



# RSS

Rechtsservice- und Schlichtungsstelle  
des Fachverbandes der Versicherungsmakler und  
Berater in Versicherungsangelegenheiten

Stubenring 16 / Top 7  
1010 Wien  
Tel: 05 - 90 900 - DW 5085 (Fax DW 118225)  
schlichtungsstelle@ivo.or.at

eine Einrichtung der



RSS-0098-20-15  
= RSS-E 23/21

## Empfehlung der Schlichtungskommission vom 27.5.2021

Vorsitzender	Dr. Gerhard Hellwagner
Beratende Mitglieder	Mag. Thomas Hajek Oliver Fichta Kurt Krisper (Versicherer)
Schriftführer	Mag. Christian Wetzelberger

Antragsteller	(anonymisiert)	Versicherungs- nehmer
vertreten durch	(anonymisiert)	Rechtsanwalt
Antragsgegnerin	(anonymisiert)	Versicherungsmakler
vertreten durch	(anonymisiert)	Rechtsanwalt

### Spruch

Die Schlichtungskommission gibt keine Empfehlung ab.

### Begründung

Der Antragsteller hat über Vermittlung der Antragsgegnerin per 1.8.2007 eine Berufsunfähigkeitsversicherung bei der H (anonymisiert) zur Polizzennr. (anonymisiert) abgeschlossen.

Der Antragsteller beehrte mit Meldung vom 27.11.2019 von der H (anonymisiert) eine Berufsunfähigkeitsrente iHv € 6.000,--, zahlbar ab Jänner 2019. Infolge einer Krebserkrankung sei er für seine Tätigkeit als Lokführer teilweise berufsunfähig, er sei in weiterer Folge ab Jänner 2020 von seinem Dienstgeber auf ärztliche Anordnung infolge der Nachwirkungen der Krebserkrankung auf 50% Berufsunfähigkeit eingestellt worden.

Die H (anonymisiert) lehnte mit Schreiben vom 23.3.2020 eine Leistung dem Grunde nach ab: Gemäß den getroffenen Vereinbarungen liege der Versicherungsfall der Berufsunfähigkeit erst vor, wenn die versicherte Person unterbrochen wenigstens 6 Monate mindestens zu 75% außer Stande sei, ihrem zuletzt bei Eintritt des Versicherungsfalles ausgeübten Beruf nachzugehen. Sie bot dem Antragsteller an, die Berufsunfähigkeit unpräjudiziell für den Zeitraum vom 9.1.2019 bis 30.9.2019 anzuerkennen.

Der Antragsteller wandte sich in weiterer Folge an die Antragsgegnerin und deren Berufshaftpflichtversicherer, die G (*anonymisiert*). Die Antragsgegnerin habe einen Beratungsfehler zu verantworten, zumal auf dem Antragsformular zur gegenständlichen Versicherung eine Leistung ab 50% Berufsunfähigkeit beantragt worden war, ein Kreuz im Feld „75%“ wurde nicht gesetzt. Die G (*anonymisiert*) teilte namens der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8.4.2020 mit, jegliche Schadenersatzforderungen zurückzuweisen. Zusammengefasst liege kein Beratungsfehler vor, dem Kunden seien die Vertragsbedingungen bekannt gewesen. Dass das Feld „75%“ ursprünglich nicht angekreuzt gewesen sei, sei für die Haftungsbeurteilung nicht relevant, da dies in Absprache mit dem Kunden korrigiert worden sei.

Dagegen richtet sich der Schlichtungsantrag vom 2.10.2020. Der Antragsteller sei nicht über eine Änderung des Antrags von 50% auf 75% Mindestmaß der Berufsunfähigkeit beraten worden. Daraus entstehe dem Antragsteller ein Schaden in Höhe der Rente ab Jänner 2019, voraussichtlich bis zum Ende des Versicherungsvertrag am 1.8.2027.

Der Antragsteller legte weiters die Korrespondenz mit der H (*anonymisiert*) bei, diese teilte dabei mit Schreiben vom 20.5.2020 u.a. Folgendes mit:

„Richtig ist, dass Ihr Mandant einen Antrag mit einem BU-Grad von mindestens 50% gestellt hat. Allerdings hat der Makler Ihres Mandanten diesen Antrag mit beiliegendem Schreiben abgeändert und beantragt, den Mindestgrad mit 75% festzusetzen.(...)“

Die Antragsgegnerin nahm durch ihre Rechtsvertretung mit Schreiben vom 9.11.2020 wie folgt Stellung (auszugsweise):

*(...) Im Rahmen dieser Gespräche hat der Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin erwähnt, dass er sich beim spezifischen Beruf als Lokführer keine „Varianten“ der Berufsunfähigkeit vorstellen kann. Entweder könne man zu 100% als Lokführer tätig sein oder man könne eben gerade nicht weiter in diesem Berufsfeld agieren. Eine 50%ige Berufsunfähigkeit als Lokführer könne er sich einfach nicht vorstellen.*

*Aus diesem Grund hat sich der Antragsteller explizit für den Abschluss einer 75%igen Berufsunfähigkeitsversicherung entschieden.*

*Dies insbesondere auch deshalb, da es sich bei der 75%igen Variante damals um einen Sondertarif gehandelt hatte, bei dem (verhältnismäßig) wesentlich günstigere Prämien zu bezahlen waren und zudem deutlich weniger Provision aus dem Vertrag bezahlt werden musste. (...)*

*Daraufhin kontaktierte die Versicherung die Antragsgegnerin und teilte mit, dass am Antragsformular zwei „Kreuzerl“ fehlen würden.*

*Einerseits sei nicht ausgefüllt worden, ob die 50%ige oder die 75%ige Variante abgeschlossen werden soll. Andererseits sei nicht angekreuzt worden, ob der Antragsteller in den letzten 12 Monaten geraucht hat. Dass der Antragsteller 10 bis 15 Zigaretten täglich geraucht hat, wurde hingegen angegeben.*

*Weiters sei der erforderlicher „Lokführer“-Ausweis des Antragstellers nicht an die Versicherung übermittelt worden.*

*Aus diesem Grund hat die Antragsgegnerin umgehend, und zwar am 23.07.2007, den Antragsteller telefonisch kontaktiert, um diese beiden Punkte mit dem Antragsteller zu besprechen. In diesem Telefonat teilte der Antragsteller der Antragsgegnerin nochmals mit, dass er sich für die 75%ige Variante entschieden und er in den letzten 12 Monaten vor Versicherungsbeginn geraucht habe, und zwar - wie bereits im Antrag angegeben - 10 bis 15 Zigaretten täglich. Im Anschluss an dieses Telefonat hat der Antragsteller der Antragsgegnerin per Fax den Lokführer-Ausweis übermittelt.*

*In Entsprechung dieses Telefonates hat die Antragsgegnerin sodann auf der Hinterseite des übermittelten Fax in einem Aktenvermerk schriftlich festgehalten, dass sich der Antragsteller für die 75%ige Variante entschieden hat und er ein Raucher ist. Diesen Aktenvermerk hat die Antragsgegnerin sodann gemeinsam mit dem Lokführer-Ausweis an die Versicherung über-mittelt. Der Aktenvermerk lautete wie folgt:*

*„Nach tel. o.K. habe ich die 2 Kreuzerl*

*Rauch und 75% beim Sondertarif*

*eingefügt.*

*Tel. am 23.7.07“*

Der Antragsteller bestritt durch seinen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 19.11.2020 diese Darstellung. Er führte weiters aus:

*„(...) Richtig ist zwar, dass man bei der Berufsunfähigkeit zwischen 50% und 75% wählen konnte. Standardmäßig ist aber bereits in dem von der Antragsgegnerin ausgegebenen und vom Antragsteller unterzeichneten Antrag die Variante mit 50% Berufsunfähigkeit festgelegt. Nur wenn jemand abweichend vom Standardvertrag die Variante mit 75% abschließen will, muss dies gesondert und explizit angekreuzt werden. Gerade dies war aber beim Antragsteller nicht der Fall, weshalb die Variante mit 75% Berufsunfähigkeit im Antrag auch nicht angekreuzt wurde. Die Behauptung der Antragsgegnerin, dies sei lediglich vergessen worden, entspricht in keiner Weise der Wahrheit und stellt eine reine Schutzbehauptung der Antragsgegnerin dar. Klar ist, dass der vom Antragsteller unterzeichnete Antrag ausdrücklich die Variante mit 50% Berufsunfähigkeit vorsieht. Weder hat der Antragsteller zu irgendeinem Zeitpunkt einer Abänderung und somit Verschlechterung seines Versicherungsvertrages zugestimmt und eingewilligt, noch wurde er über einen derartigen Umstand ausdrücklich in Kenntnis gesetzt.*

*Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist das Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach sich die Antragsgegnerin bzw. deren Mitarbeiter an genaue Wortinhalte von Gesprächen mit dem Antragsteller erinnern will, welche bereits vor über 13 Jahren stattgefunden haben. Anzusprechen ist hier insbesondere das Vorbringen (...), wonach der Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin vor Vertragsabschluss erwähnt habe, dass er sich beim spezifischen Beruf als Lokführer keine Variante der Berufsunfähigkeit vorstellen könne und man entweder zu 100% als Lokführer tätig sei oder nicht mehr in diesem Berufsfeld agieren könne, und er sich daher eine 50%ige Berufsunfähigkeit nicht vorstellen könne, weshalb sich der Antragsteller dann explizit für einen Abschluss einer 75%igen Berufsunfähigkeitsversicherung entschieden habe. (...) Unrichtig ist auch, wonach die Antragsgegnerin am 23.7.2007 den Antragsteller telefonisch kontaktiert hätte, um dies mit dem Antragsteller zu besprechen. Es ist*

*nicht nachvollziehbar, weshalb der Antragsteller bei diesem Telefonat, welches es aber entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin in dieser Form bzw. mit diesem Inhalt gar nicht gegeben hat, nochmals gesagt haben sollte, dass er die Variante mit 75% haben wolle, wenn doch nach Ansicht der Antragsgegnerin dies ohnehin bereits völlig klar gewesen sein soll. Dieses Vorbringen ist geradezu widersinnig und vollkommen an den Haaren herbeigezogen.*

*Ganz im Gegenteil war es vielmehr offensichtlich so, dass die Antragsgegnerin, um so viele Vertragsabschlüsse wie möglich zu generieren, die potentiellen Kunden mit einer besonders günstigen Prämie anlocken wollte, welche vielleicht nur bei der 75%igen möglich gewesen wäre, und dem Kunden sodann vorgegaukelt hat, die 50% Variante abzuschließen. Da die günstige Prämie gegenüber der Versicherung seitens der Antragsgegnerin wohl nicht zu rechtfertigen gewesen wäre, hat die Antragsgegnerin eigenmächtig und ohne Wissen des Antragstellers und somit krass gegen die Interessen des Antragstellers und somit unter Verletzung der Pflichten als Versicherungsmakler den Versicherungsantrag abgeändert.(...)“*

Folgender Sachverhalt kann daher zusammengefasst als unstrittig der rechtlichen Beurteilung durch die Schlichtungskommission zugrunde gelegt werden:

Der bei der H (*anonymisiert*) zur Polizzennr. (*anonymisiert*) zustande gekommene Versicherungsvertrag wurde von der antragsgegnerischen Maklerin entgegen dem ursprünglichen schriftlichen Antrag derart beantragt, dass eine Leistung erst ab einer Berufsunfähigkeit von 75% erfolgen sollte. Da diesbezüglich keine Abweichung zwischen Antrag und Police vorlag, wurde dieser Umstand von der H (*anonymisiert*) auch nicht gesondert hervorgehoben. Vertragsgemäß ist daher die H (*anonymisiert*) auch im vorliegenden Fall nicht leistungspflichtig.

Strittig ist, aus welchem Grund die Antragsgegnerin den schriftlichen Antrag abgeändert hat und ob diesbezüglich eine Beratung des Antragstellers stattgefunden hat.

#### **Rechtlich folgt:**

Nach § 28 MaklerG ist der Makler verpflichtet, den Versicherungskunden über den zu vermittelnden Versicherungsschutz zu beraten und aufzuklären. Diese Pflicht des Maklers kann gemäß § 32 MaklerG vertraglich nicht abbedungen werden. Als Fachmann auf dem Gebiet des Versicherungswesens ist es Hauptaufgabe des Versicherungsmaklers, dem Klienten mit Hilfe seiner Kenntnisse und Erfahrung bestmöglichen, den jeweiligen Bedürfnissen und Notwendigkeiten entsprechenden Versicherungsschutz zu verschaffen. Er hat für seinen Kunden ein erfolgreiches Risk-Management bei möglichst günstiger Deckung im Einzelfall durchzuführen (vgl. RS0118893).

Er haftet daher gemäß § 1299 ABGB wie jeder andere Fachmann für den Mangel dieser Kenntnisse (vgl. Dittrich/Tades, ABGB<sup>36</sup>(2003), § 1299 E 5 und die dort zit. Jud).

§ 1299 ABGB enthält jedoch keine Umkehr der Beweislast, sondern hebt nur den Grad der Sorgfaltspflicht an. Es trifft daher die Antragsteller als Geschädigten die Beweislast für ein

allfälliges vertragswidriges Verhalten, bzw. für den Mangel an Fachkenntnissen und den eingetretenen Schaden, selbst wenn es sich im eingetretenen Fall um eine Unterlassung der notwendigen Aufklärung handelt (vgl 3 Ob 51/98s).

Hinsichtlich der Frage, worüber die Antragsgegnerin den Antragsteller in Hinblick auf die Beantragung von Versicherungsschutz erst ab 75% Berufsunfähigkeit beraten hat, liegt kein unstrittiger Sachverhalt vor.

Daher war von einer weiteren inhaltlichen Behandlung des Schlichtungsantrags gemäß Pkt 4.6.2 lit f der Satzung abzusehen, weil der Sachverhalt betreffend den Antragsgegenstand strittig ist und nur durch ein Beweisverfahren nach den Zivilverfahrensgesetzen geklärt werden kann, zumal es eine Beweisfrage darstellt, wie die Antragsgegnerin den Antragsteller beraten hat.

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Höhe des Schadens nach der Differenzmethode zu ermitteln (vgl RS0030153).

Bei der Ermittlung der Schadenshöhe, für die grundsätzlich der Geschädigte beweispflichtig ist, wäre im Übrigen zu berücksichtigen, wie sich der Antragsteller bei korrekter Beratung, dass die H (*anonymisiert*) den Versicherungsantrag nicht in der ursprünglich schriftlich beantragten Version, sondern nur mit geänderten Konditionen (höhere Prämie oder höherer Mindestgrad an Berufsunfähigkeit) angenommen hätte, entschieden hätte. Hätte der den Vertrag diesfalls nicht abgeschlossen, könnte er als Schaden nur die frustrierten Prämien geltend machen. Hätte er den Vertrag mit der gewünschten Deckung mit höherer Prämie abgeschlossen, müsste er sich diese über die bisherige Laufzeit ersparte Mehrprämie auf die begehrte Rentenleistung anrechnen lassen.

**Für die Schlichtungskommission:**

**Dr. Hellwagner eh.**

**Wien, am 27. Mai 2021**