

Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner, Institut für Rechtswissenschaft, Alpen-Adria-Universität Klagenfurt

## Die Haftung des Versicherers für den Pseudomakler<sup>1</sup>

» ZFR 2015/57

Wann ein Versicherer für Beratungsfehler von Vermittlern haftet, ist im Detail umstritten. Die Frage wurde in jüngerer Zeit vor allem beim „Pseudomakler“ (§ 43a VersVG) untersucht, der also nur vorgibt, vom Versicherer unabhängig zu sein. Der Beitrag löst diesen Fall, indem er ihn in ein Gesamtsystem der Haftung für Vermittlerverhalten im Versicherungsrecht einbettet. Dadurch lässt sich zeigen, dass die Zurechnung des Pseudomaklers mit allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist.

### 1. AUSGANGSPUNKT

Der Ausgangspunkt des vorliegenden Beitrags lässt sich mit einem Satz darstellen: Der Vermittler eines Versicherungsprodukts begeht einen Beratungsfehler, für den nun der Versicherer zur Verantwortung gezogen werden soll.

In Rsp und Lehre werden vor allem *pathologische Fälle* diskutiert. Darunter versteht man ein Auseinanderklaffen von scheinbarer und tatsächlicher Vermittlerrolle: Der Vermittler gibt entweder vor, rechtlich und faktisch unabhängig zu sein, obwohl er es tatsächlich nicht ist. Einen solchen Vermittler bezeichnet man als *Pseudomakler*. Vor allem diese Konstellation ist in jüngerer Zeit Gegenstand intensiver Diskussion gewesen (siehe 3.3.). Oder der Vermittler suggeriert ein Naheverhältnis zum Versicherer, das tatsächlich nicht besteht (*Anscheinsagent*).

Selbst wenn diese Fälle faktisch oft vorkommen sollten – was freilich nicht unterstellt wird –, darf die Untersuchung dennoch nicht mit ihnen beginnen. Die Diskussion über die Zurechnung von Vermittlerverhalten leidet, wenn sie direkt am patholo-

gischen Sachverhalt ansetzt. Eine in sich stimmige, umfassende Lösung kann nach Einschätzung des Autors vielmehr nur erzielt werden, wenn zunächst die *haftungsrechtliche Basissituation* bei der Vermittlung von Versicherungsprodukten durch Dritte herausgearbeitet wird (siehe 2.): Wer haftet also für eine Fehlberatung durch einen Agenten, wer haftet für eine Fehlberatung durch einen Makler?

Ausgehend von dem Basiskonzept der Haftung für Vermittlerverschulden kann dann die Frage nach den pathologischen Fällen sinnvoll gestellt werden (3.): Unter welchen Voraussetzungen haftet der Versicherer für den Anscheinsagenten, wann haftet er für den Pseudomakler?

### 2. HAFTUNG BEI VERMITTLUNG: BASISLÖSUNG

#### 2.1. AGENT UND MAKLER

Die „Vertriebsphilosophien“ der europäischen Versicherer sind sehr verschieden.<sup>2</sup> Während manche Versicherer mit (selbstständigen) Vermittlern zusammenarbeiten, setzen andere ihre Produkte über Innendienstmitarbeiter oder den angestellten Außendienst ab. Für die rechtliche Einordnung kommt es freilich weniger darauf an, ob der Vermittler selbstständig tätig oder ob er beim Versicherer angestellt ist.

Entscheidend ist, ob Versicherer ihre Produkte über Agenten oder über Makler vertreiben. Das gesetzliche Grundmodell für die Einordnung eines Vermittlers in eine der beiden Kategorien wird an dieser Stelle erläutert.

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag beruht auf der Anfrage eines Versicherers.

<sup>2</sup> Treffend *Werber*, Voraussetzungen und Probleme einer Zurechnung von Maklerfehlern gegenüber dem Versicherer, *VersR* 2014, 412 (418).

*Versicherungsagent* ist nach § 43 Abs 1 Satz 1 VersVG, „wer von einem Versicherer ständig damit betraut ist, für diesen Versicherungsverträge zu vermitteln oder zu schließen.“ Ob er beim Versicherer angestellt oder selbstständig tätig ist, ist für die Einordnung als Agent nicht entscheidend.<sup>3</sup> In beiden Fällen ist der Agent aufgrund des Innenverhältnisses mit dem Versicherer (Dienstvertrag oder Agenturvertrag) aber verpflichtet, für den Versicherer tätig zu werden.<sup>4</sup> Der Versicherungsagent wird daher nicht umsonst plakativ als „Mann des Versicherers“ bezeichnet.

Auf der anderen Seite des Spektrums steht der *Versicherungsmakler*. Das ist nach der Legaldefinition des § 26 Abs 1 MaklerG eine Person, die „als Handelsmakler Versicherungsverträge vermittelt“. Versicherungsmakler werden zwar in der Regel für beide Parteien, also Versicherer und Versicherungsnehmer, tätig (vgl § 20 MaklerG). Das Gesetz schützt den Versicherungsnehmer allerdings in besonderer Weise im Vertrauen auf eine objektive und unabhängige Beratung: Trotz Doppeltätigkeit steht der Versicherungsmakler nämlich im Lager des Kunden, muss seine Interessen wahrnehmen und ist damit als *seine* Hilfsperson zu qualifizieren (§ 27 Abs 1 MaklerG).<sup>5</sup> Besonders anschaulich zeigt sich diese Verpflichtung in § 28 Z 3 MaklerG, wonach der Makler verpflichtet ist, den nach den Umständen des Einzelfalls „bestmöglichen“ Versicherungsschutz zu vermitteln (*Best Advice*). Nach stRsp wird der Versicherungsmakler daher als *Bundgenosse des Versicherungsnehmers* eingeordnet.<sup>6</sup>

Obwohl Makler also im Lager des Versicherungsnehmers stehen, werden sie von Versicherern gerne als Anlaufstelle genutzt, bei der diese ihre Produkte platzieren. Diese Variante ist nämlich für den Versicherer besonders kostensparend, weil er kein eigenes Vertriebsnetz aufbauen muss, was mit hohen Fixkosten verbunden wäre.<sup>7</sup> Da sich hohe Fixkosten letztlich in der Prämie niederschlagen, hat der Einsatz von Maklern aber auch für den Versicherungsnehmer Vorteile. Vor allem im Binnenmarkt der Europäischen Union kann der Makler dem europäischen Versicherer nämlich den Zugang zu fremden Märkten erleichtern.<sup>8</sup>

Die Abgrenzung von Agent und Makler ist also auf den ersten Blick nicht kompliziert. Wer vom Versicherer ständig beauftragt ist, ist Agent, andere Vermittler sind Makler. Ganz so klar liegen die Dinge allerdings bei genauerer Betrachtung nicht. Entgegen dem durch die Legaldefinition erweckten ersten Anschein ist die *ständige Betrauung* nämlich keine zwingende Voraussetzung für die Qualifikation eines Vermittlers als Agent. Satz 2 dehnt den Anwendungsbereich der Regeln über Agenten nämlich aus: Auch solche Vermittler sind Agenten, die „nur im Einzelfall vom Versicherer betraut“ sind.<sup>9</sup> Ein solcher „Gelegenheitsagent“ ist

nach hA nicht verpflichtet, sondern ermächtigt, für den Versicherer tätig zu werden.<sup>10</sup>

Damit wird die Abgrenzung im Einzelfall schwierig, denn so wie den Gelegenheitsagenten trifft auch den Makler keine Verpflichtung zum Tätigwerden. Zugespitzt wird diese Situation noch dadurch, dass der Gelegenheitsagent erstens meist Mehrfachagent ist und also für mehrere Versicherer tätig wird, was ihn dem Makler – der naturgemäß viele Versicherungen im Portfolio hat – ähnlicher werden lässt. Zweitens sorgt auch die Gewerbeordnung nicht für Klarheit, wenn dort angeordnet ist, dass man als „Vermittler“ einzutragen ist und nur im konkreten Beratungsgespräch „Farbe bekennt“. Die Gewerbeordnung lässt also eine Doppelausübung der Gewerbe des Versicherungsagenten und des Maklers zu.<sup>11</sup>

Welches ist nun das entscheidende Abgrenzungskriterium?

Die ganz hA unterscheidet danach, ob der Gelegenheitsvermittler im konkreten Fall zur *Wahrung der Interessen des Versicherers* – also: als Hilfsperson des Versicherers – tätig wird.<sup>12</sup> Ist dies der Fall, handelt es sich um einen Agenten, ist dies nicht der Fall, um einen unabhängigen Makler (zur Einordnung der „pathologischen“ Fälle des Anscheinsagenten und des Pseudomaklers siehe unten 3.).

## 2.2. ZURECHNUNG VON VERMITTLERN

Das eben vorgestellte gesetzgeberische Konzept ist schlüssig, wenn man es vor dem Hintergrund der mit der Makler- und der Agentenstellung verbundenen Rechtsfolgen betrachtet. Dies gilt einmal für den rechtsgeschäftlichen Bereich: Erklärungen, die gegenüber einem Agenten abgegeben werden, gelten als dem Versicherer zugegangen; auch sonst hat der Agent gewisse Empfangsvollmachten (im Detail § 43 Abs 2 VersVG). Insofern wird dem Versicherer auch die Kenntnis des Agenten zugerechnet (§ 44 Satz 2 VersVG). Der Agent wird daher treffend als „Auge und Ohr“ des Versicherers bezeichnet.<sup>13</sup> All das gilt beim Makler nicht; Erklärungen, die ihm gegenüber abgegeben werden, gehen nicht auch automatisch und zugleich dem Versicherer zu. Das ist schlüssig, denn *der Versicherer bedient sich ja nur des Agenten, nicht aber des Maklers*.

Eine ähnliche Parallelität lässt sich bei der schadenersatzrechtlichen Zurechnung erkennen. Da sich der Versicherer des Agenten bedient, ist ihm dessen Beratungsverschulden nach den Vorschriften über die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB) zuzurechnen.<sup>14</sup>

Der Makler ist hingegen keine Hilfsperson des Versicherers und kann diesem damit nicht schon mit dem Argument

3 Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer (Hrsg), Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998) § 43 Rz 3; Gruber in Fenyves/Schauer (Hrsg), Kommentar zum VersVG (2014) § 43 Rz 7.

4 Siehe zB Leupold/Ramharter, Zurechnungsfragen beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren. Anmerkungen zu OGH 4 Ob 129/12t und zur Haftung für den „Pseudoberater“, RdW 2013, 445 (446).

5 Siehe nur Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht<sup>9</sup> (1995) 105 ff.

6 Siehe nur den in nicht weniger als 23 Entscheidungen vorkommenden Rechtssatz RIS-Justiz RS0114041.

7 Siehe nur Uri, Auswirkung der Offenlegung von Vergütungen für die Versicherungsvermittlung, in Gischl/Kronsteiner/Riedlsperger (Hrsg), Versicherungsvermittlung in Österreich (2013) 151 (154).

8 Permer, Europäische Rahmenbedingungen der Versicherungsvermittlung, VR 2014/1–2, 30 (31).

9 Vgl dazu RIS-Justiz RS0080376, insb OGH 19. 12. 1991, 7 Ob 30/91.

10 Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer § 43 Rz 4; Gruber in Fenyves/Schauer, VersVG § 43 Rz 10.

11 Funk-Leisch, Das Recht der Versicherungsvermittlung in Österreich (2010) 87 ff; Rabl, Anmerkung zu 4 Ob 129/12t, ÖBA 2013, 433 (436); anders die Lage in Deutschland, wo sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, dass schon im Rahmen der Registereintragung für Statusklarheit zu sorgen ist: Werber, VersR 2014, 412 (413).

12 Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer § 43 Rz 4; Schauer, Versicherungsvertragsrecht<sup>9</sup> 98. Ausführlich zum Begriff des Versicherungsmaklers jüngst Koban in Fenyves/Schauer, VersVG Anh zu §§ 43–48 Rz 1 ff.

13 Siehe nur Fenyves in Fenyves/Kronsteiner/Schauer § 44 Rz 2.

14 Einhellige Ansicht, vgl nur RIS-Justiz RS0114041 (anschaulich etwa OGH 14. 5. 2009, 6 Ob 26/09f); RS0080420 (siehe insb OGH 10. 5. 1984, 7 Ob 23/84, und dazu die Glosse von Wilhelm, JBl 1986, 179); Schauer, Versicherungsvertragsrecht<sup>9</sup> 127; Rabl, ÖBA 2013, 433 (436).

zugerechnet werden, der Versicherer würde sich zur Erfüllung seiner Pflichten des Maklers bedienen.<sup>15</sup> Vielmehr treffen bei Einschaltung des Maklers nur diesen, nicht aber den Versicherer, Pflichten zur Beratung des Versicherungsnehmers (keine „Pflichtenverdoppelung“).<sup>16</sup> Die Pflichten des Maklers sind sehr umfassend ausgestaltet, weil er ja nicht nur zur Beratung und Information über ein konkretes Produkt, sondern zu „Best Advice“ schlechthin verpflichtet ist.

Wenn aber nur der Makler zur Beratung verpflichtet ist, nicht hingegen der Versicherer, kann dieser den Makler auch nicht zur Erfüllung von (nicht bestehenden!) Pflichten einsetzen. Dies entspricht der hA in Lehre<sup>17</sup> und Judikatur<sup>18</sup> zum Vertrieb von Finanzprodukten: Der Makler ist nicht im Pflichtenkreis der Bank, des Versicherers usw tätig und wird daher grundsätzlich nicht kraft § 1313a ABGB zugerechnet.<sup>19</sup>

Diese Einordnung ist auch deshalb wichtig, weil damit zwei Eckpfeiler der Zurechnung eingeschlagen werden konnten – ein zurechnungsbegründender und ein zurechnungsbegrenzender:

(1) Liegen die Voraussetzungen für die Qualifikation eines Vermittlers als Agent vor, ist er dem Versicherer *nach* § 1313a ABGB *zuzurechnen*. Dies übersieht etwa der OGH, wenn er in 4 Ob 129/12t (Punkt 4.6.) aufwendig zu begründen versucht, wieso ein ständig mit der Vermittlung von Anlageprodukten betrauter „Vertriebspartner“ der Bank nach § 1313a ABGB zuzurechnen sei: Ist der Vertriebspartner ständig betraut, erfolgt eine Zurechnung seiner Beratungsfehler ohne Weiteres. In Wahrheit handelte es sich in der zitierten Entscheidung freilich gar nicht um einen „ständig betrauten“ Vermittler, was sich schon daraus ergab, dass der OGH den Vertriebspartner als „Makler“ bezeichnete; Makler ist nach der klaren gesetzlichen Anordnung aber nur, wer nicht ständig mit der Vermittlung betraut ist (§ 1 MaklerG *e contrario*).

Diese Überlegung führt zum zweiten Punkt: (2) Ist der Vermittler nicht Agent, sondern Makler, kann er nicht grundsätzlich zugerechnet werden, sondern nach den dargestellten Regeln eben nur ausnahmsweise.<sup>20</sup> Unter welchen Umständen eine solche Zurechnung in „pathologischen“ Fällen erfolgt, ist in der Folge zu untersuchen (siehe 3.).

Für die Zurechnung kann es jedenfalls – natürlich – *nicht ausreichen*, dass der Versicherer auf eine eigene *Vertriebsorganisation* (= auf den Vertrieb durch Angestellte bzw sonstige Agenten) *verzichtet*. Dieses bisweilen vom BGH missverständlich (siehe 3.3.4.) vorgebrachte Argument übersieht, dass an der Entstehung der einen oder anderen Marktstruktur selbstverständlich nichts auszusetzen ist.<sup>21</sup> Vor allem aber insinuiert

es in irreführender Weise, dass sich der Versicherer durch Platzierung seiner Produkte beim Makler „aus der Verantwortung stiehlt“, was durch eine Zurechnung „ausgeglichen“ werden müsse. Das stimmt in dieser Form natürlich nicht, denn der Vertrieb über einen Makler bedeutet nichts anderes, als dass sich der Versicherer einem ehrlichen Wettbewerb mit anderen Anbietern stellt. Es ist ja keineswegs gesagt, welche Versicherung der Makler – der als unabhängiger Berater zu Best Advice (§ 28 Z 3 MaklerG) verpflichtet ist – empfiehlt. Der Vertrieb über unabhängige Makler birgt also auch Risiken für den Versicherer.

Auf Basis der bisherigen Ergebnisse und im Einklang mit der ganz hA ist aber noch weiter zu gehen. Nicht nur der Umstand, dass eine Versicherung über einen Makler vertrieben wird, ist allein noch nicht zurechnungsbegründend: Auch die Existenz einer *Rahmenprovisionsvereinbarung* zwischen Versicherer und Versicherungsmakler kann für die Zurechnung allein noch *nicht ausreichen*.<sup>22</sup> Provisionsflüsse vom Versicherer machen den (Doppel-)Makler ausweislich der klaren Anordnung des § 26 Abs 1 Satz 2 MaklerG nämlich gerade nicht zum Agenten.<sup>23</sup>

### 2.3. ZWISCHENERGEBNIS: HAFTUNGSMODELLE

Die vorgestellten gesetzlichen Basismodelle der Haftung für eine Fehlberatung zeigen, dass es aus haftungsrechtlicher Perspektive nicht den „besseren“ oder „schlechteren“ Vertriebsweg gibt. Das System der Haftung bei Beratungsfehlern der Vermittler ist nämlich ausgewogen, es lässt wie folgt zusammenfassen:

*Versicherungsagenten* sind Personen, die vom Versicherer mit der Vermittlung von Versicherungen ständig oder gelegentlich betraut werden. Der Versicherer haftet für ihr Verschulden nach § 1313a ABGB. Damit ist der Versicherungsnehmer gegen eine Fehlberatung geschützt, weil er sich bei einem Beratungsfehler an den Versicherer wenden kann.

Der Versicherungsagent haftet dem Versicherungsnehmer grundsätzlich nicht *ex contractu*, er schließt keinen eigenen Beratungsvertrag mit dem Kunden. Es kommt nur eine allfällige deliktische Haftung des Agenten in Betracht;<sup>24</sup> hat der Agent ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages, wäre in Ausnahmefällen eine quasi-vertragliche Haftung möglich.<sup>25</sup>

*Versicherungsmakler* schließen einen Vertrag mit dem Kunden und sind verpflichtet, den bestmöglichen Versicherungsschutz zu vermitteln. Versicherungsmakler haben daher einen hohen Pflichtenstandard zu erfüllen. Das ist auch der Grund dafür, dass sie einen Haftpflichtversicherungsvertrag abschließen müssen (§ 137c Abs 1 GewO). Das Verhalten des Maklers wird dem Versicherer aber nicht zugerechnet, weil sich dieser des Maklers nicht iSd § 1313a ABGB bedient. Da im Falle der Einschaltung eines Maklers nur diesen die Beratungspflichten treffen, haftet auch nur er für Beratungsfehler.

15 Siehe nur OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t, mit zahlreichen Nw aus der Lehre.

16 Siehe nur *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (435), und wiederum OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t, mit zahlreichen Nw aus der Lehre.

17 Siehe nur *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (435); *Vonkilch*, Zur schadenersatzrechtlichen Gehilfenzurechnung beim arbeitsteiligen Vertrieb von Wertpapieren, in *Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch* (Hrsg), FS Fenyves (2013) 395 (404 ff).

18 OGH 17. 12. 2012, 4 Ob 129/12t, sowie 13. 12. 2012, 1 Ob 48/12h.

19 Zutreffend *Karollus/Koziol*, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers gegenüber dem Kunden bei Einsatz der Lebensversicherung als Tilgungsträger für einen Kredit – Insb beim Vertrieb des Versicherungsprodukts über Vermittler, ÖBA 2006, 263 (265), für den Vertrieb von Lebensversicherungen.

20 Explizit *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263 (265).

21 Treffend *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (434); identisch für Deutschland *Werber*, VersR 2014, 412 (418).

22 *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> 98; *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 4; *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43 Rz 10; *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263 (266); *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (436); *Vonkilch* in FS Fenyves 401.

23 *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263 (266); *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (436).

24 *Karner* in *Koziol/P. Bydliński/Bollenberger* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1313a Rz 10.

25 *Karner* in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 1313a Rz 10.

Im Ergebnis kann sich der Kunde nach dem eben dargestellten Modell des österreichischen Vermittlerrechts darauf verlassen, *stets einen Haftpflichtigen zu haben*. Schadenersatzpflichtig ist nach diesem sehr sachgerechten Modell nämlich derjenige, dem der Kunde sein Vertrauen geschenkt hat: Der Versicherer, wenn und weil sich der Versicherungsnehmer an den Agenten und damit „den Mann des Versicherers“ gewendet hat; der Makler, wenn und weil sich der Kunde an einen vom Versicherer unabhängigen Berater gewendet hat.

### 3. HAFTUNG BEI VERMITTLUNG: PATHOLOGISCHE FÄLLE

#### 3.1. FALLGESTALTUNGEN

Die Ausführungen unter 2. haben daran angeknüpft, dass der Vermittler einen Beratungsfehler begeht.<sup>26</sup> Davon ausgehend wurden die beiden Haftungsmodelle – *Haftung des Maklers* und *Haftung für den Agenten* – dargestellt.

Damit kann es jedoch nicht sein Bewenden haben (siehe bereits oben 1.). Die bisherigen Erörterungen gingen nämlich von der *idealtypischen Situation* aus, dass der Berater tatsächlich die Rolle hat, die er in der Beratung einnimmt (§ 137f Abs 8 GewO): Der Agent wird also im Beratungsgespräch nicht nur als Agent tätig, sondern er hat tatsächlich auch eine Bindung zu einem entsprechenden Versicherer. Der Makler gibt nicht nur vor, unabhängig zu beraten, sondern er ist tatsächlich an keinen Versicherer gebunden oder von ihm abhängig.

In der Folge sind die Fälle zu behandeln, in denen der Vermittler vorgibt zu sein, was er nicht ist. Die Pathologie liegt also nicht im Beratungsfehler – der ist jedenfalls Voraussetzung für eine Haftung –, sondern in der *Vermittlerrolle*. Die Gefahren der Abweichung sind je nach Situation verschieden:

Tritt der Vermittler als Agent auf, ohne tatsächlich mit einem Versicherer verbunden zu sein, ist zu fragen, ob der Kunde den Versicherer in Anspruch nehmen kann, wenn er auf die (tatsächlich nicht bestehende!) Verbindung vertraut. Das Gesetz bezeichnet einen solchen Vermittler als *Anscheinsagenten* (§ 43 Abs 1 Satz 2 aE VersVG) und schützt den Kunden in bestimmten Fällen.

Tritt der Vermittler als Makler auf, ohne die notwendige Unabhängigkeit zu haben, besteht die Gefahr für den Kunden primär darin, dass er sich auf jemanden verlässt, der tut, als wäre er unabhängig, ohne es zu sein. Ein solcher Vermittler wird *Pseudomakler* genannt<sup>27</sup> und dem Versicherer unter den Voraussetzungen des § 43a VersVG ebenfalls zugerechnet.

Die Lösung der beiden Fallgruppen, die in der Folge dargestellt wird, kann nur vor dem Hintergrund der oben entwickelten Basiskonzepte verstanden werden. Sie fügt sich in ein stimmiges Gesamtbild, wenn man nicht nur einen Ausschnitt des Problems untersucht, sondern auf eine übergreifende Lösung abzielt. Daher wird in der Folge zunächst kurz die Haftung für den Anscheinsagenten untersucht (3.2.), bevor die für die vor-

liegende Untersuchung eigentlich relevante Zurechnung des Pseudomaklers ausführlich beleuchtet wird (3.3.).

#### 3.2. ANSCHEINSAGENT (§ 43 Abs 1 SATZ 2 aE VersVG)

Es dürfte in der Praxis manchmal vorkommen, dass Versicherungsmakler, die vom Versicherer nicht als Agenten bestellt wurden, den Eindruck eines Naheverhältnisses suggerieren, um sich der Reputation des Versicherers zu bedienen.<sup>28</sup> Nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen ist ein solches Handeln des Vermittlers dem Versicherer nicht zuzurechnen, wenn er davon nichts weiß und wissen konnte. Es gibt dann nämlich keine sachliche Rechtfertigung dafür, dem Versicherer das Verhalten zuzurechnen.<sup>29</sup> In diesem Fall haftet nur derjenige, dem der Kunde sein Vertrauen geschenkt hat, nämlich der Scheinagent.

Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und daher eine Zurechnung nur für solche Vermittler angeordnet, die „mit nach den Umständen anzunehmender Billigung des Versicherers als Versicherungsagenten“ auftreten. Eine solche Billigung ist nach den allgemeinen Regeln über eine Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu beurteilen.<sup>30</sup>

Die gesetzliche Regelung über den Anscheinsagenten ist für den vorliegenden Zusammenhang vor allem deshalb interessant, weil sie zeigt, dass der Gesetzgeber der VersVG-Novelle 1994 keine vom allgemeinen Zivilrecht „abgekoppelten“ Regelungen schaffen wollte. Vielmehr knüpft das Gesetz an *allgemeine Wertungen* an und entwickelt sie für versicherungsrechtliche Streitfälle sachgerecht weiter.<sup>31</sup>

#### 3.3. PSEUDOMAKLER (§ 43a VersVG)

##### 3.3.1. „Wirtschaftliches Naheverhältnis“

So wie beim Anscheinsagenten beabsichtigte der Gesetzgeber eine sachgerechte Regelung auch für den zweiten pathologischen Fall, nämlich das Auftreten als Pseudomakler (§ 43a VersVG).

Diese Bestimmung wirft allerdings deutlich größere Auslegungsschwierigkeiten auf: Der Makler wird dem Versicherer haftungsrechtlich grundsätzlich nicht zugerechnet (oben 2.2.). Tritt ein Vermittler aber als unabhängiger Makler auf, ohne in Wahrheit unabhängig zu sein, greift § 43a VersVG ein, der die Haftung des „Pseudomaklers“ regelt. Obwohl haftungsbegründend (siehe gleich), unterstreicht die Bestimmung zunächst vor allem die Richtigkeit der *grundsätzlich nicht erfolgenden Zurechnung* des Maklers an den Versicherer.<sup>32</sup> Der Makler wird (*e contrario*) nur ausnahmsweise zugerechnet, nämlich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 43a VersVG, also wenn er „zum Versicherer in einem solchen wirtschaftlichen Naheverhältnis [steht], das es zweifelhaft erscheinen lässt, ob er in der Lage ist, überwiegend die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren.“

<sup>26</sup> Anschaulich *Werber*, VersR 2014, 412 (413 ff), zu den typischen Fallgruppen.

<sup>27</sup> Statt aller *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 1 und *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43a Rz 1.

<sup>28</sup> Siehe die Gesetzesmaterialien zur VersVG-Novelle 1994: EBRV 1553 BlgNR 18. GP 22.

<sup>29</sup> *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> 98 f.

<sup>30</sup> *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43 Rz 5; *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43 Rz 12.

<sup>31</sup> Vgl nur EBRV 1553 BlgNR 18. GP 22, wo explizit von „Anscheinsvollmacht“ gesprochen wird.

<sup>32</sup> Zutreffend *Karollus/Kozioł*, ÖBA 2006, 263 (265).

Die Auslegung des § 43a VersVG ist, wie sogleich zu zeigen sein wird, äußerst umstritten. Das liegt an seiner „holprigen“ Entstehungsgeschichte.<sup>33</sup> Die Bestimmung wurde erst in der Endphase der VersVG-Novelle 1994 „erfunden“<sup>34</sup> und vom Justizausschuss in letzter Sekunde mit „recht heißer Nadel genäht“.<sup>35</sup> Dazu kommt, dass die Norm auf einem inhaltlichen Irrtum des Justizausschusses beruhte, der eine Entscheidung des OGH falsch verstanden hatte<sup>36</sup> – alles in allem recht ungünstige Voraussetzungen einer legitistischen Geburt.

Es überrascht daher auch nicht, dass § 43a VersVG in der österreichischen Lehre viel Kritik einstecken musste.<sup>37</sup>

Mehr als die Kritik interessiert allerdings natürlich die Auslegung des Kerntatbestandsmerkmals des „wirtschaftlichen Naheverhältnisses“, das Gegenstand der folgenden Ausführungen ist. Da es um den Vertrieb von Versicherungen geht, kann sich die Untersuchung auf den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 43a VersVG konzentrieren und die Fragen aussparen, die spezifisch mit der Analogie im Recht des Vertriebs von Wertpapierdienstleistungen zusammenhängen.

Der Gesetzgeber der VersVG-Novelle 1994 ordnete an, dass der Makler dem Versicherer (nur) bei einem „wirtschaftlichen Naheverhältnis“ zugerechnet wird. Analysiert man die Stellungnahmen in Lehre und Judikatur, zeigt sich, dass die Voraussetzungen sowohl aufseiten des Pseudomaklers als auch aufseiten des Versicherers in zwei Punkten nicht restlos geklärt sind:

(1) Aufseiten des (*Pseudo-*)Maklers stellt sich die folgende Frage: Wie sehr muss der Makler vom Versicherer abhängig sein?

(2) Blickt man im Lichte des § 43a VersVG auf den *Versicherer*, so stellt sich die davon unabhängige Frage, ob der Tatbestand auch voraussetzt, dass der Versicherer erkennen konnte (oder gar wusste), dass der Makler in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zu ihm steht. Mit anderen Worten: Ist ein subjektives Element aufseiten des Versicherers erforderlich?

Weder das Gesetz noch die Materialien enthalten genauere Vorgaben zur Frage, wann das Verhältnis eines Maklers zu einem Versicherer so bedenklich ist, dass sein Verhalten dem Versicherer zuzurechnen ist.<sup>38</sup> Die Lösung muss also beim Herausarbeiten der Wertungsfrage ansetzen, wobei die beiden dargestellten Auslegungsprobleme strikt voneinander zu trennen sind. Für die Beurteilung ist es sinnvoll, mit der zweiten Frage zu beginnen.

### 3.3.2. „Fehlverhalten“ des Versicherers?

Müssen subjektive Voraussetzungen beim Versicherer vorliegen? Das hinter dieser Frage stehende Wertungsproblem lässt sich erkennen, wenn man auf die Gefahr blickt, die von einer Nahebeziehung zwischen Versicherer und Makler ausgehen kann.

Ist der Makler wirtschaftlich von einem Versicherer abhängig, so ist er zwar nicht rechtlich, aber doch *faktisch gezwungen, für den Versicherer tätig zu werden*.<sup>39</sup> In dieser Situation ist der Makler nicht mehr unabhängig, worauf aber der Kunde gerade vertraut und vertrauen darf (§ 28 Z 3 MaklerG).

Logische Konsequenz ist, dass die *Gefahr der Fehlberatung* steigt, weil ein Anreiz zur einseitigen Empfehlung besteht. Diesen Nachteil möchte § 43a VersVG ausgleichen.<sup>40</sup> Die Haftung des *Pseudomaklers* anzuordnen, wäre überflüssig gewesen, weil diesen ja ohnehin eine eigene Haftung für seine Fehlberatung trifft. Die Haftung des *Versicherers* anzuordnen, war umgekehrt nur schlüssig, wenn man davon ausging, dass sie Situationen betrifft, in denen dem Versicherer ein entsprechender Vorwurf gemacht werden kann. Dass der Gesetzgeber der VersVG-Novelle 1994 allen Ernstes eine Haftung des Versicherers in einer Situation schaffen wollte, die er nicht beeinflusst hat und gar nicht beeinflussen konnte, ist nämlich nicht anzunehmen.

Im Gegenteil: Der Justizausschuss zielte darauf ab, die geltende Rechtslage „festzuschreiben“<sup>41</sup> und weist explizit darauf hin, dass es dem Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlichen Nahebeziehung „naturgemäß immanent“ sei, dass es dem Versicherer „erkennbar“ sein muss, dass die Beziehung zum Makler die Pflicht zur überwiegenden Wahrung der Interessen des Versicherungsnehmers beeinträchtigen könne.<sup>42</sup>

Es überrascht angesichts dieser Ausgangssituation nicht, dass die Stellungnahmen zu § 43a VersVG fast geschlossen darauf abzielen, seine *Vereinbarkeit mit allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen* zu begründen und daher ein subjektives Element aufseiten des Versicherers als Voraussetzung für die Haftung bejahen.<sup>43</sup>

Zahlreiche Autoren sehen in der *Erkennbarkeit* der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Vertriebspartners für den Versicherer eine Voraussetzung der Haftung.<sup>44</sup> Im Lichte der Ausführungen des Justizausschusses ist dann im Regelfall zusätzlich zur Kenntnis der eigenen Geschäftskontakte mit dem Vertriebspartner erforderlich, dass die Bank ungefähre Kenntnis darüber hat, in welchem Umfang der Vermittler auch noch für andere Finanzdienstleister tätig wird.<sup>45</sup>

In einer späteren Veröffentlichung geht *Fenyves*<sup>46</sup> – strenger – davon aus, dass der Versicherer *positive Kenntnis* der Abhängigkeit haben müsse und außerdem Voraussetzung sei, dass er diese zur Steigerung der Erwerbchance ausnütze. Diese Auffassung hat sehr viel Gefolgschaft in der Lehre gefunden.<sup>47</sup>

<sup>33</sup> Dazu insb *Fenyves*, § 43a VersVG und das allgemeine Schadenersatzrecht, in *VWV* (Hrsg), FS Baumann (1999) 65 (66 ff); *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (437), spricht gar von einem „legistischen Betriebsunfall“.

<sup>34</sup> *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (437).

<sup>35</sup> *Fenyves* in FS Baumann 65.

<sup>36</sup> Dazu *Fenyves* in FS Baumann 67 f; *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (437).

<sup>37</sup> Chronologisch: *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 1: zweifelhafte Haftung; *ders* in FS Baumann 72 ff; *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (437): der Norm fehle die dogmatische Fundierung; *Vonkilch* in FS *Fenyves* 400: dogmatische Schlüssigkeit lasse zu wünschen übrig. Neutral *Karollus/Kozioł*, ÖBA 2006, 263 (265 f); *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43a Rz 1. Eine Vereinbarkeit mit allgemeinen zivilrechtlichen Wertungen hingegen bejahend *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445 (448 ff).

<sup>38</sup> Darauf weisen bereits *Karollus/Kozioł*, ÖBA 2006, 263 (265) hin.

<sup>39</sup> Siehe *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 1.

<sup>40</sup> Zutreffend *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445 (448 ff).

<sup>41</sup> JAB 1722 BlgNR 18. GP 5 f.

<sup>42</sup> JAB 1722 BlgNR 18. GP 6.

<sup>43</sup> Die Arbeiten von *Graf*, Banken: Beihilfe zur Gesetzesumgehung mit Duldung des OGH? *ecolex* 2013, 313, und *ders*, Bank haftet für ständig betrauten Vertriebspartner, *ecolex* 2013, 762, sind nicht einschlägig, weil es bei seiner Begründung spezifisch um die Frage der Beratungspflichten einer Bank geht.

<sup>44</sup> *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 3; *Karollus/Kozioł*, ÖBA 2006, 263 (266); *Trenker*, Externe Anlageberater/-vermittler als Verhandlungs- und Erfüllungsgehilfen der ausführenden Bank? *Zak* 2012, 363 (365); *P. Bydłinski*, Haftung der Bank für Fehlberatung durch den Vertriebspartner? ÖBA 2013, 463 (468 f). Siehe auch *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445 (448 ff). *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> 128, geht auf das Problem nicht ein.

<sup>45</sup> JAB 1722 BlgNR 18. GP 6; so auch *Trenker*, *Zak* 2012, 363 (365).

<sup>46</sup> In FS Baumann 72 ff (76).

<sup>47</sup> *ZB Funk-Leisch*, Versicherungsvermittlung 76; *Vonkilch* in FS *Fenyves* 404 (408); *Foglar-Deinhardstein*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 129/12, ÖJZ 2013, 316 (319); *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43a Rz 1;

Einzig *Rabl*<sup>48</sup> verneint die Vereinbarkeit der Bestimmung mit allgemein-zivilrechtlichen Prinzipien kategorisch, bemüht sich allerdings auch nicht, eine solche herzustellen, wenn er der Norm ohne nähere Begründung attestiert, keine „dogmatische Fundierung“ zu haben. Die Ausführungen *Rabls* zu § 43a VersVG sind allerdings in ihrem spezifischen Kontext zu sehen: Ihr Ziel ist es, die Anomalie des § 43a VersVG zu begründen, um diesen nicht analog auf den Vertrieb von Wertpapieren anwenden zu müssen.<sup>49</sup> Daher dürfte auch die scharfe Kritik herrühren. Im Kern geht es *Rabl* – und das ist der entscheidende Punkt – wie den oben genannten Autoren darum, dass der kundennähere Vermittler dem kundenferneren Finanzdienstleister gerade nicht zuzurechnen ist!

Die Auffassung zu § 43a VersVG, die davon ausgeht, dass eine Haftung voraussetzt, dass der Versicherer die Abhängigkeit hätte erkennen können/tatsächlich erkannt haben muss, harmoniert im Übrigen mit der in Österreich überwiegenden Lehre zur Zurechnung von Beratern zu Wertpapierdienstleistungsunternehmen. In diesem Bereich wird nämlich ebenfalls davon ausgegangen, dass eine Zurechnung erst dann stattfinden kann, wenn ein konkreter Anhaltspunkt oder sogar positives Wissen vorliegt, dass der Berater seinen Pflichten nicht nachgekommen ist.<sup>50</sup>

Im Lichte der einhelligen Lehre, die also auf ein subjektives Moment aufseiten des Versicherers (Finanzdienstleisters) abstellt, ist auch die Rsp des OGH zu sehen. Der OGH hat sich in 1 Ob 48/12h und in 4 Ob 129/12t<sup>51</sup> zur Zurechnung von selbstständigen Beratern zu Wertpapierdienstleistern geäußert. In beiden Entscheidungen vertritt er die Auffassung, dass der selbstständige Vermittler der Bank grundsätzlich nicht zuzurechnen ist.<sup>52</sup> Während der OGH es in 1 Ob 48/12h bei dieser Aussage belässt, stellt er in 4 Ob 129/12t<sup>53</sup> die zusätzliche Bedingung, dass der Berater „tatsächlich unabhängig von der Bank agiert“ hat (Punkt 4.5. der Entscheidungsbegründung).

In der Sache kann OGH 4 Ob 129/12t aber wenig zur Lösung des gegenständlichen Problems beitragen.<sup>54</sup>

Sollte die Entscheidung nämlich so verstanden werden, dass die dauerhafte Einschaltung eines „Vertriebspartners“ für die Haftung ausreicht, wäre sie entschieden abzulehnen (siehe bereits ausführlich oben 2.2.).<sup>55</sup>

aus Deutschland *Oelkers/Wendt*, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Vermittlung von Bank- und Versicherungsprodukten – zur Zurechnung bei selbstständigen Vermittlern, BKR 2014, 89 (95).

48 ÖBA 2013, 433 (437 f).

49 Vgl ÖBA 2013, 433 (438).

50 Siehe etwa *Baum*, Pflichten und Haftung im arbeitsteiligen Vertrieb von Finanzprodukten, ÖBA 2010, 278 (285); *Schopper*, Anmerkung zu 4 Ob 20/11m, ÖBA 2012, 61 (62 f); ähnlich *P. Bydliński*, ÖBA 2013, 463 (468 f, 472). Vgl auch *Knobl/Grafenhofer*, Haftung einer Bank für allfälliges Fehlverhalten von externen Anlageberatern oder Vermittlern, GesRZ 2010, 27 (41 f); *Kreisl* in *Brandl/Saria* (Hrsg), Kommentar zum WAG<sup>2</sup> (2010) § 27 Rz 3; *Knobl/Gasser*, Aufklärungspflicht und irrtumsrechtliche Gehilfenzurechnung bei Einschaltung einer kundennäheren Wertpapierfirma: Zur Auslegung von § 27 WAG 2007, ÖBA 2012, 352 (361 f).

51 RIS-Justiz RS0128476; siehe neben der letztgenannten Entscheidung zB OGH 24. 1. 2013, 8 Ob 104/12w; 17. 6. 2013, 2 Ob 24/13p, und 4. 11. 2013, 10 Ob 34/13t. Siehe auch OGH 23. 7. 2014, 8 Ob 66/14k. Zutreffend *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (433).

52 = EVBl 2013/45 (*Foglar-Deinhardstein*) = ZFR 2013, 85 (*Steinmair*).

53 Das gilt auch für die übrigen Entscheidungen aus RIS-Justiz RS0128476; vgl zB OGH 4. November 2013, 10 Ob 34/13t, wo die Vertriebspartnerin eine hundertprozentige (Vertriebs-)Tochter der beklagten Bank war; siehe *P. Bydliński*, Anmerkung zu OGH 9 Ob 46/13z, ÖBA 2014, 201 (202).

54 Zutreffend *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (437 f).

Nimmt man die Ausführungen hingegen wörtlich und fragt daher wie der OGH nach der Zurechnung eines „ständig betrauten“ Vertriebspartners, bedürfte es gar keiner Prüfung des „wirtschaftlichen Naheverhältnisses“, weil der Vertriebspartner dann ja wie ein Agent zu qualifizieren und jedenfalls zuzurechnen wäre.<sup>56</sup>

Nach richtiger Auffassung<sup>57</sup> ist jedoch aus der Entscheidung schon deshalb nichts für unser Problem zu gewinnen, weil die Frage, ob ein subjektives Moment aufseiten der Bank vorliegen muss, gar nicht thematisiert wurde. Jedenfalls bietet sie kein Argument gegen die Auffassung, dass Kennen/Erkennbarkeit aufseiten des Versicherers Voraussetzung für seine Haftung nach § 43a VersVG ist.

Als *Zwischenergebnis* dieser Ausführungen ist festzuhalten:

Der bloße Umstand der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Maklers (dazu gleich 3.3.3.) reicht nicht aus, um eine Zurechnung an den Versicherer zu begründen. Es bedarf vielmehr eines subjektiven Fehlverhaltens des Versicherers, um eine Zurechnung des Maklerverhaltens an ihn zu begründen. Nach überwiegender Auffassung ist *positive Kenntnis* der Abhängigkeit durch den Versicherer erforderlich (siehe oben). Als anspruchsbegründendes Merkmal hat der Versicherungsnehmer diesen Umstand zu beweisen, ihn trifft also die Beweislast.

### 3.3.3. Ausmaß der „Abhängigkeit“

Wie sehr oder stark muss der Makler vom Versicherer abhängen, damit seine „Unabhängigkeit“ gefährdet ist? Wie bereits erwähnt (3.3.1.), enthält das Gesetz keine näheren Vorgaben. Auszugehen ist von der bereits gewonnenen Erkenntnis, dass eine Rahmenprovisionsvereinbarung allein noch keine Abhängigkeit begründet, weil sonst die Grundregel des § 26 Abs 1 Satz 2 MaklerG und das vom Gesetzgeber gewollte Zurechnungskonzept ausgehebelt würden.<sup>58</sup>

In der Literatur wird dies einhellig so gesehen, als Indizien<sup>59</sup> für eine Abhängigkeit werden vielmehr bestehende *Beteiligung* oder eine sonstige *Beherrschung* durch den Versicherer genannt.<sup>60</sup>

Der Tatbestand könne aber vor allem auch dann erfüllt sein, wenn der Makler einen derart *großen Prozentsatz* seiner Verträge bei einem Versicherer platziert, dass er nicht mehr unabhängig ist.<sup>61</sup> Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass generalisierende Aussagen, etwa konkrete Prozentgrenzen, in die Irre führen können und die Entscheidung über die Abhängigkeit vom Einzelfall abhängen.<sup>62</sup>

Um eine Gefährdung der Unabhängigkeit des Maklers annehmen zu können und die gesetzgeberische Regel-Ausnahme-Normierung nicht in ihr Gegenteil zu verkehren, ist allerdings

56 Siehe *Steinmair*, Anmerkung zu 4 Ob 129/12t, ZFR 2013, 88 (88 f); *Vonkilch* in FS Fenyves 409 und wiederum bereits ausführlich oben 2.2.

57 *Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2013, 316 (319).

58 Zutreffend *Vonkilch* in FS Fenyves 411 und *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263 (266); siehe auch OGH 30. 5. 2012, 7 Ob 70/12p.

59 *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263 (265 f); Gesamtwürdigung.

60 Siehe *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 2; *Trenker*, Zak 2012, 363 (365); *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43a Rz 4 f.

61 Siehe nur *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 2.

62 *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* § 43a Rz 2; kritisch *Karollus/Koziol*, ÖBA 2006, 263 (265 f), die monieren, dass diese Zurückhaltung der Literatur für die Praxis nicht dienlich sei, ohne freilich selbst eine Konkretisierung vorzunehmen.

davon auszugehen, dass der bei dem Versicherer platzierte Anteil durchaus ins Gewicht fallen muss. Insofern ist der jüngeren Entscheidung OGH 7 Ob 15/11y zuzustimmen,<sup>63</sup> die einen Anteil der vertriebenen Produkte des Versicherers am Gesamtumsatz des Maklers iHv 17 % als nicht ausreichend beurteilt (was freilich nicht heißt, dass ab diesem Satz jedenfalls von einem wirtschaftlichen Naheverhältnis auszugehen wäre).<sup>64</sup>

Unabhängig davon, ab wann man von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ausgeht, ist folgendes *Zwischenergebnis* festzuhalten: Der Makler hat typischerweise nicht nur die Produkte eines, sondern mehrerer Versicherer im Portfolio. Der *Versicherer kann* daher aber in der Regel gar *nicht erkennen*, welchen Anteil seines Umsatzes der Makler mit welchen Produkten erwirtschaftet. Daher wird er auch nicht einschätzen können, ob der Makler wirtschaftlich von ihm abhängig ist.

### 3.3.4. Judikatur des BGH

Die soeben zur Auslegung des § 43a VersVG erzielten Ergebnisse sind noch mit dem deutschen Recht zu vergleichen. Die Zurechnung des nur scheinbar unabhängigen Maklers an den Versicherer war in Deutschland nämlich Gegenstand intensiver Diskussion. Da Stellungnahmen zum deutschen Recht aber schon allgemein nicht „blanko“ für Österreich übernommen werden können und der gesetzliche Rahmen im konkreten Fall auch gar nicht übereinstimmt (wie gleich zu zeigen sein wird), war die Lösung zunächst „autonom“ aus dem österreichischen Recht heraus zu entwickeln.

Während das Basissystem der Haftung bei Maklerverschulden in Deutschland dem österreichischen System gleicht,<sup>65</sup> ist der gesetzliche Rahmen bei „pathologischen Fällen“ anders ausgestaltet.<sup>66</sup> Zwar ist der „Pseudomakler“ in § 59 Abs 3 Satz 2 VVG geregelt, allerdings findet sich dort nur die (selbstverständliche) Aussage, dass er sich als Makler behandeln lassen muss, auch wenn er gar nicht unabhängig ist. Ein *Pendant* zu § 43a VersVG existiert in Deutschland hingegen *nicht*.<sup>67</sup>

Schon dieser Ausgangsbefund macht deutlich, dass eine ungeprüfte Übernahme aus dem deutschen Recht nicht angeht. Die Judikatur des BGH zur Haftung bei „pathologischem Vermittlerverhalten“ kann allerdings auch in der Sache nicht überzeugen:

Der BGH hatte in der Entscheidung IV ZR 164/11<sup>68</sup> über die Zurechnung eines Versicherungsmaklers an den Versicherer – und damit über einen einschlägigen Sachverhalt – abzusprechen. Der BGH vertritt die Auffassung, dass das Verhalten eines Vermittlers dem Versicherer zuzurechnen sei, wenn der Vermittler Aufgaben übernehme, die typischerweise dem Versicherer obliegen. Im Fall einer „umfassenden Aufgabenübertragung“ unter „Verzicht auf ein eigenes Vertriebssystem im Rahmen eines so genannten Strukturvertriebs“ sei eine Zurechnung zu

bejahen. Es scheint also auf den ersten Blick so, als würde der BGH den Makler dem Versicherer eben doch zurechnen. Bei näherer Betrachtung liegen die Dinge jedoch anders, die Entscheidung ist aus drei – im folgenden darzustellenden – Gründen für die österreichische Rechtslage nicht von Bedeutung:

(1) Schon für Deutschland ist unstrittig, dass die Entscheidung nichts daran ändern könne, dass sich der Versicherer das Verhalten des Maklers grundsätzlich nicht zurechnen lassen müsse.<sup>69</sup> Der BGH stelle dies mit seiner Entscheidung auch nicht infrage, vielmehr wird argumentiert, dass die Judikatur auf „Besonderheiten des Sachverhalts“ beruhe.<sup>70</sup>

Die angeblichen Besonderheiten werden allerdings nicht besonders eingehend, sondern nur in Schlagworten erläutert, die noch dazu missverständlich sind.<sup>71</sup> Einzig *Grote/Schaaf*<sup>72</sup> legen sich fest, wenn sie meinen, die Besonderheit liege darin, dass die Vermittlerin mit einer „unbeschränkten Abschlussvollmacht“ von Versichererseite ausgestattet war.

Wichtiger ist aber ohnehin ein zweiter Gesichtspunkt:

(2) Die wiedergegebene Auffassung des BGH wird in der deutschen Lehre zu Recht fast einhellig abgelehnt.<sup>73</sup> Zur Begründung werden in Deutschland dieselben Argumente wie in Österreich herangezogen (siehe 2.): Die Argumentation des BGH sei keine Begründung, sondern nur eine Beschreibung der bei Einschaltung eines Maklers naturgegebenen Situation und Aufgabenverteilung.<sup>74</sup> Dass der Versicherer „keinen eigenen Vertrieb unterhält“, könne daher eine Zurechnung nicht rechtfertigen.<sup>75</sup> Insofern gleicht die österreichische der deutschen Rechtslage.

(3) Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die deutsche Judikatur selbst auch nicht einheitlich ist. So vertritt der BGH etwa in der Entscheidung XI ZR 431/11 unter Verweis auf einschlägige Vorjudikatur die Auffassung, dass bei gestaffelter Einschaltung mehrerer Wertpapierdienstleistungsunternehmen grundsätzlich nur das kundennähere Unternehmen (= der Vermittler) zur Beratung verpflichtet sei. Die (Direkt-)Bank dürfe sich darauf verlassen, dass gesetzeskonforme Empfehlungen gegeben wurden. Eine Zurechnung finde daher nicht statt. Anderes gelte nur, wenn die kundenfernere Direktbank „die tatsächliche Fehlberatung des Kunden bei dem in Auftrag gegebenen Wertpapiergeschäft entweder positiv kennt oder wenn diese Fehlberatung auf Grund massiver Verdachtsmomente evident ist.“

<sup>63</sup> Siehe auch *Gruber* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 43a Rz 4 (beachte auch den Hinweis in Rz 5).

<sup>64</sup> Vgl. *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (437), der ein Beispiel bildet, in dem der Makler 90 % seines Umsatzes mit einem Versicherungsunternehmen macht.

<sup>65</sup> Siehe nur *Werber*, VersR 2014, 412 (416 ff).

<sup>66</sup> *Werber*, Pseudomakler und Scheinagent: Haftungs- und Zurechnungsfragen, in *Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch* (Hrsg.), FS *Fenyves* (2013) 803 (809 ff).

<sup>67</sup> Vgl. nur *Fenyves* in FS *Baumann* 65.

<sup>68</sup> FD-VersR 2012, 335601 (*Grams*) = EWIR 2012, 687 (*Podewils*) = NJ 2013, 85 (*Wendt*).

<sup>69</sup> Siehe nur *Armbrüster*, Bewegung im Recht der Lebensversicherung, NJW 2014, 497 (500); *Pielsticker*, Verschärfte Haftung für Versicherungen und Banken? – Die aktuelle Rechtsprechung zu kreditfinanzierten Lebensversicherungen, BKR 2013, 368 (370).

<sup>70</sup> *Pielsticker*, BKR 2013, 368 (370); *Wendt*, Anmerkung zu BGH IV ZR 164/11, NJ 2013, 87 (88); *Armbrüster*, NJW 2014, 497 (500).

<sup>71</sup> Treffend zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „Strukturvertrieb“, der den Einsatz von Makler und Agent gleichermaßen umfasst, *Schalich*, Versicherungsmakler und Versicherungsagent im Lichte der Europäischen Richtlinie über Versicherungsvermittlung, VR 2004, 36 (36 ff); vgl. auch *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445 (447), die allerdings selbst Vermutungen anstellen.

<sup>72</sup> Neue Haftungsmaßstäbe bei der Vermittlung fondsgebundener Versicherungsprodukte? – Anmerkung zu BGH, IV ZR 164/11 – „Clerical Medical“, GWR 2012, 477 (480).

<sup>73</sup> Positiv einzig *Podewils*, Anmerkung zu BGH IV ZR 164/11, EWIR 2012, 687 (688), allerdings ohne eigenes Argument.

<sup>74</sup> Treffend *Werber*, VersR 2014, 412 (417 f).

<sup>75</sup> *Grote/Schaaf*, GWR 2012, 477 (480); *Wendt*, NJ 2013, 87 (88); *Oelkers/Wendt*, BKR 2014, 89 (91 f); *Werber*, VersR 2014, 412 (418); in der Sache ebenso *Armbrüster*, NJW 2014, 497 (500), und wohl auch *Pielsticker*, BKR 2013, 368 (370).

Diese Auffassung lässt nicht darauf schließen, dass der BGH bei Einschaltung eines Maklers schlechthin eine Zurechnung vornimmt. Die Einschränkung, die auf ein qualifiziertes Fehlverhalten des Finanzdienstleisters abstellt, klingt vielmehr sehr bekannt – wenn man die Stellungnahmen zum österreichischen § 43a VersVG im Hinterkopf hat.

*Zusammenfassend* ist daher festzuhalten, dass die Entscheidung BGH IV ZR 164/11 insofern nicht auf Österreich übertragbar ist, als das Vorliegen eines „Strukturvertriebs“ oder das Einschalten eines Versicherungsmaklers allein kein geeignetes Kriterium für die Zurechnung seiner Fehlberatung an den Versicherer sein kann.

### 3.3.5. Ergebnis: Die Zurechnung des Pseudomaklers

Auf Basis der in diesem Beitrag erzielten Ergebnisse ist festzuhalten: Die Anwendung des § 43a VersVG setzt voraus, dass der Makler in einem problematischen *wirtschaftlichen Naheverhältnis* zum Versicherer steht. Damit möchte die Bestimmung nicht das Vertrauen des Kunden in die Unabhängigkeit des Maklers schützen (dieser haftet ohnehin), sondern sie lässt den Versicherer haften, weil der Makler von ihm abhängig ist.

Als gemeinsamer Nenner konnten die folgenden Tatbestandsvoraussetzungen herausgearbeitet werden: Die Abhängigkeit des Maklers von einem Versicherer kann sich vor allem daraus ergeben, dass er im Verhältnis zu seinem Gesamtumsatz einen großen Anteil bei einem Versicherer platziert. Das wirtschaftliche Naheverhältnis muss – je nachdem, welcher der beiden in der Lehre vertretenen Auffassungen man folgt – entweder für den Versicherer erkennbar sein oder der Versicherer musste sogar positive Kenntnis von der Abhängigkeit haben und sie außerdem zur Steigerung der Erwerbchance ausgenutzt haben. Die zweitgenannte Auffassung dürfte in Österreich herrschend sein.

Die zivilrechtliche Einordnung dieser Bestimmung ist – wie gezeigt – im Detail umstritten. Nach der hier vertretenen Auffassung etabliert § 43a VersVG eine Haftung in Situationen, in denen ein potenzieller Interessenkonflikt beim Makler im Raum steht. In einer solchen Situation steigt die Gefahr einer Fehlberatung, weil der Makler faktisch nicht mehr unabhängig ist. Der eigentliche Zweck der in § 43a VersVG angeordneten Haftung besteht darin, den Versicherer anzuhalten, *keine Anreize zur Fehlberatung* zu setzen.<sup>76</sup> Damit ist die Bestimmung aber kein Fremdkörper, sondern stimmt mit dem allgemein-zivilrechtlichen Grundgedanken überein, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft (= Setzen von Anreizen für Fehlberatung), die entsprechenden Nachteile (= Haftung) zu tragen hat, wenn sich das Risiko (= Fehlberatung wegen mangelnder Unabhängigkeit) verwirklicht.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Zutreffend *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445 (448 ff).

<sup>77</sup> *Leupold/Ramharter*, RdW 2013, 445 (449).



#### Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. **Stefan Perner** lehrt Privatrecht am Institut für Rechtswissenschaften der Alpen-Adria Universität Klagenfurt.

#### Jüngere Publikationen:

Lehrbuch Bürgerliches Recht, 4. Auflage (2014, gemeinsam mit Spitzer und Kodek); Kommentierung der §§ 1c, 1d VersVG und des Internationalen Versicherungsrechts in Fenyves/Schauer (Hrsg), Kommentar zum VersVG (2014).

✉ stefan.perner@aau.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Perner/Stefan

Foto privat