). Es soll daher zum Abschluss dieses Beitrages geprüft werden, ob die Kosteneinrechnungsklausel einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhält (2).

56 Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer über die Vertragsbedingungen der Haftpflichtversicherung (VHR 1999) vom 8. Juni 1999 (iF DT-Beschluss 28.10.2005), abgedruckt in *Wagner/Knechtel NO*⁶, 798-803.

57 Zu dieser Interpretation des Selbstbehaltes vgl *Schauer*, Einige Fragen in der obligatorischen Haftpflichtversicherung, 310-311.

58 Vgl auch *Biegl*, Die aktuelle Lage der Haftpflichtversicherung der Abschlussprüfer in Österreich, in *Koziol/Doralt (Hrsg)*, Abschlussprüfer. Haftung und Versicherung 2004, 123, 125.

59 Nach hM (insbesondere *Fenyves*) ist das jeweilige Berufsgesetz, welches die Pflichtversicherung anordnet, maßgeblich. Materialien oder sonstige Erklärungen haben nur insofern Bedeutung, als sie helfen, die Bedeutung der Gesetze besser zu verstehen. Sie sind maßgeblich für den Maßstab der Auslegung, es kommt ihnen keine Gesetzeswirkung zu. *Fenyves* beurteilt deshalb den Erlass des BMWA vom 17.1.2005 (BMWA-30.599/5251-1/7/2004) zur Zulässigkeit einer 5-jährigen Nachdeckungsbegrenzung als gesetzes- und EU-richtlinienwidrig, vgl *Fenyves*, Die Haftpflichtversicherung der Versicherungsvermittler gemäß § 137c GewO VR 2005, 172. Weder § 137c GewO noch die EU-Vermittlerrichtlinie enthalten eine Regelung zur Zulässigkeit von Nachdeckungsbegrenzung. Erklärt der Gesetzgeber dagegen in § 137c Abs 1 GewO die Begrenzung der Jahreshöchstleistung auf das 1,5 fache der Pflichtversicherungssumme für zulässig, dann schlägt diese Leistungsbegrenzung auch gegenüber dem Dritten durch.

60 *Fenyves*, Die Haftpflichtversicherung der Versicherungsvermittler, 172.

61 § 136a Abs 12 GewO wurde mit BGBl I Nr 99/2011 vom 16.11.2011 neu in die GewO eingefügt.

62 Ausdrücklich der Verweis in EB zu RB 1385d BlgNR XXIV. GP, 6 auf § 137c GewO.

63 Vgl dazu *Schauer*, Rechtsprobleme der Haftpflichtversicherungen im KMG, WAG und ÜbG, FS Heinz Krecji 2001, 1268 ff, 1283-1286.

64 § 117 Abs 7 GewO wurde mit BGBl I Nr 42/2008 vom 26.03.2008 neu in die GewO eingefügt.

1. Literatur und Judikatur zur Kosteneinrechnung

In der österreichischen Lehre hat insbesondere *Fenyves*⁶⁵ die Kosteneinrechnungsklausel kritisiert. Obwohl § 150 VersVG dispositiv und die Abänderung der Risikoverteilungsregeln der §§ 63 und § 150 VersVG nach Meinung von *Fenyves* nicht per se unzulässig sind,⁶⁶ sei die Kosteneinrechnung dann problematisch, wenn das Entstehen von Kosten durch *Weisung* oder durch sonstige Veranlassung des VR⁶⁷ verursacht sei. Bedenklich sei die „Zwangslage“ des VN, weil er sich gegen die Weisung des VR nicht wehren könne.⁶⁸ In der deutschen Lehre wird die Kosteneinrechnungsklausel insbesondere von *Säcker*⁶⁹ kritisch gesehen. *Säcker* sieht einen Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs 1 Satz 2 BGB, da das Ausmaß der Kostenkürzung nicht vorhersehbar sei und überdies nicht klar sei, ob Kosten bei der Haftungsabwehr oder auch Kosten aus einem

Deckungsstreit die Versicherungssumme schmälern würden.⁷⁰ Ferner liege ein Verstoß gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs 1 Satz 1 ABGB vor, da die Kosteneinrechnungsklausel gegen das zivilverfahrensrechtliche Gebot der Waffengleichheit und gegen prozessrechtliche Kostentragungsvorschriften (§ 91 ff dt ZPO) verstoße.⁷¹

Auch die Judikatur zeigt sich zu Kosteneinrechnungsregeln kritisch. Der OGH⁷² hat sich in einer E zur KFZ-Haftpflichtversicherung zur Kosteneinrechnung ablehnend geäußert.⁷³ Begründet wurde dies mit der Abweichung vom Leitbildcharakter des § 150 Abs 2 VersVG sowie mit dem Verstoß gegen „Prinzipien des Kostenersatzrechtes“. Daher sei § 3 Abs 2 AKHB 1988 einschränkend *auszulegen*,⁷⁴ sodass nur die Kosten eines *nicht* auf Veranlassung des Versicherers geführten Rechtsstreites auf die Pauschalversicherungssumme anrechenbar wären.⁷⁵ In Deutschland gibt es eine aktuelle E des OLG Frankfurt⁷⁶ zur D&O Versicherung, in welcher den Ausführungen *Säckers* gefolgt wird.⁷⁷

2. AGB-rechtliche Prüfung

Zu prüfen ist, ob die vorgenannte Kritik in Literatur und Judikatur gerechtfertigt ist.⁷⁸

a) Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB

Bei der Geltungskontrolle geht es um das „Überraschungsverbot“ in den AVB. Der VN soll nicht durch überraschende Klauseln in seinen Deckungserwartungen frustriert werden. Dabei ist anhand mehrerer Kriterien zu prüfen, ob die Klausel das nötige „Überraschungspotential“ aufweist. So ist zB die Frage wichtig, ob die Klausel an übersichtlicher Stelle in den AVB geregelt ist. Die systematische Stellung der Kosteneinrechnungsklausel in den AVB ist – soweit ersichtlich – in der Praxis regelmäßig unverfänglich. Sie findet sich im Bedingungsteil zum betragslichen Umfang des Versicherungsschutzes.⁷⁹ Die Kosteneinrechnungsklausel ist AVB-systematisch richtig platziert und weist daher keinen Charakter einer „versteckten“ Klausel auf.⁸⁰ Ein „Überraschungspotential“ – sowohl nach objektiven als auch subjektiven Kriterien⁸¹ – ist ebenfalls nicht festzustellen, weil die Kosteneinrechnung – wie zumindest in der D&O Versicherung – zum einen branchenüblich⁸² ist und zum anderen es am Erwartungshorizont eines durchschnittlichen VN mangelt, der, weil die vertragliche Versiche-

65 *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 84, 87 f.

66 *Ebd.*, 87.

67 § 63 Abs 1 VersVG verwendet den Begriff „Weisung“, § 150 Abs 2 VersVG den Begriff „Veranlassung“. Die beiden Begriffe „Weisung“ und „Veranlassung“ haben unterschiedliche Bedeutungen. Während „Weisung“ ein direktes Verhalten des VR zum Ausdruck bringt, wird unter „Veranlassung“ eher eine indirekte /konkludente Vorgabe des VR zu verstehen sein. Der Unterschied im Wortlaut ist für die Praxis wohl weniger wichtig. Beide Konstellationen ermöglichen es dem VR, durch die Abwicklungsentscheidung Kostenfolgen auszulösen.

68 *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 87.

69 *Säcker*, Streitfragen in der D&O Versicherung, VersR 2005, 10 ff.

70 *Ebd.*, 14. Nicht nachvollziehbar ist, warum *Säcker* Haftungsebene und Deckungsebene miteinander verbindet. Die Kosteneinrechnung greift in der Haftpflichtversicherung nur insofern, als Kosten zur Abwehr des Haftpflichtanspruches aufgewendet werden. Kosten eines Deckungsstreites zwischen VR und VN fallen nicht unter den Versicherungsschutz der Haftpflichtversicherung. Daran ändert sich auch nichts, wenn sich der VR durch die Finanzierung des Abwehrprozesses und der dabei erfolgten Feststellung eines Deckungsausschlussstatbestandes (etwa das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung) infolge Voraussetzungsidentität (zu diesem Begriff ausführlich *Gräfe/Brügge*, Vermögensscheiden-Haftpflichtversicherung, A Rz 54 ff) einen nachfolgenden Deckungsprozess spart.

71 *Säcker*, Streitfragen in der D&O Versicherung, 14-15.

72 2 Ob 278/98s.

73 Die Kosteneinrechnungsklausel in der Kfz-Haftpflichtversicherung findet sich in § 3 AKHB; vgl *Fenyves/Koban*, AVB, 132 ff.

74 *Fenyves* hat auf den methodischen Fehlgriff des OGH bei der Prüfung der Kosteneinrechnungsklausel hingewiesen, *Fenyves*, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle von AVB als methodisches und praktisches Problem, FS Bydliński 2001, 121 ff, 146-148. Der OGH hätte bei Bejahung einer gröblichen Benachteiligung die Kosteneinrechnungsklausel im Wege der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB kassieren müssen und nicht durch Auslegung der Klausel diese in ihren gegenteiligen Wortlautsinn verkehren dürfen.

75 Im Ergebnis auch *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 87.

76 OLG Frankfurt/M, Urteil vom 9.6.2011 – 7 U 127/09, r+s 2011, 509 (beck-online).

77 Nach Ansicht des OLG Frankfurt/M verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs 1 Satz 2 BGB sowie gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs 1 Satz 1 BGB.

78 Diese Prüfung erfolgt mit Blick auf das österreichische AGB-Recht.

79 Vgl zB Art 3 Wiener Städtische AVBV 2005, welcher den betragslichen Umfang des Versicherungsschutzes regelt, und Art 3 Abs 6 Wiener Städtische AVBV 2005, in welchem die Kosteneinrechnung angeordnet wird. Oder Art 7 Generali ABHV/EBHV 2000 idF 2009, der in Art 7 Pkt 1 die betragsliche Begrenzung der Versicherungssumme und in Art 7 Pkt 3.4 jene der Kosteneinrechnung regelt.

80 *Fenyves*, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle, 129.

81 Zu den objektiven und subjektiven Kriterien bei der Prüfung des „ungewöhnlichen“ (und damit überraschenden) Inhalts *Ebd.*, 128-129.

82 AA *Diller*, AVB-RSW, Einl Rz 101, der mit Verweis auf *Beckmann* in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch¹ 2004, § 10 Rz 171 (aktuell § 10 Rz 105) die Branchenüblichkeit als Nachweis für den mangelnden Überraschungseffekt nicht alleine gelten lassen will.

rungssumme regelmäßig vom durchschnittlichen VN als Obergrenze des Leistungsumfanges verstanden wird, eine additive Kostentragung über die Versicherungssumme hinaus gar nicht erwartet (zumindest ist dies die Beratungserfahrung). Somit gibt es keine Erwartungen, die enttäuscht werden können. Da eine individuelle Aushandlung der Kosteneinrechnungsklausel in praxi ebenfalls kaum vorkommt, ist auch das *subjektive* Überraschungspotential durch das Vorhandensein der Kosteneinrechnungsklausel nicht gegeben.

b) Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB

Bei der Inhaltskontrolle geht es um die Frage der gröblichen Benachteiligung des VN durch AVB. Zunächst ist festzuhalten, dass die Kosteneinrechnungsklausel durchaus nachteilige Folgen für den VN haben kann. Wird die Versicherungssumme durch die Abwehr eines Haftpflichtanspruches verbraucht, verbleibt nur eine reduzierte Versicherungssumme zur Befriedigung des Haftpflichtanspruches. Fraglich ist, ob die Kosteneinrechnungsklausel allein durch die Abweichung vom Verursacherprinzip⁸³ oder durch die Abweichung von den

Risikoverteilungsregelungen des VersVG⁸⁴ als „gröblich“ benachteiligend zu qualifizieren ist. Diese Frage ist zunächst mit Blick auf die Dispositivität der allgemeinen Gefahrtragungsregeln im Zivilrecht sowie mit Blick auch auf die Dispositivität des § 150 Abs 2 VersVG zu relativieren. *Fenyves* räumt selbst ein, dass die Abänderung der Gefahrtragungsregeln zB des ABGB für Kauf, Bestandsvertrag oder Werkvertrag nicht nur üblich, sondern per se nicht zu beanstanden ist.⁸⁵ Hätte der Gesetzgeber jegliches Abweichen vom Leitbild des § 150 Abs 2 VersVG verhindern wollen, hätte er diese Bestimmung auch zwingend ausgestalten müssen, was er nachweislich nicht getan hat (§ 158a VersVG). Bei der Prüfung der gröblichen Benachteiligung ist zudem zu prüfen, ob Nachteile der inkriminierten Klausel durch Vorteile derselben wieder ausgeglichen werden. Eine Bewertung dieser Frage wird letztlich nur vom dem Hintergrund konkret vereinbarter AVB möglich sein. Werden zB die D&O Versicherungs-AVB in den Blick genommen, gibt es trotz Kosteneinrechnung auch Vorteile für die versicherten Personen, etwa bei Vereinbarung spezieller Abwehrkostenzusatzlimits,⁸⁶ welche *zusätzlich* zur Versicherungssumme Abwehrkosten zur Verfügung stellen und damit die Kosteneinrechnung relativieren. Zudem verfügen Kosteneinrechnungsklauseln (im Regelfall) über keine Aliquotierungsklausel,⁸⁷ welche die Kosten nur im Verhältnis der Versicherungssumme zur Höhe des Haftpflichtanspruches deckt.⁸⁸ Der VR leistet volle Abwehrdeckung unabhängig davon, wie hoch der Haftpflichtanspruch ist, also gleichsam „auf erstes Risiko“

bis zur Ausschöpfung der Versicherungssumme. Dies ist insbesondere in der D&O Versicherung mit der dort sehr wichtigen Abwehrfunktion auch bei sehr hohen Haftpflichtansprüchen ein Vorteil.⁹⁰ Schließlich ist festzuhalten, dass Abwehrkosten, wenn sie denn auf Weisung des VR anfallen, so doch auch im Interesse des VN (oder im Fall der D&O Versicherung im Interesse der versicherten Personen) erbracht werden, weil der gegen die Versicherten gerichtete Haftpflichtanspruch abgewehrt wird. Damit wird der Versicherte von der Finanzierung der Abwehrkosten entlastet. Insgesamt kann daher festgestellt werden, dass es Nachteile bei der Kosteneinrechnungsklausel gibt, aber eben auch Vorteile, womit ein Ausgleich geschaffen wird. Damit ist die Annahme einer gröblichen Benachteiligung erschwert.

Verbleibt ein Problempunkt, die „Zwangslage“ des VN.⁹⁰ Diese ist besonders misslich, wenn der VN den Haftpflichtanspruch als klar berechtigt ansieht, der VR aber anderer Meinung ist und den Anspruch abwehren möchte, womit die Gefahr besteht, dass die Summe für beides, Abwehr und Schadenersatz, nicht ausreicht. Dieses „Muss“ oder dieser „Zwang“ könnte als gröblich benachteiligend angesehen werden. Fraglich ist aber, ob dem VN nicht Möglichkeiten zur Hand stehen, um sich zu wehren. Dies kann in zweierlei Hinsicht bejaht werden. Erstens: Verstößt der VR gegen Treuepflichten aus dem Versicherungsvertrag, wird er dem VN schadenersatzpflichtig.⁹¹ Die Kostenkürzung wird durch den Haftpflichtanspruch des VN gegenüber dem VR aus dem Deckungsverhältnis egalisiert. Zweitens: Der VN muss die Abwicklungsentscheidung des VR nicht hinnehmen, wenn dem VN ein (versicherungsvertraglich vereinbartes oder, sofern nicht vertraglich vereinbart, ein aus der allgemeinen Treuepflicht des VR ableitbares) Widerspruchsrecht eingeräumt wird.⁹² Zwar regeln

83 Das allgemeine Verursacherprinzip bedeutet, dass der Verursacher die von ihm verursachten Kosten auch selber tragen soll. Hinter den Einwänden gegen die Kosteneinrechnungsregeln (Verstoß gegen die Waffengleichheit oder die Kostentragungsgrundsätze der ZPO) steht letztlich das Unbehagen, dass vom Verursacherprinzip abgewichen wird. Der VR erteilt die Kostenanweisung, der VN trägt jedoch den Nachteil, wenn die Versicherungssumme so verkürzt wird, dass er seine Haftpflichtverbindlichkeit nicht mehr befriedigt erhält. Zudem könnte der VR in einem größeren Haftungsfalle „risikolos“ prozessieren, weil er mehr als die Versicherungssumme nicht tragen muss. Ob die Versicherungssumme durch Abwehrkosten oder durch Befriedigung von Schadenersatz verbraucht wird, könnte ihm egal sein. Dem gegenüber steht jedoch die Lebenserfahrung, dass kein VR unnötige (rein taktisch bedingte) Versicherungsleistungen zahlen möchte, wenn er nicht muss.

84 Vgl neben § 150 Abs 2 VersVG auch § 63 VersVG, welcher anordnet, dass auf Weisung vom VR veranlasste Rettungskosten zu seinen Lasten gehen.

85 *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 87.

86 So Pkt 4.8 der Chubb OLA 2011 PrimeLine Austria: „Soweit die im Versicherungsschein angegebene Versicherungssumme wegen Verbrauchs nicht ausreicht, steht für alle versicherten Personen zusammen zusätzlich zur Jahreshöchstleistung gemäß 8.1 eine weitere Versicherungssumme von 10 % der im Versicherungsschein angegebenen Versicherungssumme, jedoch maximal 1.000.000,00 EUR, für die Verteidigungskosten in Versicherungsfällen derselben Versicherungsperiode zur Verfügung“.

87 Betreffend D&O Versicherung vgl *Ihlas*, D&O, 438.

88 *Wilhelmer*, Die Kostenaliquotierung in der Haftpflichtversicherung, erscheint im Septemberheft der VR 2012.

89 Zur Bedeutung der Abwehrfunktion in der D&O Versicherung vgl *Ihlas*, D&O, 435.

90 Darauf hat insbesondere *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 87-88, hingewiesen.

91 Eine Treuepflichtverletzung durch den VR kann etwa bei rein taktischen oder zeitlichen Beweggründen der Anspruchsabwehr angenommen werden. Vgl zur Haftung des VR bei Pflichtverletzungen gegenüber dem VN bereits *Fenyves*, Die AHVB 1978 aus der Sicht der Lehre, 87-88.

92 Zum Widerspruchsrecht vgl bereits oben I.

die üblichen Widerspruchsklauseln nur den Sachverhalt, dass der VR den Haftpflichtanspruch befriedigen möchte und der VN dagegen widerspricht. Das Widerspruchsrecht wird aber auch dann bejaht, wenn der Haftpflichtanspruch die Versicherungssummen überschreitet und eine Präjudizierung des VN durch den VR in diesem Fall nicht statthaft ist.⁹³ Dieser Fall ist mit jenem des Versicherungssummenverbrauchs durch Kosteneinrechnung vergleichbar. Kann der VN der Weisung des VR widersprechen und wären in diesem Fall die Kosten auf die Versicherungssumme nicht anrechenbar, so wäre die Zwangslage nicht gegeben. Stimmt der VN (explizit oder implizit) der Abwehr des Haftpflichtanspruches zu, besteht keine Zwangslage, sodass der VN auch nicht gesondert schutzwürdig ist.

Keine „Zwangslage“ liegt vor, wenn Abwehrkosten gar nicht auf Weisung oder Veranlassung des VR entstehen.⁹⁴ Die Veranlassung der Kosten durch den VR ist zwar der Regelfall, es sind aber auch Sachverhalte vorstellbar, wo Kosten nicht auf Weisung/Veranlassung des VR entstehen, etwa wenn der VN den Versicherungsfall dem VR zu spät meldet.⁹⁵ Oder Kosten wegen eines gegen den VN ergangenen Versäumungsurteils ohne Einbindung des VR entstehen. Hier liegt keine Kostenanweisung des VR, daher ist die Kosteneinrechnungsklausel nicht zu beanstanden. Dagegen ist auch insofern nichts einzuwenden, weil der VN bei verspäteter Anzeige eines Versicherungsfalles gegen versicherungsvertragliche Obliegenheiten verstößt.⁹⁶

c) *Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KschG*

Das in § 6 Abs 3 KschG normierte Transparenzgebot gilt in Österreich (anders als in Deutschland) nur für Verbrauchergeschäfte. Insofern es sich bei Berufshaftpflichtversiche-

rungen oder sonstigen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen (zB D&O Versicherungen) um Unternehmerngeschäfte handelt, ist das Transparenzgebot nicht weiter beachtlich. Ungeachtet dessen soll aber das Transparenzgebot kurz erörtert werden. Das Transparenzgebot in AVB soll dafür sorgen, dass der Durchschnittskunde den Inhalt und die Tragweite einer Klausel erfassen kann.⁹⁷ Dabei dürfen an die Transparenz keine übertriebenen hohen Forderungen gestellt werden. Der VR kommt ohne Verwendung abstrakter Begriffe in den AVB nicht aus.⁹⁸ Vom VR wird man bei der AVB-Gestaltung nur „möglichste Transparenz“ verlangen dürfen⁹⁹ und dem VN eine gewisse „Auslegungsarbeit“ zumuten müssen.¹⁰⁰ Vor diesem Hintergrund lässt sich ein Verstoß gegen das Transparenzgebot bei der Kosteneinrechnungsklausel nicht erkennen. Wenn gleich der (übliche) Klauselwortlaut nicht besonders scharf formuliert ist und damit nicht klar verdeutlicht wird, dass die Einrechnung der Kosten eine *Kürzung* der Versicherungssumme bewirkt, ist für den durchschnittlichen VN (bei entsprechender Auslegungsarbeit) erschießbar, dass die Kosten im Rahmen der Versicherungssumme *eingegrenzt* werden und dass im Falle eines „Totalschadens“ insgesamt nur die Versicherungssumme zur Auszahlung gelangt. Auch das Argument von *Säcker*, aus der Kosteneinrechnungsklausel müsse konkret das quantitative Ausmaß der Kürzungen der Versicherungssumme hervorgehen,¹⁰¹ ist als Transparenzforderung zu weit gehend. Gerade im Bereich der Haftpflichtversicherung ist die betragliche Festlegung und Konkretisierung von Haftungsszenarien schwierig, da Haft-

pflightsprüche in unterschiedlichsten Konstellationen auftreten. Hier wird dem VR wohl zugestanden werden müssen, dass die Kostenklausel allgemein abstrakt bleiben darf. § 150 Abs 2 VersVG determiniert auch nicht näher, bei welchen Fallvarianten welche Zusatzkosten in welcher Höhe für den VR anfallen. Wenn sich schon das gesetzliche Leitbild § 150 Abs 2 VersVG einer abstrakten Regelung bedient, dann wird der Transparenzmaßstab bei Kosteneinrechnungsklauseln nicht höher anzusetzen sein.

3. Zusammenfassung

Die Kosteneinrechnungsklausel verstößt weder gegen das „Überraschungsverbot“ des § 864a ABGB, noch gegen das Verbot der gröblichen Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB, sofern bei letzterem dem VN die Möglichkeit eines Widerspruches gegen die Kostenweisung des VR eingeräumt wird (das Recht auf Schadenersatz muss dem VN nicht eingeräumt werden, das steht ihm ex lege zu). Das spezielle Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KschG ist nur auf Verbrauchergeschäfte anwendbar, sodass bei Berufshaftpflichtversicherungen oder D&O Versicherungen dieses nicht beachtlich ist. Ungeachtet dessen ist aber auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nicht erkennbar.

93 So *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, D Rz 16.

94 In der E 2 Ob 278/98s hat der OGH die Kosteneinrechnungsklausel für den Fall nicht Nichtweisung/Nichtveranlassung der Kosten auch nicht beanstandet.

95 *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, D Rz 287.

96 Vorausgesetzt, der VR ist trotz Anzeigeobliegenheitsverletzung gemäß § 6 VersVG weiterhin leistungspflichtig.

97 *Fenyves*, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle, 140.

98 *Fenyves*, Allgemeine Versicherungsbedingungen zwischen Kasuistik und Transparenz, VR 1984, 79 mit Verweis auf *Prölss* in *Prölss/Martin Vorbemerk I Rz 82*; *Basedow*, *VersR* 1999, 1051, *Lorenz*, Die Transparenz des durchschnittlichen VN, *VersR* 1998, 1086.

99 So auch *Diller*, AVB-RSW, Einl Rz 99 mit Verweis auf BGH, *VersR* 2011, 841, 846.

100 *Fenyves*, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle, 140.

101 *Säcker*, Einige Streitfälle in der D&O Versicherung, 14.