
2/2015

S. 51–100, ART.-NR. 29–55

ZFR

ZEITSCHRIFT FÜR FINANZMARKTRECHT

Herausgeber: Peter Braumüller, Michael Gruber,
Nicolas Raschauer

Pbb. Erscheinungsort Wien, 1030 Wien, Marxergasse 26, GZ 06Z037013P/ISSN: 1996-2401

BEITRÄGE

- » **Hermann Wilhelmer:** Zur Aliquotierung der Abwehrkosten in der Berufshaftpflichtversicherung – zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 60/13v
- » **Friedrich Harrer:** Kritische Überlegungen zum Entwurf einer Ein-Personen-Richtlinie
- » **Franz Hartlieb/Zurab Simonishvili:** Directors' Dealings nach der Marktmissbrauchsverordnung

JUDIKATUR

- » **OGH:** Vorschriften des WAG betreffend Mindesteigenkapitalausstattung bzw Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung kommt Schutzgesetzcharakter zu
- » **VwGH:** Vorrang der Geheimhaltungspflicht nach ÜbG gegenüber Ad-hoc-Meldepflicht nach BörseG

AKTUELLES

- » Unionsrecht und nationales Recht



BEITRÄGE

Dr. Hermann Wilhelmer, Wien

Zur Aliquotierung der Abwehrkosten in der Berufshaftpflichtversicherung – zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 60/13v

» ZFR 2015/29

Mit der zu 7 Ob 60/13v ergangenen Entscheidung hat sich der OGH zur strittigen Frage der Aliquotierung der Abwehrkosten bei unberechtigten Haftpflichtansprüchen in der Berufshaftpflichtversicherung geäußert. Er hatte einen von einem Wirtschaftstrehänder geführten Deckungsstreit zur Abwehrkostendeckung zu entscheiden, der an der Schnittstelle von individueller Grundversicherung des Klägers sowie der Excedenten-Haftpflichtversicherung der Kammer der Wirtschaftstrehänder („KWT“) angesiedelt war. Der Beitrag zeigt auf, dass die Begründungen des OGH nicht überzeugen. Die in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe enthaltenen Aliquotierungsklauseln („AK“) sind sachlich gerechtfertigt und gehen insb mit den Vorgaben der Pflichtversicherung konform.

1. SACHVERHALT

Der Kläger war als Abschlussprüfer einer Gesellschaft tätig, welche in einem Verfahren vom Käufer iHv 2.995.532,32 € auf Zahlung in Anspruch genommen wurde, weil die veräußerten Anteile der Gesellschaft sich als nicht ausreichend werthaltig herausgestellt haben, was vom Abschlussprüfer im Rahmen seiner Jahresabschlussprüfung nicht aufgezeigt worden sei. Der Kläger trat als Nebenintervenient aufseiten der (beklagten) Gesellschaft bei, um einen möglichen Haftpflichtregress der Gesellschaft abzuwehren. Dem Kläger entstanden dabei rechtsanwaltliche Vertretungskosten iHv insgesamt 50.637,74 €. Da der drohende Haftpflichtregressanspruch die Höhe der Grundversicherungssumme von 242.243 € überstieg und die Grundversicherung infolge der in den AVB vereinbarten AK die Kosten nur im Verhältnis von Streitwert zur Grundversicherungssumme, also insgesamt mit 9.687,28 € übernahm, klagte der Kläger die Excedenten-Haftpflichtversicherung der KWT auf Feststellung der Deckungspflicht bzw auf Leistung¹ in Höhe der restlichen Kosten von 40.950,46 €. Die Excedenten-Haftpflichtversicherung verweigerte die Übernahme dieser Abwehrkosten mit dem Hinweis, dass sie mangels „Ausschöpfung“ der Grundversicherungssumme noch

nicht leistungspflichtig sei. Vom OGH war zu prüfen, ob die Eintrittspflicht der Excedenten-Haftpflichtversicherung im Anschluss und nach Maßgabe der AK des Grundversicherers besteht, ohne dass die Grundversicherungssumme durch Kostenzahlungen bis zur Grundversicherungssumme ausgeschöpft sein muss, oder ob der Grundversicherer bei Abwehr eines Haftpflichtanspruches „auf erstes Risiko“ ohne „Streitwertbegrenzung“ bis zur Ausschöpfung der Versicherungssumme die Abwehrkosten zu finanzieren hat und erst dann die Excedenten-Haftpflichtversicherung leistungspflichtig wird.

2. ENTSCHEIDUNG DES OGH

Der OGH verneinte die Deckungspflicht des Excedenten-Haftpflichtversicherers mit der Begründung, dass die Versicherungssumme der Grundversicherung solange nicht „ausgeschöpft“ sei, als die nach den §§ 149, 150 VersVG vom Grundversicherer zu tragenden Abwehrkosten zu decken sind. § 150 Abs 2 VersVG legte der OGH so aus, dass zwischen berechtigten und unberechtigten Haftpflichtansprüchen zu unterscheiden sei. Die Pflicht zur Abwehr unberechtigter Ansprüche würde bei die Grundversicherungssumme übersteigenden Haftpflichtansprüchen/Streitwerten durch die Deckungssumme (als Bemessungsgrundlage für die anteilige Kostendeckung) nicht begrenzt werden. Anderes gelte nur bei der Abwehr berechtigter Haftpflichtansprüche. Die Abwehrkosten seien vom Grundversicherer bis zum Erreichen der Grundversicherungssumme unabhängig von der Höhe des Haftpflichtanspruches/Streitwertes „voll“ zu tragen. Die AK des Grundversicherers, obwohl nicht klagsgegenständig, interpretierte der OGH als „nicht unerhebliche“ Einschränkung und Abweichung von § 150 VersVG. Diese „wesentliche“ Einschränkung der Abwehrkostendeckung (als Hauptleistungspflicht des Haftpflichtversicherers) würde die Rechtsschutzfunktion in der Haftpflichtversicherung „entwerten“ und könne daher nicht den Versicherungsnehmer und/oder den Excedenten-Haftpflichtversicherer belasten; dies unabhängig davon, ob ein weiterer „Anschlussversicherer“ deckungspflichtig sei (wie im konkreten Fall) oder nur ein Versicherungsvertrag vorliege. Im Ergebnis trug der OGH dem Grundversicherer die Übernahme der vollen Abwehrkosten bis zur Ausschöpfung seiner Grundversicherungssumme² auf. Eine

¹ Auf die weiteren Revisionszulassungsgründe des Berufungsgerichtes, nämlich Deckungspflicht bei Bevorschussung der Kosten der Nebenintervenientin sowie Auslegung des Begriffes „Schadenshöhe“ bei einer Excedenten-Haftpflichtversicherung, wird in diesem Beitrag nicht eingegangen.

² Die Grundversicherungssumme betrug im konkreten Fall 242.243 €; dies wird vom OGH eingangs der E mit „242.243 EUR stehen als Basisversi-

Leistungspflicht des Excedenten-Haftpflichtversicherers wurde vom OGH verneint.

3. KRITIK

Der Verfasser hat sich zur Kostenaliquotierung in der Haftpflichtversicherung bereits ausführlich geäußert.³ Diese Auslegungsarbeit zur AK ist vom OGH in 7 Ob 60/13v nicht berücksichtigt worden.⁴ Die obige OGH-Entscheidung ist daher in fünf Gedankengängen kritisch zu kommentieren:

1. Der OGH möchte aus den §§ 149, 150 VersVG ableiten, dass der Haftpflichtversicherer bei Abwehr unberechtigter Haftpflichtansprüche stets bis zur Höhe der vertraglich vereinbarten Versicherungssumme leisten muss, egal ob der betraglich geltend gemachte Haftpflichtanspruch innerhalb der Versicherungssumme Deckung findet oder nicht. § 150 Abs 2 VersVG als einschlägige Norm enthält zur Frage der Abwehrpflicht bei die Versicherungssumme übersteigenden Haftpflichtansprüchen aber keine Regelung.⁵ § 150 Abs 2 VersVG normiert nur, dass Abwehrkosten insoweit zu ersetzen sind, „als sie zusammen mit der übrigen Entschädigung die Versicherungssumme übersteigen“. Das Leitbild des § 150 Abs 2 VersVG sieht (nur) vor, dass die Versicherungssumme nicht die betragliche Höchstgrenze im Leistungsfall definiert. Versicherungsleistungen für Abwehrkosten, sofern die Versicherungssumme durch die Entschädigung (also durch Leistung des berechtigten Schadenersatzes) verbraucht ist, stehen *zusätzlich* zur Versicherungssumme zur Verfügung.⁶ Kosten werden nach Maßgabe des § 150 Abs 2 VersVG nicht auf die Versicherungssumme angerechnet.

2. § 150 Abs 2 VersVG ist unstrittig dispositives Recht (§ 158a VersVG).⁷ Von § 150 Abs 2 VersVG kann abgewichen werden. Da § 150 Abs 2 VersVG keine Regelung zur Frage des

Abwehrkostendeckungsumfanges enthält, finden sich folgerichtig in diversen Berufshaftpflichtversicherungsbedingungen ua AK, die diese Frage explizit regeln.⁸ Auch der erkenntnisgegenständliche Grundversicherungsvertrag des Klägers enthielt eine solche AK in Art 3 Abs 4 lit c AVBW. Der OGH legt daher in obiger Entscheidung nicht § 150 Abs 2 VersVG aus, sondern die AK des Grundversicherungsvertrages, auch wenn er dies selbst nicht als erforderlich betrachtet.⁹ Dass die Auslegung der AK der Grundversicherung als Vorfrage geboten war, obwohl nicht die Deckung der Grundversicherung, sondern jene der Excedenten-Haftpflichtversicherung klagsgegenständig war, ergibt sich aus der Anschlussversicherungsfunktion der Excedenten-Haftpflichtversicherung im Verhältnis zur Grundversicherung. Die Deckungspflicht der Excedenten-Haftpflichtversicherung beginnt, sobald die Grundversicherung ihre Leistungsgrenze erreicht. In Abschnitt I Allgemeiner Teil Punkt 4 der KWT-Excedenten-Haftpflichtversicherung heißt es: Die Excedenten-Haftpflichtversicherung bietet Versicherungsschutz für den Fall, „dass bei einem Schaden die Leistung der von dem betreffenden Mitglied individuell abgeschlossenen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung nicht ausreicht“.¹⁰ Vom OGH war zu entscheiden, ab welcher betraglichen Höhe die Leistungsgrenzen der Grundversicherung eintreten und ab wann der Excedenten-Haftpflichtversicherer „Anschlussdeckung“ gewähren muss, weshalb die in der Grundversicherung enthaltene AK für den Umfang der Abwehrkostendeckung richtigerweise gerade als Vorfrage zu prüfen war.

3. Durch die Unterscheidung von berechtigten und unberechtigten Haftpflichtansprüchen legt der OGH die AK in eine bestimmte Richtung aus, was legitim ist. Die erkenntnisgegenständliche AK der Grundversicherung spricht selbst nur von „Ansprüchen“, die geltend gemacht werden, sagt aber nichts dazu, ob es sich hierbei um „berechtigte“ oder „unberechtigte“ Ansprüche handeln soll.¹¹ Unter Berufung auf teleologische Argumente (Rechtsschutzfunktion der Haftpflichtversicherung) kommt der OGH zum Schluss, dass unter dem Begriff „Ansprüche“ nur berechtigte Ansprüche zu subsumieren sind. Die Rechtsschutzfunktion wäre ansonsten entwertet, „wenn der Versicherer ohne Rücksicht auf den Betrag der Verurteilung diejenigen Kosten, die aus dem die Versicherungssumme übersteigenden Teil der Klagsforderung entstehen, nicht zu tragen hätte, was im Fall offensichtlich überhöhter Forderungen oder mutwilliger Klagserhebungen besonders deutlich wird“.¹² Diese teleologischen Schutzargumente sind nachvollziehbar, über-

cherungssumme vor dem Kammervertrag zur Verfügung“ festgehalten. Daher wäre als „Bemessungsgrundlage“ für die Aliquotierung der Abwehrkosten richtigerweise ein Betrag von 242.243 € anzunehmen gewesen. Die Vorinstanzen gingen jedoch von einem Versicherungssummen-Betrag von 573.106,23 € aus, was angesichts der im konkreten Fall vereinbarten Basisversicherungssumme nicht richtig sein kann. Zudem findet sich in der OGH-E der Hinweis, dass mit der Leistung von Abwehrkostendeckung iHv 50.637,74 € die betragliche Grenze von 72.673 € („Einstiegsgrenze“) noch nicht erreicht sei. Auch dies ist in dieser pauschalen Form nicht korrekt, weil dieser Betrag nur den „Mindesteinstiegsselbstbehalt“ bzw die „Einstiegsgrenze“ der Excedenten-Haftpflichtversicherung darstellt und es im Einzelfall jeweils auf die konkrete Grundversicherungssumme ankommt, ab welcher Betragsgrenze der Excedenten-Kammervertrag im Verhältnis zur Grundversicherung leistungspflichtig wird; beträgt die Grundversicherungssumme zB „nur“ 72.673 €, ist dieser Betrag maßgeblich; beträgt die Grundversicherungssumme dagegen – wie in dem der OGH-E zugrunde liegenden Fall – jedoch 242.243 €, ist dieser Betrag für den „Einstieg“ in die Excedenten-Haftpflichtversicherung maßgeblich.

3 Vgl *Wilhelmer*, Die Aliquotierungsklausel in der Haftpflichtversicherung, VR 9/2012, 15 ff.

4 Der OGH beruft sich dagegen auf *Baumann* in BK Vorbem §§ 149 bis 158k Rz 37; *Voit/Kappmann* in *Prölss/Martin*, VersVG²⁷ Vorbem §§ 149 bis 158k; *Littbarski* in *Langheid/Wandt*, MünchKomm zum Versicherungsvertragsgesetz § 101 Rz 6, sowie *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (2006) 255.

5 So auch *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (2006) D Rz 285; *dies*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung² (2012) D Rz 333, nunmehr mit Bezugnahme auf § 101 dt VVG; vgl auch *Baumann* in BK § 150 Rz 21, der zur Aliquotierungsfrage auf die AHB verweist, sowie OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 543.

6 *Wilhelmer*, VR 9/2012, 15; *Gräfe/Brügge*² D Rz 335.

7 So zur E des OGH konkret auch *Reisinger* mit Anm zu 7 Ob 60/13 in *Versicherungsrechtliche Entscheidungen* (17. Lfg; Februar 2014); ebenso *Gallati*, Berufshaftpflichtversicherung: Wer zahlt die Abwehrkosten? Update 03/2013, 9.

8 *Reisinger* ebd; *Wilhelmer*, VR 9/2012, 15–17; *Gräfe/Brügge*² D Rz 336 sprechen davon, dass die AVB die gesetzliche Regelung des § 101 dt VVG in dieser Frage „ergänzen“.

9 OGH: „Die Klägerin legt damit ihrem Anspruch im vorliegenden Verfahren gerade die fehlende individuelle Deckung auf Grund der genannten Bestimmung der Vertragsbedingungen ihrer Grundversicherung zu Grunde, sodass weder diese Bestimmung ausgelegt noch geprüft werden muss, ob ihr im Verhältnis der Klägerin zu ihrem Grundversicherer Wirksamkeit zukommt“ (Hervorhebung des Autors).

10 Die Excedenten-Haftpflichtversicherung schließt somit nahtlos an die Leistung der Grundversicherung an. Eine „betragliche Deckungslücke“ zwischen Grundversicherung und Excedenten-Haftpflichtversicherung kann infolge der klaren Anschlussklausel nicht entstehen; dies übersieht das insofern missverständliche Klagsvorbringen der Klägerin.

11 Vgl *Wilhelmer*, VR 9/2012, 16.

12 OGH-Begründung mit Verweis auf *Baumann* in BK § 150 Rz 22, sowie OLG Düsseldorf, VersR 1991, 94.



spielen aber den Klauselinhalt der klagsgegenständlichen AK. Aus der wörtlich-grammatikalischen sowie systematisch-logischen Interpretation der AK ergibt sich überzeugender, dass vom Begriff „Anspruch“ sowohl berechnigte als auch unberechnigte Ansprüche umfasst sind.¹³ Wenn der OGH die AK auslegt, sollte er dies unter Anwendung möglichst aller Interpretationsmethoden tun. Dies tat er gerade nicht.¹⁴ Überdies hat die teleologische Argumentation des OGH ihre Grenzen.¹⁵ Willkürliche oder mutwillig überhöhte Klagserhebungen sind nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Berater (wie zB der Kläger als Abschlussprüfer) werden ua durch gesetzliche Höchsthaftungsgrenzen¹⁶ geschützt. Ferner häufig durch (qua AGB) vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen der Höhe nach. Eine Gefahr des willkürlichen „Überklagens“ eines Schadenersatzes (und eine damit verbundene „Unterdeckung“) erschließt sich (in diesen Fällen) nicht. Zudem gilt bei überschießenden Klagen das Kostenersatzrecht der ZPO, wonach der unterlegene Kläger dem Beklagten die (vorfinanzierten eigenen) Abwehrkosten zu ersetzen hat.¹⁷ Es mag zwar grds ein Insolvenzrisiko bei der Einbringlichkeit des Kostenregresses gegenüber dem Prozessgegner als Restrisiko geben. Sachgemäß wäre es jedoch, dieses Restrisiko nicht einseitig dem Versicherer, sondern beiden Vertragsparteien, also auch dem Versicherungsnehmer, zuzuordnen. Schließlich kann (bzw muss) der Versicherungsnehmer sich durch Wahl einer ausreichend hohen Versicherungssumme vor betraglichen Deckungsbegrenzungen schützen.¹⁸ In Summe können die teleologischen Argumente des OGH nicht überzeugend begründen, warum die AK gegen ihren durch Interpretation zu erschließenden Wortlaut sowie gegen ihre systematische Einbettung in den AVB anders, nämlich einschränkend auf nur „berechnigte“ Haftpflichtansprüche, auszulegen ist.

4. Darüber hinaus ist das Auslegungsergebnis des OGH bei Grundversicherungen, die einer Pflichtversicherung unterliegen,

nicht pflichtversicherungskonform.¹⁹ Die Grundversicherung des Klägers als Wirtschaftstreuhand (Abschlussprüfer) ist im erkenntnisgegenständlichen Fall bis zur Versicherungssumme von 72.673 € unstrittig eine Pflichtversicherung (vgl § 11 Abs 3 WTBG).²⁰ In der Pflichtversicherung muss die Pflichtversicherungssumme im Haftungsfall zur Gänze dem geschädigten Dritten zugutekommen.²¹ Die AK des erkenntnisgegenständlichen Grundversicherungsvertrages ermöglicht gerade die Einhaltung dieser Pflichtversicherungsvorgabe.²² Durch die AK wird die Pflichtversicherungssumme nicht durch Abwehrkosten zur Gänze ausgeschöpft, sondern – weil nur anteilig im Verhältnis von Haftpflichtanspruch/Streitwert zur Versicherungssumme geleistet – betraglich „geschont“, sodass die Versicherungssumme im berechtigten Haftpflichtfall noch an den Geschädigten zur Gänze ausgezahlt werden kann. Versicherungen, die eine AK enthalten, rechnen – anders als Kosteneinrechnungsklauseln – die Kosten in die Versicherungssumme nicht ein, sondern leisten diese zusätzlich zur Versicherungssumme (vgl Art 3 Abs 1 iVm Art 3 Abs 4 lit b AVBW), womit im berechtigten Haftpflichtfall neben der vollen Entschädigung die Kosten zusätzlich bezahlt werden. Stellt sich während des Abwehrovorganges (Streitverfahrens) heraus, dass die Haftpflichtansprüche begründet sein werden, können in der Pflichtversicherung die schon als Abwehrkosten geleisteten Vorschüsse vom Höchstbetrag der Versicherungsleistung (Versicherungssumme zzgl Kosten aus dem Streitwert der Versicherungssumme) nicht mehr abgezogen oder mit dem Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers verrechnet werden,²³ weil der volle Entschädigungsbetrag dem geschädigten Dritten dann nicht mehr zur Verfügung stünde. Daraus ergibt sich ein berechtigtes Anliegen des Pflichtversicherers auf nur quotalen Kostenersatz. Genau das regeln die AK. Ansonsten müsste der Pflichtversicherer die Versicherungssumme (zumindest) „doppelt“ zahlen und hätte bei „Überzahlung“ (auch noch) das Regressrisiko des Versicherungsnehmers. Wenn der OGH schon § 150 Abs 2 VersVG als Leitbild zur Auslegung der AK bemühen will (was, wie schon ausgeführt wurde, nicht zutreffend ist), müsste er § 150 Abs 2 VersVG an den Pflichtversicherungsvorgaben messen und bei Grundversicherungen, welche Pflichtversicherungsvorgaben erfüllen müssen, die ganz hM zur betraglichen Leistungspflicht des Pflicht-

13 Vgl *Wilhelmer*, VR 9/2012, 20–21; die im zitierten VR-Beitrag ausgelegte AK der AVBV entspricht inhaltsgleich jener der AVBW, die der obigen E des OGH zugrunde lag.

14 Eine Interpretation der AK unter Berücksichtigung *aller* Interpretationsmethoden findet sich auch sonst in der (va dt) Lit nicht, womit der OGH nicht allein steht. Wird die AK ausgelegt, dann nur unter Berücksichtigung teleologischer Gesichtspunkte. Die Folge ist, dass auch nur diese Argumente in der Literatur und Judikatur rezipiert werden.

15 Vgl ausf *Wilhelmer*, VR 9/2012, 21–24.

16 § 275 Abs 3 UGB begrenzt zB die Haftung des Abschlussprüfers auf 2 Mio, 4 Mio, 8 Mio oder 12 Mio € pro Prüfung in Abhängigkeit von der Größe (zB Bilanzsumme) des geprüften Unternehmens. Ist die Haftung des Abschlussprüfers zB auf 2 Mio € begrenzt und verursacht der Abschlussprüfer durch eine fehlerhafte Prüfung einen Schaden von 4 Mio €, können die Geschädigten gleichwohl nur einen Haftpflichtanspruch iHv 2 Mio € gegen den Abschlussprüfer geltend machen.

17 Vgl dazu auch *Diller*, AVB-RSW § 3 Rz 16.

18 Zur Wahl einer risikoadäquaten Versicherungssumme, die auch standesrechtlich geboten ist, vgl *Wilhelmer*, VR 9/2012, 23. Für Notare ist Art 2.1 der VHR (Richtlinie der Österreichischen Notariatskammer über die Vertragsbedingungen der Haftpflichtversicherung) maßgeblich: „Der Inhaber der Notarstelle muß die Versicherungssumme so wählen, daß sie den aus seiner Geschäftstätigkeit absehbaren Risiken entspricht, höchstens jedoch auf eine Versicherungssumme von EURO 4,500.000,-.“ Für Steuerberater gilt § 88 Abs 1 Satz 2 WTBG: „Die Annahme von Aufträgen durch Berufsberechtigte, die sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach im Deckungsumfang ihrer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung nicht enthalten sind, ist unzulässig.“ Für Rechtsanwälte ist § 21a RAO zu beachten, wonach das berufliche Risiko durch eine Haftpflichtversicherung abzudecken ist; damit ist nicht nur die Vorhaltung eines Mindestversicherungsschutzes umfasst, sondern es ist das gesamte Berufsrisiko in den Blick zu nehmen; vgl dazu aus dt Sicht auch *Gräfe/Brügge* D Rz 254; *Braun*, Berufshaftpflichtversicherungen, RAK-Mitt 2002, 150.

19 Zu den Grundfragen der Pflichthaftpflichtversicherung grundlegend *Fenyves*, Versicherungsvertragsrechtliche Grundfragen der Pflichthaftpflichtversicherung, VR 2005, 70 ff.

20 Angesichts der im vorliegenden Fall vereinbarten Grundversicherungssumme von 242.243 € könnte eingewendet werden, dass diese Summe wesentlich über der Pflichtversicherungssumme des § 11 WTBG iHv 72.673 € lag. Dieser Einwand greift im vorliegenden Fall insofern nicht, als bei der Abschlussprüfertätigkeit § 88 Abs 2 WTBG zu berücksichtigen ist, wonach Prüfaufträge nur angenommen werden dürfen, wenn diese dem Grunde und der Höhe nach (also zumindest im Ausmaß der Höchsthaftungsgrenzen, vgl dazu FN 14) versichert sind. Auch wenn es sich bei dieser WTBG-Bestimmung um keine Pflichtversicherungsvorschrift im engeren Sinn handelt, ist die Vorhaltung einer ausreichend hohen Versicherungssumme berufsrechtlich (zum Zwecke des mittelbaren) Geschädigtenschutzes geboten.

21 Vgl dazu *Wilhelmer*, Die Kosteneinrechnung in der Haftpflichtversicherung, VR 7/2012, 30 ff; vgl auch *Haberer/Wilhelmer*, Aktuelle UWG-rechtliche und versicherungsrechtliche Fragen in der Rechtsanwaltschaftpflichtversicherung, ZFR 2013, 54 ff (58–59).

22 So schon *Wilhelmer*, VR 9/2012, 23–24.

23 So aber der undifferenzierte Vorschlag zur Begrenzung des Vorleistungsrisikos des Haftpflichtversicherers; von *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (2006) D Rz 295; *dies* D Rz 349.

haftpflichtversicherers sowie zur Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in die Pflichtversicherungssumme berücksichtigen.²⁴ Er würde die pflichtversicherungskonforme Ausgestaltung der AK und die sachliche Rechtfertigung der Quotelung bei Abwehr unberechtigter Haftpflichtansprüche innerhalb der Pflichtversicherung feststellen.

5. Die vom OGH judizierte Unzulässigkeit der Kostenaliquotierung bei unbegründeten Haftpflichtansprüchen führt – ohne auf die komplizierten Fragen der Einstiegsgrenze und der konkreten Versicherungsschnittstelle, wie sie im konkreten OGH-Fall zwischen Grundversicherung und Excedenten-Haftpflichtversicherung vorlagen, einzugehen – letztlich auch zu einer unausgewogenen Lastenverteilung zwischen Grund- und Excedenten-Haftpflichtversicherung (Anschlussversicherung). Gilt die AK bei Abwehr unberechtigter Haftpflichtansprüche nicht, muss der Grundversicherer einen seine Versicherungssumme übersteigenden Haftpflichtanspruch zur Gänze abwehren, obwohl er damit gleichzeitig auch die Abwehrinteressen des Excedenten-Haftpflichtversicherers (Anschlussversicherers) wahrnimmt. Stellt sich nach erfolgloser Abwehr der Haftpflichtanspruch als berechtigt heraus, muss der Excedenten-Haftpflichtversicherer den die Grundversicherungssumme übersteigenden Schaden spätestens dann decken. Da im Fall eines derart drohenden Schadenersatzes auch der Excedenten-Haftpflichtversicherer den Versicherungsfall selbst mitregulieren will und sich auf seine Schadenregulierungsrechte berufen wird, hat der Versicherte auch alle ihn gegenüber dem Grundversicherer treffenden Anzeigepflichten dem Excedenten-Haftpflichtversicherer gegenüber einzuhalten und seine Rechtsvertretung und die weitere Schadensabwicklung mit ihm abzustimmen. Warum soll der Excedenten-Haftpflichtversicherer sich dann aber nicht konsequent an den Abwehrkosten zur Haftpflichtanspruchsabwehr beteiligen? Ginge der Excedenten-Haftpflichtversicherer bis zur Ausschöpfung der Grundversicherungssumme frei, würde er den Abwehrvorgang des Grundversicherers „abwarten“ und von dessen Vorleistungen profitieren. Er würde ohne Kostenbeteiligung solange zuwarten, bis der Haftpflichtanspruch a) entweder erfolgreich abgewehrt oder b) die Haftpflichtfrage geklärt ist. Mag sein, dass eine Excedenten-Haftpflichtversicherung, weil nicht von null an Deckung gewährend, sondern ab einem bestimmten höheren Versicherungsschnittpunkt, sich gegenüber dem Grundversicherer in einer weniger exponierten Risikoposition befindet. Das sagt aber noch nichts über das vertraglich geregelte Zusammenspiel von Grundversicherung und Excedentenversicherung bei der (gemeinsamen) Gewährung einer Abwehrkostendeckung zugunsten des Versicherten aus. Dieses Zusammenspiel wird bei D&O-Excedenten-Versicherungsprogrammen anders sein²⁵ als bei

Grundversicherungen, die eine der Pflichtversicherung unterworfenen Berufstätigkeit absichern und welche die AK in den AVB enthalten. Die AK kann, so das Fazit, daher auch als eine ausgewogene Lastenverteilungsregelung zwischen Grund- und Excedentenversicherer interpretiert werden, wenn die Abwehrinteressen beider (oder mehrerer) Versicherer tangiert sind.

4. AGB-RECHTSKONFORMITÄT DER ALIQUOTIERUNGSKLAUSEL

Wäre die AK, würde sie vom Wortlaut explizit sowohl berechnete als auch unberechtigte Haftpflichtansprüche umfassen,²⁶ AGB-rechtswidrig?²⁷ Eine einschränkende (enge) Auslegung der AK käme in diesem Fall aufgrund des anderslautenden Wortlautes nicht mehr in Betracht.²⁸ Die jeweilige AK wäre einer AGB-rechtlichen Überprüfung zu unterziehen.²⁹ Eine AGB-Rechtswidrigkeit ist jedoch nicht ersichtlich.³⁰ Eine überraschende Klausel iSd § 864a ABGB liegt nicht vor, weil die AK – systematisch richtig – in Art 3 AVBW unter der Überschrift „Summenmäßige Begrenzung der Haftung des Versicherers“ geregelt ist. Liest der Versicherungsnehmer diese AVB-Bestimmungen, findet er in Art 3 Abs 4 lit c AVBW auch die AK mit ihrer leistungsbegrenzenden Wirkung. Er kann vom Bestehen der AK (zumindest nach Lektüre der AVB) nicht überrascht sein. Bei der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB ist zu prüfen, ob die AK eine wesentliche Beeinträchtigung gegenüber jenem Standard enthält, den ein Versicherungsnehmer von einer Versicherung dieser Art erwarten darf. Es geht um die berechtigten Deckungserwartungen des Versicherungsnehmers, welche ua durch ein Leitbild hervorgerufen sein können.³¹ Wie bereits ausgeführt, bietet § 150 Abs 2 VersVG kein gesetzliches Leitbild zur Frage der Kostenaliquotierung bei die Versicherungssumme übersteigenden Haftpflichtansprüchen. Daher sind die berechtigten Deckungserwartungen durch einen Klauselvergleich in den AVB zu eruieren. Marktüblich sind in der Berufshaftpflichtversicherung zwei Kostendeckungsmodelle. Zum einen die AK mit additiver Kostenleistung zur Versicherungssumme, zum anderen die Kosteneinrechnungsklausel ohne Aliquotierung der Kosten, aber mit Einrechnung der Kosten in die Versicherungssumme.³² Beide Klauseln haben Vor- und

pflicht zwischen den D&O-Versicherern anders darstellt als zwischen Berufshaftpflichtversicherern.

²⁴ Zur diesbzgl ganz hM vgl *Wilhelmer*, VR 7/2012, 23–28; zur Unzulässigkeit der Kosteneinrechnung in der Pflichtversicherungssumme ua auch *Gallati*, Update 3/2013, 9. Die Empfehlung einer Kosteneinrechnungsklausel in der Pflichtversicherung steht mit der Pflicht zur Vorhaltung einer Pflichtversicherungssumme nicht im Einklang; so jedoch *Priester*, Aktuelles zur Berufshaftpflichtversicherung, Update 2/2012, 26.

²⁵ Zur Wirkungsweise einer Anschlussversicherung in der D&O-Versicherung vgl *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 4 Rz 29 ff. In der D&O-Versicherung sind AK in Grunddeckungen idR nicht enthalten. Üblich sind dort Kosteneinrechnungsklauseln ohne Aliquotierungseffekt, weshalb sich die Frage der Kostendeckungs-

²⁶ Vgl dazu nur die dt AVB-RSW 2008, welche explizit regeln, dass die AK sowohl bei berechtigten als auch bei unberechtigten Haftpflichtansprüchen anzuwenden ist; vgl mwN *Wilhelmer*, VR 9/2012, 16–17.

²⁷ Zu dieser Frage vgl auch *Gallati*, Update 3/2013, 9.

²⁸ Der äußerste Wortsinn steckt die Grenzen der zulässigen Auslegung ab, vgl nur *Koziol/Welser* ¹³ (2006) 23, mit Zitat aus *Larenz*, Methodenlehre 324.

²⁹ Vgl dazu statt vieler *Fenyves*, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle in den AVB, FS Bydlinski (2001) 121 ff, insb 140–150.

³⁰ AA *Gräfel/Brügge* ² D Rz 346–347, welche iSd § 305c BGB die in den dt AVB 2008 enthaltene AK für überraschend, da ungewöhnlich halten, mit welcher der Versicherungsnehmer nicht rechnen muss. Eine grübliche Benachteiligung des Versicherungsnehmers durch die AK nehmen *Gräfel/Brügge* dagegen nicht an. Sofern eine Neuformulierung der AK mit der damit einhergehenden Verdeutlichung der deckungsbegrenzenden Wirkung der AK vorgenommen werden würde, wäre die AK auch für *Gräfel/Brügge* wohl AGB-rechtlich zulässig.

³¹ *Fenyves*, FS Bydlinski (2001) 132 (133–134).

³² Vgl *Wilhelmer*, VR 9/2012, 16. Eine Kombination von Kosteneinrechnungsklausel und AK findet sich in den AVB idR nicht. Dies würde den ge-

Nachteile. Die AK quoteln bei den Abwehrkosten, sofern der Haftpflichtanspruch die Versicherungssumme übersteigt, zahlen aber die Abwehrkosten zusätzlich zur Versicherungssumme. Die Kosteneinrechnungsklauseln quoteln bei den Abwehrkosten nicht, egal wie hoch der Haftpflichtanspruch tatsächlich ist, zahlen Abwehrkosten bis zur Versicherungssumme, allerdings kürzen Kostenleistungen die Versicherungssumme, sodass für die Befriedigung des Haftpflichtanspruches nur noch die restliche (jeweils unverbrauchte) Versicherungssumme zur Verfügung steht. Beide Modelle stehen dem Versicherungsnehmer am Markt grds zur Verfügung. Schließt der Versicherungsnehmer eine Versicherung mit einem bestimmten Kostenmodell ab, muss er sich die bestehenden Vor- wie auch Nachteile der jeweiligen Klausel zurechnen lassen. Enthält die Versicherung des Versicherungsnehmers eine AK, so erhält der Versicherungsnehmer in Zusammenschau von zB Art 3 Abs 1 iVm Art 3 Abs 4 lit b AVBW die Abwehrkosten – auch im Sinne des Leitbildes des § 150 Abs 2 VersVG – zusätzlich zur Versicherungssumme, was gegenüber der reinen Kosteneinrechnungsklausel vorteilhaft ist. Andererseits muss der Versicherungsnehmer bei die Versicherungssumme übersteigenden Haftpflichtansprüchen die quotale Abwehrkostendeckung akzeptieren. Innerhalb der AK findet sich somit ein Ausgleich zwischen Vor- und Nachteilen. Ein unverhältnismäßiges Ungleichgewicht, welches eine „gröbliche“ Benachteiligung des Versicherungsnehmers begründen würde, ist nicht ersichtlich.³³ In der Pflichtversiche-

ringsten Abwehrdeckungsumfang darstellen. Eine Abwehrkostendeckung „nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner“ wäre wohl – vom Einzelfall abgesehen – AGB-rechtlich unzulässig. Eine „Best-practice“-Kombination beider Modelle dagegen, wonach die Abwehrkosten (explizit) weder aliquotiert, noch diese in die Versicherungssumme eingerechnet, sondern additiv geleistet werden, ist am Versicherungsmarkt nicht weit verbreitet. Diese Kombination wäre AGB-rechtlich wohl jedenfalls unbedenklich.

33 Im Übrigen wird die mit der AK vergleichbare Streitwertbegrenzung im betrieblichen Vertragsrechtsschutz (Art 23 Punkt 2.3.1 ARB 2007) vom

ringung ist die Vereinbarung einer AK – wie schon erörtert – ohnehin zwingend notwendig und schon aus diesem Grund nicht zu beanstanden. Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG gilt (in Österreich) nur für Verbraucher, nicht jedoch für Unternehmer. Nur Unternehmer schließen eine Berufshaftpflichtversicherung ab. Die AK ist daher in der Berufshaftpflichtversicherung an den Vorgaben des Transparenzgebotes grds nicht zu messen.³⁴ Fazit: Die (sowohl die Abwehr berechtigter als auch unberechtigter Haftpflichtansprüche umfassende) AK in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung wäre als AGB-rechtlich zulässig einzustufen.³⁵

OGH AGB-rechtlich nicht beanstandet und als zulässig erachtet; vgl dazu nur OGH 7 Ob 98/06x; 7 Ob 62/03y; 7 Ob 2021/96y; *Hartmann*, Rechtsschutzversicherung (2012) 563–578, der einige oberstgerichtliche E referiert, aber keine, welche die Streitwertobergrenze grundsätzlich infrage stellt.

- 34** Anders die dt Rechtslage, wo das Transparenzgebot in der AVB-Kontrolle generell beachtlich ist.
35 Ähnlich, aber abgeschwächt *Gallati*, Update 3/2013, 9, mit Berufung auf die Üblichkeit von AK in der Versicherungspraxis.



Der Autor:

Dr. **Hermann Wilhelmer** ist Haftpflicht- und Versicherungsspezialist für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe und Leiter der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH in Österreich.

Jüngste Publikationen:

Abschlussprüferhaftung, Bestätigungsvermerk und Kausalitätsbeweis bei Anlegerschäden, RWZ 2014, 318 ff; Zur Aliquotierung der Abwehrkosten in der Berufshaftpflichtversicherung – zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 60/13v, ZFR 2015/29, 53.

✉ h.wilhelmer@vonlauffundbolz.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Wilhelmer/Hermann

Foto: Pictures Borm, Atelier für Fotografie

RA o.Univ.-Prof. Dr. Friedrich Harrer, Universität Salzburg

Kritische Überlegungen zum Entwurf einer Ein-Personen-Richtlinie

» ZFR 2015/30

1. EINFÜHRUNG

Nach dem Scheitern der Europäischen Privatgesellschaft¹ steht eine neue Initiative zur Diskussion. Am 9. 4. 2014 hat die Europäische Kommission einen „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“

(Societas Unius Personae, SUP) präsentiert². Das „übergeordnete Ziel“ dieses Vorschlages ist es, „potentiellen Unternehmensgründern und insbesondere KMU die Gründung von Gesellschaften im Ausland zu erleichtern“³. Das Schrifttum hat daher insb die Bedeutung der *Societas Unius Personae* als „Konzernbaustein“ analysiert und gewürdigt⁴.

1 *Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht im Lichte des Aktionsplans der Europäischen Kommission vom Dezember 2012, ZGR 2013, 165 ff; *Harrer/Bruggel/Urtz* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) Vor §§ 1 ff Rz 18.

2 Siehe Eur-Lex-Datenbank vom 2. 12. 2014: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1_&format=PDF.

3 Begründung des Vorschlages (Seite 3).

4 Zuletzt etwa *Hommelhoff*, Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein noch unbrauchbar, GmbHR 2014, 1065; der Entwurf hat überwie-