

Der schweigende Versicherer – Eine Frage des Vertragsabschlusses im Versicherungsrecht

Stefan Perner

A. Vorbemerkung

In der höchstgerichtlichen Entscheidung 7 Ob 13/04v¹ werden zahlreiche zivil- und versicherungsrechtliche Fragen aufgeworfen. Der Jubilar selbst hat mir den Anstoß gegeben, mich mit ihr näher zu beschäftigen. Sie scheint daher besonders geeignet, als Grundlage für einen Beitrag in dieser Schrift zu dienen, mit dem ich dem Jubilar meine Glückwünsche aussprechen und mich für seine stete Förderung bedanken möchte.

B. Sachverhalt

Der Erstbeklagte (in der Folge: *Käufer*) kaufte am 6. 11. 2000 bei der Firma K. (in der Folge: *Verkäufer*) einen gebrauchten PKW um 114.000 S (8.285 €) unter Eigentumsvorbehalt. Dieser Ankauf wurde durch die Klägerin (in der Folge: *Kreditgeberin*) kreditfinanziert. Die Verkaufsverhandlungen führte der Autohändler und Geschäftsmann Franz K., der auch als Vermittler des Kreditvertrages auftrat. Die Kreditgeberin verpflichtete sich, dem Verkäufer des Fahrzeuges die Restschuld auf den Kaufpreis zu bezahlen. Im Gegenzug übertrug die Verkäuferin sämtlich Rechte, insbesondere die Kaufpreisforderung und das vorbehaltenen Eigentum, an die Kreditgeberin. Im Kreditvertrag wurde vereinbart, dass der Käufer verpflichtet sei, die zum gegenständlichen Kredit vorgeschriebenen Versicherungen abzuschließen und auf die Dauer des Schuldverhältnisses aufrecht zu erhalten. Weiters wurde ein Terminsverlust vereinbart. Im Zuge des Abschlusses des Kreditvertrages legte Franz K. dem Käufer ein Antragsformular zum Abschluss einer Kreditausfallversicherung nach Diebstahl oder Totalschaden bei der G-Versicherungs AG (in der Folge: *Versicherer*), welche immer mit der Kreditgeberin zusammenarbeitete, vor.

Franz K. sicherte auf Anfrage des Käufers noch vor Unterzeichnung des Antrages ausdrücklich zu, dass die Kreditausfallversicherung auch für Tunesien Geltung habe. Aufgrund dieser Auskunft unterfertigte der Käufer den Antrag. Der Käufer leistete seine Unterschrift am Formular unter der Rubrik „Unterschrift Versicherungsnehmer“. Die vereinbarte Einmalprämie wurde vom Käufer an den Versicherer bezahlt. Der Antrag auf Abschluss dieser Kreditausfallversicherung wurde von Franz K. an den Versicherer weitergeleitet.

¹ RdW 2004/601, 661.

Der Käufer fuhr nach Tunesien, wobei bei einem Verkehrsunfall der PKW total beschädigt wurde. Eine Kaskoversicherung hatte der Käufer nicht abgeschlossen, da er davon ausgegangen war, dass Versicherungsschutz auch in Tunesien bestand. Der Versicherer verweigerte die Zahlung, weil die abgeschlossene Kreditausfallversicherung nicht für Tunesien gelte.

Der Käufer leistete in weiterer Folge keine Zahlungen an die Kreditgeberin. Mit der am 6. 9. 2001 eingebrachten Mahnklage begehrte die Kreditgeberin Zahlung des offenen Kreditrestes in Höhe von 111.174 S (8.079 €).

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, das Berufungsgericht bestätigte und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Der OGH hob die Entscheidung des Berufungsgerichtes auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

C. Entscheidungsgründe

Der OGH verneint zunächst die Möglichkeit des Käufers, einen Einwendungsdurchgriff gemäß § 18 KSchG geltend zu machen. Der Irrtum des Käufers über die Deckung durch die Versicherung betreffe weder den Kauf-, noch den Kreditvertrag, sondern ausschließlich den diesen besichernden Versicherungsvertrag. Auch ohne diesen Irrtum, so das Höchstgericht weiter, wären Kauf- und Kreditvertrag zum Abschluss gelangt, bloß der Versicherungsvertrag wäre anderweitig zum Abschluss gelangt. Daher sei ein Einwendungsdurchgriff im Sinne des § 18 KSchG in diesem insoweit ausschließlich zweipersonalen Schuldverhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer nicht gerechtfertigt.

Die unrichtige Deckungszusage des Vermittlungsagenten führt nach Ansicht des OGH zu einem Schadenersatzanspruch gegen den Versicherer, der wiederum zur Deckungspflicht gemäß der abgegebenen Zusage führe. Auch der bloße Vermittlungsagent sei nämlich – bezüglich der vorvertraglichen Obsorgepflichten – Erfüllungsgehilfe des Versicherers und diesem daher nach § 1313a ABGB zurechenbar.

Nicht der Käufer, sondern der Kreditgeber sei Versicherungsnehmer geworden. Der Käufer sei aber zweifellos durch den gegenständlichen Versicherungsvertrag begünstigt im Sinne der §§ 74 ff VersVG. Die Versicherung sei daher insoweit nicht aus ihrer Verantwortung zu entlassen, so der OGH, als die von ihrem Agenten gemachte Deckungszusage jedenfalls zur Deckungspflicht gegenüber ihrer „richtigen Versicherungsnehmerin“ – der Kreditgeberin – führen müsse.

Der OGH begründet die Einwendung des Käufers gegen die Darlehensforderung der Bank in der Folge mit dem Argument, die Bank müsse sich jedenfalls zunächst aus dem im Sinne einer Deckungspflicht auch für Tunesien als zustande gekommenen Versicherungsvertrag schadlos halten. Nur ein daraus nicht ersetzbarer Mehrbetrag aus der offenen Kreditforderung könne vom Käufer direkt eingefordert werden. Dazu, so der OGH

weiter, fehlen einerseits Feststellungen, andererseits sei dieser von den Vorinstanzen nicht bedachte rechtliche Aspekt mit den Parteien nicht erörtert worden. Folglich wurde dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

D. Würdigung²

I. Zum Einwendungsdurchgriff

Zunächst ist die direkte Anwendbarkeit des § 18 KSchG,³ der den so genannten Einwendungsdurchgriff normiert, zu überprüfen. Im vorliegenden Fall sind sowohl das Vorliegen eines Verbrauchergeschäftes iSd § 1 KSchG als auch das Vorliegen eines Abzahlungsgeschäftes iSd §§ 16 ff KSchG zu bejahen: Der Käufer erwirbt das Auto nicht zu unternehmerischen, sondern zu rein privaten Zwecken von einem Unternehmer. Somit ist das KSchG anwendbar. Auch die spezifischen Voraussetzungen der §§ 16 ff KSchG über das Abzahlungsgeschäft sind gegeben. Die bewegliche körperliche Sache „Auto“ wird verkauft, wobei der Unternehmer die Sache vor vollständiger Bezahlung zu übergeben und der Verbraucher das Entgelt in mehreren Teilzahlungen zu entrichten hat, wobei der Barzahlungspreis die Grenze des § 16 Abs 1 Z 1 KSchG nicht übersteigt.⁴ § 18 KSchG ist – dies bejahte auch der OGH – anwendbar.

Die Möglichkeit, einen Einwendungsdurchgriff geltend zu machen, ist vor dem Hintergrund der „Rollenspaltung“ von Verkäufer und Finanzierer zu sehen.⁵ Die Gefahr dieser Rollenspaltung besteht für den Käufer darin, dass der Finanzierer, der dem Käufer

² Der Käufer des PKW ist tunesischer Staatsangehöriger. Der Sachverhalt weist also einen Auslandsbezug auf. Der OGH geht in der vorliegenden Entscheidung nicht auf international-privatrechtliche Aspekte des Sachverhaltes ein. Auszugehen ist mangels anderer Indizien im Sachverhalt davon, dass sowohl Kauf- und Kreditvertrag als auch das versicherungsvertragliche Verhältnis nach österreichischem materiellen Recht zu beurteilen sind: Für den Kauf- und den Kreditvertrag folgt dies aus Art 4 Abs 2 EVÜ: Die Parteien, die die charakteristischen Hauptleistungen erbringen, haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich. Für den Versicherungsvertrag ergibt sich dies aus dem EWR-VersVG: Dieses Gesetz ist anwendbar auf Versicherungsverträge mit Auslandsberührung, wenn sie in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes belegene Risiken decken (§ 1 leg cit). Es handelt sich um eine Versicherung von Risiken mit Bezug auf ein zugelassenes Fahrzeug. Als Staat, in dem das Risiko belegen ist, gilt in diesem Fall der Staat, in dem das Kraftfahrzeug zugelassen ist, also Österreich (§ 2 Z 1 lit a bb leg cit). Anzuwenden ist mangels Rechtswahl das Recht jenes Mitgliedstaates, in dem das Risiko belegen ist, wenn der Versicherungsnehmer dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (was hier zutrifft). Daher ist österreichisches Recht anzuwenden (§ 10 Abs 1 leg cit).

³ Zur analogen Anwendung des § 18 KSchG auf andere drittfinanzierte Verbrauchergeschäfte, in denen kein Abzahlungsgeschäft vorliegt, vgl bloß *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² (2001) 166. Zur analogen Anwendung auf Geschäfte, die nicht dem KSchG unterliegen, vgl *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449 (460 f); *Wilhelm*, Allgemeiner Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Kauf, ecolex 1994, 83 (85 f) und 380 (380 ff); aA *Koziol*, Einwendungsmöglichkeiten und Rückabwicklung bei Drittfinanzierung mit Einlösung der Kaufpreisforderung – Zur Entscheidung des OGH 30. 6. 1988, 8 Ob 25/88, ÖBA 1989, 207 (208 f).

⁴ Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Herbst 2000) lag diese Grenze bei 310.000 S.

⁵ Zum Einwendungsdurchgriff beim drittfinanzierten Kauf vgl grundlegend *F. Hoyer*, Der Einwendungsdurchgriff beim drittfinanzierten Kauf (1999).

gegenüber in wirtschaftlicher Einheit, also gleichsam „als eine Person“ mit dem Verkäufer auftritt, eine Darlehensforderung geltend macht, gegen die dem Käufer keine Einwendungen zustehen, obwohl im zweiseitigen Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer eine Einwendung gegen die Ratenkaufpreisforderung bestünde. Die Spaltung beim drittfinanzierten Kauf könnte somit dazu führen, dass der Käufer seiner Einwendungen gegen den Verkäufer im Verhältnis zum Finanzierer beraubt wird. Das erscheint nicht gerechtfertigt, wenn die Verträge einheitlich geschlossen wurden und aufeinander bezogen sind. Der Einwendungsdurchgriff (§ 18 KSchG) stellt den Käufer daher, was seine Einwendungen betrifft, wie einen debitor cessus, der dem Zessionar alle Einwendungen aus der abgetretenen Forderung entgegenhalten kann.⁶ Charakteristisch für den „Einwendungsdurchgriff“ beim drittfinanzierten Kauf ist also gerade, dass der Käufer eine Einwendung gegen die Ratenkaufpreisforderung hat. Diese „greift gegen die Darlehensforderung durch“.⁷ Wenn es aber keine Einwendung im Grundverhältnis gibt, gibt es freilich auch keinen Durchgriff.

Zu prüfen ist daher, ob der Käufer gegen die Ratenkaufpreisforderung Einwendungen geltend machen könnte. Eine solche ergibt sich schon aus den Vorschriften über die Mindestanzahlung iSd § 20 KSchG. Da eine solche nach dem festgestellten Sachverhalt vor oder bei Übergabe des Autos offenbar nicht geleistet wurde, mindert sich die Kaufpreisschuld um 20%.⁸ Diese Einwendung kann der Käufer dem Kreditgeber jedenfalls entgegenhalten.

Zu fragen ist aber überdies, ob die falsche Zusicherung des die Verkaufsverhandlungen führenden Autohändlers Franz K. einen zur Anfechtung des Kaufvertrags berechtigenden Irrtum des Käufers verursacht hat. Liegt nämlich ein solcher, beachtlicher, Irrtum vor, existiert eine Einwendung des Käufers gegen die Kaufpreisforderung. Er kann nämlich einwenden, dass der Vertrag beseitigt ist und er daher die Zahlung des Kaufpreises nicht schuldet. Eine solche Einwendung gegen die Kaufpreisforderung berechtigt zu einem Einwendungsdurchgriff iSd § 18 KSchG.

Selbst wenn man – wie der OGH – davon ausgeht, dass der Käufer über den Inhalt des abzuschließenden Versicherungsvertrages irrte,⁹ da er davon ausging, Versicherungs-

⁶ Vgl § 1396 ABGB; dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² 117 f. *F. Hoyer*, Einwendungsdurchgriff 21 ff vertritt im Anschluss an *Bydlinski* (in Klang, ABGB IV/2², 419 ff), dass, wenn der Finanzierer – wie hier – die Kaufpreisforderung eingelöst hat, dieser sich nur auf die abgetretene Kaufpreisforderung stützen kann. Ein Darlehen könne in solchen Fällen nicht angenommen werden, da für ein Darlehen charakteristisch sei, dass dem Darlehensnehmer eine Summe Geldes zur freien Verfügung übergeben werde („Zuzählung“, vgl § 983 ABGB).

⁷ Wer – wie *Bydlinski* (in Klang, ABGB IV/2², 419 ff) und *F. Hoyer* (Einwendungsdurchgriff 21 ff) – vertritt, dass sich der Finanzierer nur auf die abgetretene Kaufpreisforderung stützen kann, kann die Einwendung des Käufers direkt auf § 1396 ABGB stützen.

⁸ Der Barzahlungspreis übersteigt nämlich die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Grenze von 3000 S; oberhalb dieser Grenze sind zwanzig Prozent Mindestanzahlung zu leisten, darunter nur zehn. (§ 20 Abs 1 KSchG).

⁹ Ein solcher Irrtum über den Versicherungsvertrag liegt freilich auf Seiten des Käufers nicht vor, wenn man davon ausgeht, dass ohnehin Inhalt des Versicherungsvertrages wird, dass Deckungsschutz auch in Tunesien besteht (vgl unten II.3.). Auch in diesem Fall ist freilich mangels Einwendung ein Einwendungsdurchgriff unzulässig.

schutz bestehe auch in Tunesien, rechtfertigt diese Qualifikation noch nicht die Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums. Der Käufer hätte den Kaufvertrag, wie festgestellt wurde, auch ohne diesen Irrtum mit gleichem Inhalt abgeschlossen. Bloß der Versicherungsvertrag wäre dann anders¹⁰ zum Abschluss gelangt. Das Höchstgericht verneinte daher zutreffend die Anfechtungsmöglichkeit: Ein Irrtum, der den Abschluss des Vertrags überhaupt nicht beeinflusst hat, ist nicht kausal und ist schon aus diesem Grund nicht beachtlich.¹¹ Die Einwendung besteht nicht, weshalb auch ein „Einwendungsdurchgriff“ nicht zulässig ist.

II. Persönliche Einwendungen gegen den Kreditgeber

1. Allgemeines

In der Folge ist zu überprüfen, ob dem Käufer Ansprüche gegen den Kreditgeber zustehen, die er dem – den Anspruch geltend machenden – Kreditgeber einwenden kann. Der OGH bejaht dies im Ergebnis. In der Folge ist insbesondere die Argumentation zu überprüfen, der Finanzierer müsse sich als „richtiger Versicherungsnehmer“ primär aus dem Versicherungsvertrag schadlos halten. Bei diesen Fragen handelt es sich selbstverständlich nicht um ein Problem des Einwendungsdurchgriffs, sondern, wie der OGH treffend ausdrückt, um ein Problem „in diesem insoweit ausschließlich zweiseitigen Schuldverhältnis“.

2. Kreditausfallversicherung

Mit der „Kreditausfallversicherung nach Diebstahl oder Totalschaden“, die der Kreditnehmer nach den Feststellungen des OGH abzuschließen verpflichtet war, wurde – anders als bei einer Kreditversicherung¹² – zweifellos ein Interesse des Käufers (und Kreditnehmers) versichert. Nach Diebstahl oder Totalschaden bleibt der Käufer weiterhin¹³ verpflichtet, die Kaufpreistraten – und daher auch das Darlehen – zurückzuzahlen. Den Käufer trifft nach Übergabe die wirtschaftliche Gefahr des Unterganges der Kaufsache. Er bleibt zur Ratenrückzahlung verpflichtet, obwohl keine Möglichkeit zur Sachnutzung mehr besteht. Die Versicherung „springt für die noch offenen Kaufpreistraten ein“, wenn das Auto gestohlen wird oder einen Totalschaden erleidet. Versicherte Gefahr ist sohin die Möglichkeit, dass der PKW vor vollständiger Bezahlung der Verbindlichkeit gestohlen oder total beschädigt wird. Der Käufer ist Versicherter.

¹⁰ Nämlich über den Schwager des Käufers bei einer anderen Versicherung.

¹¹ Vgl bloß *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² (2001) 138.

¹² Bei dieser wird (nur) ein Interesse des Gläubigers, nämlich an der Einbringlichkeit seiner Kreditforderung, versichert. Vgl zur Kreditversicherung *Sieg* in *Bruck/Möller/Sieg*, VVG⁸ II § 49 Anm 98; *Sieg*, Forderungsversicherungen im Lichte von Aufsichts- und Vertragsrecht, ZVersWiss 1990, 511 (511 ff); *Wagner*, Die Kreditversicherung⁸ (1985).

¹³ Freilich nur, sofern der Totalschaden nicht zu einer Beseitigung des Kaufvertrages berechtigt (zB gewährleistungsrechtliche Wandlung oder irrtumsrechtliche Vertragsanfechtung).

3. Zur Versicherungsnehmereigenschaft

Versicherungsnehmer ist im gegenständlichen Fall nach Ansicht des OGH aber der Finanzierer. Die Versicherung sei „für fremde Rechnung“¹⁴ iSd §§ 74 ff VersVG geschlossen. Im Sachverhalt findet sich freilich manches Indiz, das gegen die Einordnung des OGH spricht: Der Käufer unterfertigte einen Antrag auf Abschluss besagter Versicherung, leistete im Antragsformular die Unterschrift unter der Rubrik „Versicherungsnehmer“ und zahlte die vereinbarte Einmalprämie, die von der Versicherung nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes auch unbeanstandet angenommen wurde.

Das Berufungsgericht – und ihm offenbar folgend der OGH – argumentierte aber, dass vom Abschluss eines Versicherungsvertrages zwischen dem Käufer und der Versicherung nicht ausgegangen werden könne, weil diesbezüglich weder eine ausdrückliche Annahmeerklärung durch die Versicherung erfolgt noch dem Erstbeklagten eine Polizze ausgehändigt worden sei; die unbeanstandete Annahme der Versicherungsprämie durch die Versicherung könne ebenso wenig als stillschweigender Abschluss eines Versicherungsvertrages angesehen werden, zumal auf die Prämienzahlungen auch keinerlei Reaktion des Versicherers gegenüber dem Käufer erfolgte.

Dieser Argumentation ist nicht zuzustimmen: Das Berufungsgericht und der OGH verneinen einen Vertragsschluss zwischen Käufer und Versicherer offenbar mit dem Argument, dass das Verhalten des Versicherers nicht auf eine stillschweigende Willenserklärung iSd § 863 ABGB schließen lässt, die eine Annahme des Angebotes des Käufers auf Abschluss eines Versicherungsvertrages zum Inhalt hat.¹⁵ Der Versicherer tut ja gerade nichts, er schweigt nach Zugang des Angebotes.

Nun ist zwar richtig, dass bloßem Schweigen grundsätzlich kein Erklärungswert zukommt.¹⁶ Das Schweigen könnte aber im konkreten Fall schon über § 362 HGB die Bedeutung einer Willenserklärung erlangen. Diese Bestimmung misst dem Schweigen nämlich unter bestimmten Umständen eine solche Bedeutung bei.¹⁷ Voraussetzung ist zu-

¹⁴ Vgl zur Versicherung „für fremde Rechnung“ *Schauer*, Das Österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 164 ff; Der Begriff „für fremde Rechnung“ sei missverständlich. Es komme nicht darauf an, dass der Versicherungsnehmer für Rechnung eines Dritten tätig werde, entscheidend sei allein, ob ein Interesse eines Dritten versichert werde. Die Versicherung „für fremde Rechnung“ iSd § 74 ff VersVG wird zuweilen als echter (so *Sieg* in *Bruck/Möller/Sieg*, VVG⁸ II § 74 Anm 2), zuweilen als unechter Vertrag zu Gunsten Dritter (so *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³, 168) angesehen. Terminologisch ist hier mE *Schauer* zu folgen, da für den echten Vertrag zu Gunsten Dritter die Klagemöglichkeit des Dritten charakteristisch ist (vgl *Kozioll/Wesler*, Bürgerliches Recht II³², 133 f), die Ausgestaltung der §§ 74 ff VersVG die Klagemöglichkeit des Versicherten aber als Ausnahmefall sieht (vgl § 75 Abs 2 VersVG).

¹⁵ Vgl zur stillschweigenden Willenserklärung *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 863 Rz 9 ff.

¹⁶ Vgl bloß *Kozioll/Wesler*, Bürgerliches Recht I², 93 ff; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992) 654 f; *Canaris* in *Großkommentar zum HGB III/2³* (1978) Anhang nach § 362; *derselbe*, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, FS Wilburg (1975) 77 (77 ff); *Frotz*, Schweigen als Zustimmung, FS Ostheim (1990) 75 (75 ff).

¹⁷ Vgl zu dieser Bestimmung zB *Canaris* in *Großkommentar zum HGB III/2³* (1978) § 362 Anm 1 ff; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB³ § 362 Rz 1 ff; *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 362 Rz 1 ff.

nächst, dass einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag für die Besorgung solcher Geschäfte zugeht. Weitere Voraussetzung ist, dass der Anbietende mit dem Geschäftsbesorgungskaufmann entweder in einer Geschäftsverbindung steht, oder dass sich der Kaufmann dem Anbietenden zur Besorgung solcher Geschäfte „erboten“ hat.¹⁸

Zur **Geschäftsbesorgung**: Der Versicherer ist Kaufmann (§ 6 HGB iVm § 3 AktG). Fraglich ist aber, ob es sich bei dem gegenständlichen Angebot um einen Antrag auf „Geschäftsbesorgung“ im Sinne dieser Bestimmung handelt. Der Begriff „Geschäftsbesorgung“ wird sehr weit ausgelegt: Gemeint sind danach (jedenfalls, aber nicht nur) Geschäftsbesorgungen im Sinne des Auftragsrechts, also Rechtshandlungen bzw die Besorgung von Rechtsgeschäften. Unter Geschäftsbesorgung fallen auch tatsächliche Handlungen. Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift besorgt demnach nach hL und Rsp, wer „außerhalb eines dauernden Dienstverhältnisses eine an sich dem anderen zukommende Tätigkeit diesem abnimmt, mag diese Tätigkeit rechtsgeschäftlicher oder rein tatsächlicher Art sein.“¹⁹ Insbesondere besorgen demnach Warenhandelskaufleute keine Geschäfte im Sinne dieser Bestimmung.²⁰

Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die Frage nach dem Erklärungswert des Schweigens im Handelsrecht in Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen wird, sieht doch der im Zuge der Handelsrechtsreform geplante § 362 UGB (als Nachfolgebestimmung zu § 362 HGB) den Wegfall der Beschränkung dieser Regel auf Geschäftsbesorgungskaufleute vor.²¹ Nach Inkrafttreten der Reform ist daher die Bedeutung des Schweigens jedes Unternehmers in Hinblick auf § 362 UGB zu prüfen.

Ob ein Versicherungsunternehmen Geschäfte iSd § 362 HGB besorgt, ist schon aufgrund der Verschiedenheit der Tätigkeitsbereiche von Versicherungsunternehmen in dieser Allgemeinheit nicht zu beantworten.²² Manche Tätigkeiten von Versicherern sind schon unter den engsten möglichen Sinn des Begriffes „Geschäftsbesorgung“ subsumierbar. So sind viele Tätigkeiten eines Versicherers in der Haftpflicht- oder Rechtsschutzversicherung als Geschäftsbesorgung einzustufen. Die ratio des § 362 HGB stützt die Auslegung, wonach im gegenständlichen Fall die Besorgung eines Geschäftes im Sinne dieser

¹⁸ Vgl dazu mwN *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 362 Rz 12.

¹⁹ BGHZ 46, 43 47; *Canaris* in *Großkommentar zum HGB III/2³* (1978) § 362 Anm 6 f; *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB³ § 362 Rz 7.

²⁰ Vgl *Schuhmacher* in *Straube*, Kommentar zum HGB³ § 362 Rz 7 mwN aus der Lehre und Rsp.

²¹ *Schauer*, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23 (27 f).

²² Vgl aber zu den neueren Theorien zur Rechtsnatur des Versicherungsvertrages, die diesen als Geschäftsbesorgungsvertrag begreifen, *Mauntel*, Bedarfs- und produktbezogene Beratung beim Abschluss von Lebensversicherungsverträgen (2004). Einen versicherungsrechtlichen Fall betraf die Entscheidung 7 Ob 12/87, RdW 1987, 373 = VersE 1329. Zu Gunsten eines Gläubigers des Versicherungsnehmers war die Versicherung vinkuliert. Dieser Gläubiger richtete einen Antrag an den Versicherer auf Vereinbarung der Verständigung des Gläubigers durch den Versicherer, wenn der Versicherungsschutz unterbrochen wird. Der OGH bejahte das Vorliegen einer Geschäftsbesorgung. § 362 HGB griff aber letztlich doch nicht ein, weil nach Ansicht des OGH keine ständige Geschäftsbeziehung zwischen Versicherer und Gläubiger bestand.

Norm vorliegt: Dass gerade Geschäftsbesorgung, und nicht jede kaufmännische Tätigkeit umfasst ist, wird damit begründet, dass die typische Eilbedürftigkeit bzw Unwiederholbarkeit der (rechtzeitigen) Geschäftsbesorgung zu einem besonderen Vertrauensschutz in den Fällen führt, in denen der Oblat selbst zum Entstehen dieses Vertrauens beigetragen hat.²³ Gerade die Situation der Unwiederholbarkeit trifft aber eben auch typischerweise auf Versicherungsverträge zu. Ob und wann das ungewisse Ereignis eintritt, ist ja gerade ungewiss. Wenn es aber eingetreten ist, kann ein Vertragsabschluss nicht mehr nachgeholt werden und das mit der Versicherung verfolgte Ziel kann grundsätzlich nicht mehr erreicht werden. Im konkreten Fall (Kreditausfallversicherung) liegt somit Geschäftsbesorgung iSd § 362 HGB vor.

Zum **Anerbieten**: Fraglich ist, ob diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist. „Erbiten“ ist jedenfalls weniger als ein Angebot. Andernfalls bräuchte man für das Zustandekommen des Vertrages § 362 HGB ja nicht – der Vertrag würde bereits durch den Zugang der Annahmeerklärung des Geschäftspartners zustande kommen. Nicht ausreichen sollen wiederum bloß an die Öffentlichkeit gerichtete Äußerungen, zB Annoncen und Geschäftsschilder. Nach einer Ansicht in der Literatur unterfallen bereits Rundschreiben dem Begriff des Anerbietens.²⁴ Im konkreten Fall kann nicht davon gesprochen werden, dass der Versicherer sich bloß gegenüber der Öffentlichkeit bzw Allgemeinheit anerboten hat. Er arbeitete vielmehr mit der kreditgewährenden Bank zusammen und trat über diese konkret gegenüber dem Käufer auf, „erbot“ sich diesem für die abzuschließende Kreditausfallversicherung an.

Zum **Anbot**: Zunächst ist zu prüfen, ob ein auf Abschluss eines Versicherungsvertrages gerichtetes Anbot des Käufers vorliegt und, wenn dies bejaht werden kann, welchen Erklärungsinhalt das Anbot hat: Der Käufer unterfertigt einen Antrag auf Abschluss der vorgeschriebenen Versicherung und unterfertigt unter der Rubrik „Unterschrift Versicherungsnehmer“, wobei sein Interesse versichert sein soll. Was anderes könnte mit dem Antrag gemeint sein, als ein Angebot des Käufers auf Abschluss eines ihn allein berechtigenden und verpflichtenden Versicherungsvertrages?²⁵ Der Käufer wollte Partner des Versicherungsvertrages – Versicherungsnehmer – werden.²⁶ Was den Inhalt des Angebotes betrifft, ist insbesondere die Äußerung des vom OGH als Versicherungsagenten qualifizierten Franz K. zu beachten, dass Versicherungsschutz auch in Tunesien bestehe. Der dem Agenten klar erkennbare rechtsgeschäftliche Wille des Käufers, den dieser nach der

²³ So *Kerschner* in Jabornegg, Kommentar zum HGB § 362 Rz 1, der von einem „Sich-Verlassen-Können“ spricht.

²⁴ *Canaris* in Großkommentar zum HGB III/2³ (1978) § 362 Anm 10: Entscheidend ist, ob der Kreis der Adressaten bestimmt ist oder nicht. Daher genüge auch zB ein Erbiten durch massenweise verschickte Drucksachen in aller Regel den Voraussetzungen von § 362 HGB; vgl auch *Schubmacher* in Straube, Kommentar zum HGB³ § 362 Rz 10.

²⁵ Die Formulierung im Kreditvertrag, der Kreditnehmer sei verpflichtet, die „zum gegenständlichen Kredit vorgeschriebenen Versicherungen abzuschließen und auf die Dauer des Schuldverhältnisses aufrecht zu erhalten“, konnte der Käufer wohl auch nur so verstehen, dass er Versicherungsnehmer wird und einen darauf gerichteten Antrag stellt.

²⁶ Dass er die vereinbarte Prämie gezahlt hat, ist zumindest kein Gegenargument zu dieser Auslegung.

Auskunft des Agenten zu erkennen gibt, richtet sich auf den Abschluss eines Versicherungsvertrages, der auch dann Deckungsschutz gewährt, wenn das Fahrzeug in Tunesien gestohlen wird oder einen Totalschaden erleidet. Ein Versicherungsagent²⁷ gilt als zur Entgegennahme von Anträgen auf Abschluss von Versicherungen bevollmächtigt (§§ 43, 44 VersVG). Der Versicherer hat die Erklärung so gegen sich gelten zu lassen, wie sie dem Agenten zugegangen ist. Sie gilt mit dem Zeitpunkt des Zuganges an ihn als dem Versicherer zugegangen. Der Versicherungsagent ist als Empfangsbevollmächtigter eben „Auge und Ohr des Versicherers“.²⁸ Die Erklärung ist daher als Anbot zum Abschluss eines Versicherungsvertrages, der auch bei Diebstahl oder Totalschaden in Tunesien Deckung gewährt, zu verstehen.

Als Ergebnis ist, da der Versicherer nicht unverzüglich geantwortet, sondern geschwiegen hat, festzuhalten, dass der Versicherungsvertrag zwischen dem Versicherer und dem Käufer zustande kam. Inhalt des Vertrages ist eine Kreditausfallversicherung, die auch bei Diebstahl oder Totalschaden in Tunesien Deckung gewährt, geworden. Vertragspartner sind der Versicherer und der Käufer, der sein eigenes Interesse versichert, als Versicherungsnehmer.²⁹

Für den geltend gemachten Anspruch bedeutet dies Folgendes: Dem Käufer stehen gegen die Kreditforderung des Kreditgebers keine Einwendungen zu.³⁰

4. Schlussbemerkung

Beachtenswert ist freilich, dass die Deckungsklage des Käufers gegen die Versicherung in einem Parallelverfahren mit der Begründung fehlender Aktivlegitimation rechtskräftig abgewiesen wurde.³¹

Dies lässt die Entscheidung des OGH freilich in einem etwas anderen Licht erscheinen. Die – der Entscheidung im Parallelprozess widersprechende – Bejahung der Versicherungsnehmereigenschaft des Käufers durch den OGH würde nämlich auf den ersten

²⁷ Vgl zu den „Hilfspersonen des Versicherers“ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³, 97 ff.

²⁸ So (speziell für Wissenserklärungen) *Kollhosser* in Prölss/Martin, VVG²⁷ § 43 Rz 17.

²⁹ Dass der Versicherungsnehmer im gegenständlichen Fall noch keinen Versicherungsschein ausgehändigt bekommen hat, ändert nichts an diesem Ergebnis, insbesondere wird dadurch nicht das durch § 362 HGB anerkannte Vertrauen auf den Vertragsschluss zerstört. Die Bedeutung des Versicherungsscheins für den Vertragsschluss ergibt sich vielmehr in Fällen, in denen die Tatbestandselemente des § 362 HGB nicht vorliegen. Dann kann oft erst das Zusenden eines Versicherungsscheins, und nicht das bloße Schweigen, als Willenserklärung (iSd § 863 ABGB) gedeutet werden. Im Fall des § 362 HGB wird aber gerade dem Schweigen diese besondere Bedeutung beigemessen, die zum Vertragsschluss führt. Der Versicherungsnehmer hat freilich nach Abschluss des Vertrags Anspruch auf den Versicherungsschein (§ 3 Abs 1 VersVG). Vgl zu den Vertragsurkunden *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³, 91 ff. Auch § 1a Abs 2 VersVG („vorläufig Deckung kraft Gesetzes“) ist nicht anwendbar, da der Vertrag bereits zustande gekommen ist. Für solche Fälle, in denen die Deckung bereits aufgrund des Vertrages besteht, braucht man diese Norm nicht. Sie sagt auch nichts darüber aus, wann und wie der Vertrag zustande kommt.

³⁰ Abgesehen von der Einwendung des § 20 Abs 2 iVm § 18 KSchG (Mindestanzahlung, siehe oben I.).

³¹ Schon das Erstgericht hatte die Klage mangels Aktivlegitimation abgewiesen (BG für Handelssachen Wien 19. 11. 2002, 6 C 1151/01k). Das Berufungsgericht wies die Berufung des Klägers ab (HG Wien 26. 2. 2003, 1 R 54/03r-27), wobei es aussprach, dass die Revision nicht zulässig sei.

Blick zu einem etwas eigenartigen Ergebnis führen. Sowohl die Entscheidung im Parallelprozess als auch die Entscheidung des OGH hätten dann zwar bejaht, dass eine Versicherung im Interesse des Käufers abgeschlossen wurde, der Versicherte könnte aber – zumindest vorerst – keinen Vorteil daraus erlangen: Im Deckungsprozess wurde ihm zwar zugestanden, Versicherter zu sein, aber die Versicherungsnehmereigenschaft und daher die Aktivlegitimation abgesprochen, im Prozess gegen den Kreditgeber würde ihm seine Einwendung gegen die Kreditforderung mit dem Argument verneint, er selber, nicht der Kreditgeber, sei Vertragspartner des Versicherers.

Das mit dem Parallelprozess übereinstimmende Ergebnis des OGH erscheint unter diesem Blickwinkel praktikabler:³² Der Kreditgeber wird vom Höchstgericht an den Versicherer verwiesen und erhält von diesem die Versicherungsleistung. Nur einen allfälligen Mehrbetrag, der von der Versicherungsleistung nicht gedeckt ist, kann der Kreditgeber dann vom Käufer verlangen.

Hätte der OGH im gegenständlichen Verfahren entschieden, dass der Käufer Versicherungsnehmer ist, wäre der Weg zum Ziel umständlicher geworden: Dem geltend gemachten Anspruch des Kreditgebers wäre – wie eben dargelegt – zunächst stattgegeben worden. Der Versicherungsnehmer müsste den Kreditgeber in der Folge auf Herausgabe des Versicherungsscheins³³ klagen – im Verhältnis zum Kreditgeber wurde ja festgestellt, dass der Käufer Versicherungsnehmer ist, und als solcher hat er Anspruch auf Ausfolgung des Versicherungsscheins, den er auch von einem Dritten herausverlangen kann. Als Besitzer des Versicherungsscheins wäre er gegenüber dem Versicherer aktiv klagelegitimiert: Dem Klagebegehren könnte der Versicherer nicht die Bindungswirkung der Vorentscheidung entgegenhalten – der Käufer klagt dann ja nicht als Versicherungsnehmer, sondern als Versicherter aus der Versicherung für fremde Rechnung, der gem § 76 Abs 2 VersVG aktivlegitimiert ist, wenn er den Versicherungsschein besitzt.

Die Kritik in diesem Beitrag erscheint daher in diesem Lichte vielleicht weniger als eine solche an der höchstgerichtlichen Entscheidung, sondern vielmehr als Gegenposition zu den Würdigungen des Parallelprozesses.

³² Aus prozessualen Gründe geboten ist es nicht: Die rechtskräftige Vorentscheidung im Parallelprozess entfaltet nur zwischen den Parteien Bindungswirkung, und nicht im Verhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer. Vgl zur materiellen Rechtskraft *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zur ZPO² III (2004) § 411 Rz 11 ff. Grundsätzlich gibt es keine Rechtskrafterstreckung auf Drittbeteiligte eines Rechtsverhältnisses (*Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zur ZPO² III § 411 Rz 126).

³³ Der dem Kreditgeber offenbar ausgefolgt wurde.

Der „unvorhergesehen“ eintretende Sachschaden – Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit?*

Petra Reinbacher

A. Einleitung

Nach der heute vorherrschenden Plansicherungstheorie¹ besteht die Aufgabe der Versicherung darin, dem Versicherten das Risiko einer durch die Verwirklichung bestimmter Gefahren durchkreuzten Vermögensplanung abzunehmen. Der vom Versicherer in den einzelnen Versicherungszweigen gewährte Versicherungsschutz ist jedoch regelmäßig dem Grunde und der Höhe nach beschränkt. Ein unbegrenzter Versicherungsschutz würde zwangsläufig an der mangelnden Überschaubarkeit des vom Versicherer übernommenen Risikos und der daraus resultierenden Unmöglichkeit der Prämienkalkulation scheitern.²

Die hier interessierenden Technischen Versicherungszweige, die regelmäßig Allfahrendeckung bieten und damit dem Grundsatz der Universalität der Gefahrtragung³ folgen, schränken durch das Erfordernis des „unvorhergesehen“ eintretenden Sachschadens das versicherte Risiko und damit die Deckungspflicht des Versicherers ein. Dieser Terminus, der sich in der primären Risikoumschreibung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der einzelnen Technischen Versicherungszweige findet, bildet den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

B. Die österreichische Ausgangslage

I. Unter dem Begriff der Technischen Versicherung werden jene Versicherungszweige zusammengefasst, die technologische Kenntnisse und Maßnahmen für die Herstellung

* Als eines der jüngsten Mitglieder im Team von *Attila Fenyves* freut es mich ganz besonders, mit einem Beitrag an dieser Sammelpublikation mitwirken zu dürfen. Das Thema der nachfolgenden Untersuchung hat sich im Rahmen der Bearbeitung meiner Dissertation ergeben und ich hoffe, dass es das Interesse des Jubilars finden wird, bei dem ich mich auf diesem Wege für die wertvolle Unterstützung und Förderung ganz herzlich bedanken möchte.

¹ Näher dazu *Braess*, Elemente einer dynamischen Versicherungskonzeption aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, *ZVersWiss* 1970, 1 (7 ff); *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 30 ff; zu den einzelnen Versicherungstheorien siehe *Jabornegg*, Wesen und Begriff der Versicherung im Privatversicherungsrecht, in *Enzinger/Hügel/Dillenz* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift für Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993) 551 (555 ff).

² *Jabornegg*, Das Risiko des Versicherers (1979) 51; *Littbarski*, Haftungs- und Versicherungsrecht im Bauwesen (1986) 277 ff.

³ Zu den Arten der Gefahrenübernahme siehe *Jabornegg*, Risiko 51 ff; *Schauer* in *Honsell* (Hrsg), Berliner Kommentar zum VVG (1999) Vorbem §§ 49-68a Rz 13 f.