



**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

RSS-0061-18-11

= RSS-E 58/18

Die Schlichtungskommission des Fachverbandes der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten Österreichs hat durch seinen Vorsitzenden Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner unter Beiziehung der beratenden Mitglieder Mag. Reinhard Schrefler, Dr. Hans Peer und Dr. Wolfgang Reisinger sowie unter Anwesenheit des Schriftführers Mag. Christian Wetzelberger in seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 27. November 2018 in der Schlichtungssache XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, vertreten durch XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, gegen XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX-XX, beschlossen:

Der Antrag, der Antragsgegnerin die Deckung für den Schadenfall XXXXXXXXXXXXXXX aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag zur Polizzennr. XXXXXXXXXXXXXXX zu empfehlen, wird zurückgewiesen.

Begründung:

Der Antragsteller, ein Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten, hat bei der Antragsgegnerin per 6.10.2017 eine Top-Manager-Rechtsschutz-Versicherung zur Polizzennr. XXXXXXXXXXXXXXX abgeschlossen. Als versichert gilt dessen Tätigkeit als Geschäftsführer der XXXXXXXXXXXXXXX und der XXXXXXXXXXXXXXX. Vereinbart wurden die Besonderen Bedingungen für den Top-Manager-Rechtsschutz TMRB. In deren Besonderem Teil, Teil 3, § 5 ist eine Wartezeit von 3 Monaten festgeschrieben, §7 legt den Versicherungsfall wie folgt fest:

**„Als Versicherungsfall gilt der tatsächliche oder behauptete Verstoß des Versicherungsnehmers, Gegners oder eines Dritten**

*gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften. Der Versicherungsfall gilt zu dem Zeitpunkt als eingetreten, zu dem eine der genannten Personen begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen.*

*Des Weiteren gilt:*

*Erstreckt sich der für den Versicherungsfall maßgebliche Verstoß über einen Zeitraum, ist dessen Beginn maßgeblich. War dieser Zeitraum jedoch länger als 1 Jahr vor Beginn des Versicherungsschutzes beendet, bleibt der für diesen Zeitraum maßgebliche Verstoß für die Feststellung des Versicherungsfalles außer Betracht."*

Der Antragsteller beehrte Rechtsschutzdeckung für eine Klage gegen die XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX vor dem Landesgericht XXXXXXXXXXXXX als Arbeits- und Sozialgericht. Die beklagte Partei habe gegen ihn am 30.4.2018 ungerechtfertigt die Entlassung ausgesprochen, er beehrte rund € 314.500 brutto an Gehältern bis zur frühesten vertraglichen Auflösungsmöglichkeit seines Vertrages per 31.12.2019 zuzüglich Abfertigungsansprüchen und Urlaubersatzleistung sowie € 3.000 an immaterieller Entschädigung wegen Altersdiskriminierung.

Die Antragsgegnerin gewährte mit Schreiben vom 16.5.2018 Versicherungsschutz für das Verfahren I. Instanz, wies jedoch auf Folgendes hin:

*„Der Versicherungsschutz wird unter der Annahme gewährt, dass der erste tatsächliche oder behauptete Verstoß des Versicherungsnehmers, Gegners oder eines Dritten gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften (Versicherungsfall) nach dem 6.1.2018 erfolgte. Davor besteht aufgrund von Vorvertraglichkeit kein Versicherungsschutz.“*

In ihrem vorbereitenden Schriftsatz begründete die beklagte Partei die Entlassung des Antragstellers wie folgt:

„8.2. Entgegen der Darstellung des Klägers hat er mehrfach Entlassungsgründe gesetzt, die die Vertrauenswürdigkeit des Klägers derart reduziert haben, dass eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich und auch nicht mehr zumutbar war. Der Kläger hat nach Abtretung seiner Gesellschaftsanteile an die beiden neuen Gesellschafter seine Tätigkeit so ausgeführt, als wäre er selbst noch Alleingesellschafter unserer Gesellschaft. Er hat nicht nur den Gesellschaftern und den anderen Geschäftsführern keinen Einblick in die Geschäftsbücher gewährt, diesbezüglichen Anfragen immer vertröstet, um ganz offensichtlich, wie sich nun herausstellte, seine Machenschaften zu verdecken. Dazu im einzelnen:

8.3. Unsere Gesellschaft hat offensichtlich einer Mitarbeiterin ein Darlehen in Höhe von € 32.000,00 gewährt. Dieses Darlehen wurde auch als Forderung der Gesellschaft gegen Frau XXXXXXXXXXXX bilanziert.

Ohne Rücksprache mit den weiteren Geschäftsführern unserer Gesellschaft und ohne auch nur die Gesellschafter zu informieren, hat der Kläger dieses Darlehen einfach ausgebucht. Dadurch ist unserer Gesellschaft ein Schaden in Höhe des Darlehensbetrages zuzüglich allfälliger Zinsen entstanden.

8.4. Nach Abtretung seiner Gesellschaftsanteile hat der Kläger seinen 60. Geburtstag gefeiert und die Kosten für diese Feierlichkeiten über unsere Gesellschaft ohne Wissen der Gesellschafter und/oder der anderen Geschäftsführer abgerechnet. Auch dies stellt unseres Erachtens nicht nur eine erhebliche Vertrauensunwürdigkeit des Klägers dar, sondern auch den Straftatbestand der Veruntreuung.

8.5. Mit dem Abtretungsvertrag vom 05.05.2017 wurde unter anderem auch die Domain XXXXXXXXXXXX übernommen. Wir waren seit Jänner 2001 Domain-Inhaber. Der Kläger hat nun ohne uns zu informieren und ohne Rücksprache mit uns diese Domain im Februar oder März 2018 an eine Gesellschaft, die in seinem Alleineigentum steht, übertragen.

8.6. Der Kläger hat in unserer Gesellschaft eine eigene Handkasse geführt. Auch das Führen dieser Handkassa war nicht mit uns abgesprochen und wurde von uns auch nicht genehmigt. Diese Handkasse wies einen Fehlbetrag von € 15.000,00 auf, den der Kläger offensichtlich unberechtigterweise entnommen hat.

8.7. Unsere Gesellschaft führt für Kunden auch An- bzw. Ummeldungen von Kraftfahrzeugen durch. Dafür wird ein Unkostenbeitrag von € 20,00 pro Fall eingehoben. Diese Unkosten hat der Kläger inkassiert, diese aber nicht unserer Gesellschaft abgeliefert. Nachdem wir pro Jahr einige 100 KFZ-Anmeldungen machen, handelt es sich dabei doch um einen erheblichen Betrag, wobei wir die genaue Höhe allerdings nicht nachvollziehen können.

8.8. Ohne Genehmigung und Rücksprache hat der Kläger die Handynummer seines Firmenhandys auf sich persönlich oder eine andere Gesellschaft, die in seinem Alleineigentum steht, umgemeldet. Dasselbe machte er auch bei der Festnetznummer unserer Gesellschaft, sodass Anrufe, die eigentlich zu uns kommen sollten, nun an eine andere Firma umgeleitet werden.

8.9. Im Zuge des Auflösungsgespräches am 30.04.2018 hat sich ein weiterer Entlassungsgrund herausgestellt, nämlich, dass der Kläger ohne Genehmigung und Rücksprache mit uns mit sich selbst bzw. für eine Gesellschaft, die in seinem Alleineigentum steht, einen mündlichen Untermietvertrag für einen Büroraum abgeschlossen haben will, dafür aber kein Entgelt unserer Gesellschaft bezahlt hat.

Auch dies ist natürlich ein Untreuetatbestand - zumindest in Form des Versuches - da er sich selbst bzw. der Gesellschaft, die in seinem Alleineigentum steht, einen Vorteil zugewendet hat bzw. zuwenden wollte und unsere Gesellschaft dadurch geschädigt worden wäre.

Unabhängig davon, dass wir der Meinung sind, dieser behauptete mündliche Untermietvertrag ist nie rechtswirksam zustande gekommen, reicht für die Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zum Kläger wohl auch der reine Versuch.

8.10. Eine besondere Erschütterung des Vertrauensverhältnisses ergab sich im Zusammenhang mit einem Finanzverfahren des Finanzamtes XXXXXXXXXXXX, in welchem die Finanzgebarung unserer Gesellschaft für die Jahre 2014-2016 und 2017 überprüft wurde. Dabei ergaben sich folgende Nachzahlungen, die in Form von Haftungsbescheiden vom Finanzamt XXXXXXXXXXXX abgeschlossen wurden:

8.10.1 Haftungsbescheid für den Zeitraum 2014 € 2.688,93

8.10.2 Haftungsbescheid für den Zeitraum 2015 € 2.547,87

8.10.3 Haftungsbescheid für den Zeitraum 2016 € 2.394,17

8.10.4 Haftungsbescheid für den Zeitraum 5/2017 € 192.989,63

Grundlage dieser Haftungsbescheide sind verdeckte Gewinnausschüttungen an den Kläger, die er nicht richtig erklärt hat bzw. außerbücherliche Zurechnungen an XXXXXXXXXXXXXXXX und XXXXXXXXXXXXXXXX.

Nicht nur, dass der Kläger das Ergebnis dieser Betriebsprüfung uns nicht mitgeteilt hat, mussten wir die Unterlagen, insbesondere die Haftungsbescheide und Niederschriften direkt vom Finanzamt anfordern. Der Grund wurde uns erst klar, als wir in Erfahrung bringen mussten, dass der Kläger dem Finanzamt gegenüber angegeben hat, unsere Gesellschaft komme für die vom Finanzamt festgestellte und nachgeforderte Kapitalertragssteuer auf.

Auch dies war mit unseren Gesellschaftern und dem anderen Geschäftsführer nicht abgesprochen, sondern ein unzulässiger Alleingang des Klägers. Für die Bezahlung der Kapitalertragssteuer für verdeckte Gewinnausschüttungen und außerbücherliche Zurechnungen an den Kläger durch unsere Gesellschaft gibt es weder einen Grund noch eine entsprechende Vereinbarung.

Der Kläger wollte offensichtlich durch die Übertragung dieser Steuerlast auf unsere Gesellschaft sich seiner Zahlungsverpflichtung entziehen und unsere Gesellschaft mit diesen Kosten belasten. Auch dies stellt natürlich einen Untreuetatbestand dar und zeigt, dass der Kläger völlig

rücksichtslos seine Interessen vertritt, ohne das Wohl der Gesellschaft im Auge zu haben.

8.11. Wie sich im Nachhinein herausgestellt hat, dennoch machen wir es als Entlassungsgrund geltend, hat der Kläger offensichtlich von langer Hand seinen Abgang in unserer Gesellschaft vorbereitet, Vorbereitungshandlungen zumindest seit dem Jahr 2015 getroffen, um die Neugesellschafter zu übervorteilen. So hat er weder seine Vereinbarungen zum Abfertigungsanspruch, Kündigungsfrist, Mietvertrag etc. offengelegt, obwohl er dazu natürlich verpflichtet gewesen wäre. Uns ist klar, dass dies allein eine Entlassung nicht rechtfertigt, zeigt aber in der Gesamtschau mit den oben genannten Entlassungsgründen, dass der Kläger, der in unserer Gesellschaft eine Vertrauensstellung hatte, das Vertrauen so stark erschüttert hat, dass ein weiteres Zusammenarbeiten mit ihm uns nicht zumutbar war. (...) "

Die Antragsgegnerin berief sich daraufhin auf die Vorvertraglichkeit des Versicherungsfalles, da der Versicherungsfall im Jahr 2015 eingetreten sei, lehnte die Deckung rückwirkend ab und forderte die ausgelegte Pauschalgebühr iHv € 7.299,-- zurück.

Dagegen richtet sich der Schlichtungsantrag vom 3.9.2018. Das Produkt sei wertlos, da die beklagte Partei durch willkürliche Behauptungen in der Lage sei, den Versicherungsschutz zu beseitigen. Ein Verstoß aus dem Jahr 2015 sei aufgrund der Jahresfrist nicht beachtlich.

Die Antragsgegnerin nahm zum Schlichtungsantrag mit Schreiben vom 20.9.2018 wie folgt Stellung:

„ (...) Im vorbereitenden Schriftsatz werden mehrere Entlassungsgründe (Verstöße im Sinne der Bedingungen) behauptet, die als eigenständige Verstöße zu betrachten sind. Dass in einem Aktivprozess auch die Behauptungen der Gegenseite für die

*Beurteilung des Versicherungsfalles herangezogen werden können, wurde durch eine OGH-Entscheidung bestätigt (7 Ob 36/18x).*

*Der erste maßgebliche Verstoß wurde gemäß beiliegendem Schreiben der Gegenseite jedenfalls vor Beginn des Versicherungsschutzes gesetzt. Hier handelt es sich nicht um einen Versicherungsfall, der sich über einen Zeitraum erstreckt, sodass die Bestimmung in § 7 letzter Absatz TMRB 2016 nicht zur Anwendung gelangt. (...)*“

In seiner Gegenäußerung vom 7.10.2018 verwies der Antragsteller zusätzlich zu seiner bisherigen Argumentation auf einige Entscheidungen zur Jahresfrist in den Rechtsschutzbedingungen.

In rechtlicher Hinsicht folgt:

Der Versicherungsvertrag ist ein Konsensualvertrag, der formfrei geschlossen werden kann. Wie alle Geschäftsbedingungen werden auch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in dem Umfang Vertragsbestandteil, in dem sie vereinbart worden sind (vgl E des OGH vom 21.4.2004, 7 Ob 315/03d; RS0117649; RSS-0019-12=RSS-E 1/13 u.a.).

Allgemeine Versicherungsbedingungen sind nach Vertragsauslegungsgrundsätzen auszulegen. Die Auslegung hat sich daher im Maßstab des durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers zu orientieren. Es ist der einem objektiven Betrachter erkennbare Zweck einer Bestimmung zu berücksichtigen (vgl RSS-0014-14-8=RSS-E 19/14 u.a.).

Der Oberste Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 20.4.2018, 7 Ob 36/18x, mit der Frage auseinandergesetzt, ob Verstöße, die von der Gegenseite behauptet werden, in einem Aktivprozess des Versicherungsnehmers für die Festlegung des Versicherungsfalles als relevante Verstöße zu berücksichtigen seien.

In seiner Begründung folgte der OGH nicht der neueren deutschen Rechtsprechung, sondern führte aus:

*„Wie ausgeführt liegt nach Art 2.3 ARB der Versicherungsfall in der Rechtsschutzversicherung vor, wenn einer der Beteiligten begonnen hat oder begonnen haben soll, gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften zu verstoßen. Es bedarf daher eines gesetzwidrigen oder vertragswidrigen Verhaltens eines Beteiligten, das als solches nicht sofort oder nicht ohne weiteres nach außen zu dringen braucht. Ein Verstoß ist ein tatsächlich objektiv feststellbarer Vorgang, der immer dann, wenn er wirklich vorliegt oder ernstlich behauptet wird, den Keim eines Rechtskonflikts in sich trägt, der zur Aufwendung von Rechtskosten führen kann. Damit beginnt sich die vom Rechtsschutzversicherer übernommene Gefahr konkret zu verwirklichen. Es kommt nicht darauf an, ob der Handelnde sich des Verstoßes bewusst oder infolge von Fahrlässigkeit oder auch unverschuldet nicht bewusst war, es soll sich um einen möglichst eindeutig bestimmbaren Vorgang handeln, der in seiner konfliktauslösenden Bedeutung für alle Beteiligten, wenn auch erst nachträglich, erkennbar ist. Es kommt weder auf den Zeitpunkt an, zu dem die Beteiligten von dem Verstoß Kenntnis erlangten, noch darauf, wann aufgrund des Verstoßes Ansprüche geltend gemacht oder abgewehrt werden.*

*Schon die Bedingungslage, die zur Festlegung des Versicherungsfalls keine Unterscheidungen vornimmt, ob der Versicherungsnehmer einen Anspruch aktiv verfolgt oder einen gegen ihn gerichteten Anspruch abzuwehren beabsichtigt, spricht für die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Es ist letztlich vom Zufall abhängig, ob sich der Versicherungsnehmer in einem Aktiv- oder einem Passivprozess befindet, sodass sich eine Differenzierung zur Festlegung des Versicherungsfalls verbietet.*

*Hinzu kommt, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer gerade in Fällen - wie dem hier vorliegenden -, in denen der Grund des Rechtsstreits darin liegt, dass er gegen Pflichten*



verstoßen haben soll und sein Gegner (ausschließlich) deshalb die sonst unstrittige Leistung verweigert, sein eigenes Verhalten als den „behaupteten Verstoß“ ansehen wird und nicht die darauf gegründete Leistungsverweigerung des Gegners.

Es mag zwar sein, dass neue Behauptungen des Gegners nachträglich den Versicherungsfall beeinflussen könnten, dieses Problem besteht aber gleichermaßen in Passivprozessen, wenn der Gegner des Versicherungsnehmers sein Klagsvorbringen ändert.

Die Befürchtung, dass der Gegner des Versicherungsnehmers, der als Außenstehender nur in seltenen Fällen überhaupt Einblick in das Rechtsschutzverhältnis haben wird, es gerade darauf anlegen könnte, durch die Wahl seiner Verteidigung dem Versicherungsnehmer den Rechtsschutz zu entziehen, tritt nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs gegenüber der durch das bloße Abstellen auf die Klagsausführungen eröffneten Möglichkeit des verpönten Zweckabschlusses völlig in den Hintergrund. Folgte man der Ansicht der Beklagten, könnte der Versicherungsnehmer, der weiß, dass der Anspruch, den er geltend zu machen beabsichtigt, wegen eigener Verfehlungen zweifelhaft ist, nämlich eine Rechtsschutzversicherung abschließen, den Gegner danach zur Leistung auffordern und hätte nunmehr trotz vorvertraglicher Verfehlung dennoch Rechtsschutz, wenn nur mehr die nach dem Abschluss des Versicherungsvertrags erfolgte Leistungsverweigerung durch den Gegner zur Festlegung des Versicherungsfalls heranzuziehen wäre.“

Folgt man dieser aktuellen Entscheidung des Obersten Gerichtshof, dann ist auch im vorliegenden Fall der Versicherungsfall auch anhand der von der beklagten Partei zur Begründung der Entlassung des Antragstellers vorgebrachten Verfehlungen festzulegen.

Dabei ist weiters zu beachten, dass nach dem Wortlaut des § 7 TMRB, nur bei Verstößen, die sich über einen Zeitraum erstrecken (also sog. Dauerverstößen), eine Jahresfrist besteht, also

derartige Verstöße nicht für die Festlegung des Versicherungsfalles zu berücksichtigen sind, wenn der Verstoß mehr als ein Jahr vor Wirksamwerden des Versicherungsschutzes beendet war. Demgegenüber bleiben punktuelle Verstöße vor Versicherungsbeginn zeitlich unbegrenzt relevant. Damit unterscheidet sich die Bedingungslage jedoch in einem entscheidenden Punkt von den Bedingungen, die in den vom Antragsteller vorgebrachten Entscheidungen zur Anwendung kam.

Im Ergebnis ist jedoch aus den Ausführungen der beklagten Partei bei keinem der vorgebrachten Vorwürfe ein konkreter Zeitpunkt zu entnehmen, zu dem der Antragsteller widerrechtlich gehandelt haben soll. Etwaige Vorwürfe aus der Zeit, als er Alleingesellschafter der beklagten Partei war, beziehen sich nicht primär auf seine Geschäftsführertätigkeit, sondern auf seine Eigenschaft als Gesellschafter und sind nicht geeignet, einen Entlassungsgrund als Geschäftsführer zu begründen.

Wann die Verfehlungen des Antragstellers stattgefunden haben sollen, wäre jedoch nur als Beweisfrage in einem streitigen Verfahren nach den Zivilverfahrensgesetzen zu beurteilen. Daher war der Schlichtungsantrag gemäß Pkt. 5.3. lit f der Verfahrensordnung zurückzuweisen.

In einem allfälligen streitigen Verfahren wäre die Antragsgegnerin dafür beweispflichtig, dass einer der vorgebrachten Verstöße vor Wirksamwerden des Versicherungsschutzes gesetzt worden ist.

Für die Schlichtungskommission:

Dr. Hellwagner eh.

Wien, am 27. November 2018