

I. Gegenstand der Untersuchung

A. Grundlagen

1. Gewährleistungsrecht

Erfüllt der Versicherungsnehmer (VN) als Leistungsschuldner den Vertrag nicht wie vereinbart, haftet er seinem Gläubiger für die ordnungsgemäße Erfüllung verschuldensunabhängig aus dem Titel der Gewährleistung (§ 922 ABGB). Der Gewährleistungsschuldner hat dabei primär gem § 932 Abs 2 ABGB über die Abnahme der Leistung hinaus den Vertrag zu erfüllen (Nacherfüllung).¹ Dazu kann er entweder die erbrachte Leistung nachbessern (Verbesserung) oder eine neue, vertragsgemäße Leistung erbringen (Austausch).

Dem Gewährleistungsschuldner entsteht dabei – im Vergleich zur planmäßigen Ersterfüllung – ein Mehraufwand (Gewährleistungskosten). Das betrifft allen voran die zur unmittelbaren Behebung des Mangels notwendigen Kosten (bspw Ausbesserungsarbeiten) und daneben alle jene, die sonst mit der Nacherfüllung in Verbindung stehen (bspw Transportkosten). Der Umfang der vom Schuldner zu tragenden Gewährleistungskosten richtet sich dabei nach dem Umfang der Nacherfüllungspflicht. Beide – Nacherfüllungspflicht und ihr folgend Nacherfüllungsaufwand – sind dabei grundsätzlich mit dem vertraglich Geschuldeten begrenzt. Über das Gewährleistungsrecht soll schließlich nur ein Ausgleich für die Abweichung zwischen tatsächlich erbrachter und geschuldeter Leistung erfolgen.² Für welchen Teil der Kosten, die notwendig mit der Nacherfüllung verbunden sind, der Gewährleistungsschuldner aus dem Titel der Gewährleistung haftet und für welche dieser Kosten Versicherungsschutz in der Betriebshaftpflichtversicherung besteht, ist Teil der gegenständlichen Untersuchung.

Alternativ zum Nacherfüllungsanspruch steht dem Gewährleistungsgläubiger auf sekundärer Ebene das Recht zu, das geschuldete Entgelt im Ausmaß des Verhältnis zwischen mangelhafter und geschuldeter Leistung zu verringern (Preisminderung), oder den Vertrag zur Gänze aufzuheben (Wandlung).³ Hierbei ist zu untersuchen, ob die bereicherungsrechtlichen Ansprüche auf Rückzahlung des Entgelts in der Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt sind.

Der erste Teil der Haftungsrisiken, auf deren Deckung die Betriebshaftpflichtversicherung untersucht wird, besteht damit zusammengefasst im Risiko des VN, gewährleistungspflichtig zu werden.

1 Statt vieler *Koziol/Spitzer* in KBB⁶ § 1412 Rz 1.

2 Grundlegend *F. Bydlinski* in *Gschnitzer/Klang*² IV/2, 153 ff.

3 Für alle *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 1 ff, mwN.

2. Schadenersatz bei mangelhafter Leistung

Hat der VN die mangelhafte Leistung verschuldet, haftet er seinem Gläubiger auch aus dem Titel des Schadenersatzes. Das betrifft sowohl den Ersatz für die mangelhafte Leistung selbst (Mangelschaden inkl Behebungskosten), als auch den Ersatz für Folgeschäden, die beim Gläubiger an anderen Vermögenswerten außerhalb der Vertragsleistung entstehen (Mangelfolgeschäden).⁴ Den Ersatz für Mangelfolgeschäden kann der Gläubiger dabei grundsätzlich nur aus dem Titel des Schadenersatzes und nicht über das Gewährleistungsrecht verlangen.⁵

Der zweite Teil der Haftungsrisiken, auf deren Deckung die Betriebshaftpflichtversicherung untersucht wird, besteht damit im Risiko des VN, auf Grund der Schlechterfüllung eines Vertrags schadenersatzpflichtig zu werden.

3. Betriebshaftpflichtversicherung

Das Haftungsrisiko des Unternehmers aus der Schlechterfüllung eines Vertrags reicht wie oa vom Entstehenmüssen für die Vertragsgemäßheit seiner Leistung, bis über Folgeschäden, welche durch die mangelhafte Leistung im Vermögen des Gläubigers entstehen können. Vor diesem Haftungsrisiko sucht der Schuldner als VN regelmäßige Schutz über den Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung.

Der Kern des in der Betriebshaftpflichtversicherung abzusichernden Betriebsrisikos wird dabei allgemein als das „*Wagnis der Lieferung von Produkten*“ beschrieben.⁶ Die Betriebshaftpflichtversicherung dient damit allgemeiner gesprochen dem Zweck, den Unternehmer gegen Ansprüche, die ihm aus seiner betrieblichen Tätigkeit drohen, abzusichern.⁷

Mit dem Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung verfolgt der Unternehmer zugleich das wirtschaftliche Ziel, potentielle Haftpflichtansprüche auf seinen Haftpflichtversicherer zu übertragen, um damit eine lineare und kalkulierbare Kostenbelastung zu erreichen. Damit soll eine unproduktive Kapitalbindung zur Befriedigung von Haftpflichtansprüchen vermieden werden. Bestünde kein Versicherungsschutz, müsste der VN alternativ Rücklagen bilden, um im Fall einer Inanspruchnahme künftige Forderungen befriedigen zu können.⁸

Darin kann wiederum ein ganz allgemeiner Zweck einer jeden Versicherung erblickt werden: Der VN möchte sich vor einer ungewissen Durchkreuzung

4 Für alle *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 933 a Rz 1 ff, mwN.

5 Für alle *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 933 a Rz 1 ff.

6 *Späte* in *Brendl*, Produkt- und Produzentenhaftung IV Rn 13/4. Freilich ist die Betriebshaftpflichtversicherung nicht auf Kaufverträge (Verkäufer) beschränkt.

7 Vgl *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 394.

8 *Nickel* in *Kulmann/Pfister*, Produzentenhaftung VI 2.

seiner Vermögensplanung durch die Zahlung eines Entgelts (= Versicherungsprämie) im Vorhinein schützen.⁹

Zur Erreichung dieses Zwecks und damit zur Absicherung des betrieblichen Risikos, existieren unterschiedliche Versicherungslösungen im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung am Markt. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf den Basisschutz der in Österreich gängigen Haftpflichtversicherungsbedingungen (AHVB 2005)^{10,11} Sie sind – als vertraglicher Rahmen – auf die Deckung für die genannten Haftungsrisiken aus der Schlechterfüllung eines Vertrags zu untersuchen. Daneben sind die wesentlichen versicherungsvertragsrechtlichen Bestimmungen (§§ 1, 149ff VersVG) näher in den Blick zu nehmen und ist dort ebenso zu fragen, ob die gesetzlichen Rahmenbedingungen einer Deckung der genannten Haftungsrisiken entgegenstehen.

B. Problemstellung

Das Risiko gewährleistungspflichtig zu werden (Nacherfüllung, Preisminderung und Wandlung), soll nach hA vom Umfang des Versicherungsschutzes in der Betriebshaftpflichtversicherung grundsätzlich ausgenommen sein. Schadenersatzansprüche, mit welchen nur der in der mangelhaften Leistung angelegte Schaden liquidiert wird, wären ebenso nicht gedeckt. Für die Ersatzpflicht von Mangelfolgeschäden, soll hingegen Deckung in der Betriebshaftpflichtversicherung bestehen.

Diese Grenzen des Versicherungsschutzes der Betriebshaftpflichtversicherung werden dabei überwiegend aus der haftungsrechtlichen (zivilrechtlichen) Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden abgeleitet.¹² Der Ersatz von Mangelschäden soll dabei vom Versicherungsschutz ausgenommen, die Verantwortung für Mangelfolgeschäden hingegen gedeckt sein.

Diese Annahme ist nicht zuletzt auf die Terminologie der Versicherungsbedingungen zurückzuführen, in denen sich aus dem Haftungsrecht allgemein bekannte Rechtsbegriffe finden:¹³ Die AHVB 2005 beschreiben den primären

⁹ Armbrüster, Privatversicherungsrecht² 74ff; Fenyves in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG (2021) § 1 Rz 7 ff; Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 3f.

¹⁰ Die Untersuchung erfolgt anhand der vom Versicherungsverband (VVO) herausgegebenen Musterbedingungen zu den AHVB/EHVB 2005.

¹¹ Zur weitergehenden Produkthaftpflichtversicherung s Ziegler, Produkthaftpflichtdeckung.

¹² Vgl instruktiv Zankl, ecolex 1990, 278 (278) zur damals erstmals vom OGH anerkannten Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz.

¹³ Daneben führt schon die Bezeichnung als „Haftpflichtversicherung“ zu der Annahme, dass nur „Haftpflichtansprüche“ – also Schadenersatzansprüche – versichert sein sollen; vgl etwa Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1324: „Das Schadenersatzrecht (**Haftpflichtrecht**) regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Geschädigter von jemand anderem Ersatz verlangen kann.“

Versicherungsumfang für „Schadenersatzverpflichtungen“ des VN (Art 1.2.1.1 AHVB 2005¹⁴). In den einschlägigen Risikoausschlüssen wird der Versicherungsschutz für „Ansprüche aus Gewährleistung für Mängel“ (Art 7.1.1) und in Art 7.1.3 für die „Erfüllung von Verträgen“ ausgeschlossen.

Ein solcher Gleichlauf zwischen Haftungsrecht und Haftpflichtversicherung ist dabei im Allgemeinen noch nicht zu beanstanden und kann vor dem Hintergrund der engen Verbindung zwischen Haftung und Haftpflichtversicherung auch sinnvoll erklärt werden. Es geht damit aber auch die Konsequenz einher, dass beim ersten Hinsehen der Umfang des Versicherungsschutzes vom Umfang der zivilrechtlichen Haftung des VN abhängig gemacht wird. Dabei entsteht insb die Gefahr, dass der Versicherungsschutz in der Haftpflichtversicherung allein anhand der zivilrechtlichen Haftung des VN – insb den formalen Anspruchsgrundlagen (dem Rechtsgrund der Verantwortung) – ausgemacht und der Deckungsumfang von Änderungen im Haftungsrecht betroffen ist.

Wie auch sonst bei der Auslegung von Verträgen, muss aber auch hier über den Wortlaut hinaus näher hingesehen werden. Im Fall der Haftpflichtversicherung ist damit zu vermeiden, dass der begriffliche Gleichlauf zu einer unsachlichen Deckungssituation führt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass hinter der Haftung im Zivilrecht (Gewährleistung und Schadenersatz) im Detail selbstständige Überlegungen und Begründungen stecken, die nicht ohne Weiteres auf das Versicherungsrecht übertragen werden können. Für das Versicherungsrecht – die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und die AHVB – sind eigene Überlegungen zum wirtschaftlichen Zweck anzustellen. Obwohl Haftung und Haftpflichtversicherung also logisch verbunden sind und juristische Fachbegriffe in Bedingungen grundsätzlich nach dem rechtlichen Sprachgebrauch auszulegen sind,¹⁵ bedarf es dennoch einer genauen Überprüfung im Einzelfall, welche zivilrechtlichen Haftungsrisiken vom Versicherungsschutz umfasst sind.

Wie wichtig eine solche eigenständige Aufarbeitung der versicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Betriebshaftpflichtversicherung ist und wie problematisch die aufgezeigte enge Verbindung zwischen Haftungsrecht und Haftpflichtversicherung sein kann, zeigt sich im Besonderen in den Fällen, in denen sich das zivilrechtliche Verständnis ändert. Macht man den Umfang des Versicherungsschutzes nämlich allein vom Haftungsrecht abhängig und ändert sich dieses unter den zivilrechtlichen Vorzeichen, wird die Schwäche eines „pauschalen Gleichlaufs“ deutlich offengelegt: Eine nachträgliche Haftungsän-

14 Artikel ohne weitere Angabe beziehen sich im Folgenden immer auf die Musterbedingungen des VVO zu den AHVB 2005.

15 Vgl. *Fenyves in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG* (2020) Vor § 1 Rz 32ff; jüngst zum Thema auch *Zoppel, ecolex* 2021, 216 (216f).

derung kann nicht ohne Weiteres zu einer nachträglichen Änderung des Versicherungsschutzes (Versicherungsvertrags) führen.¹⁶

Zu einer solch problematischen Haftungsänderung im Bereich der hier zu untersuchenden Haftungsrisiken in der Betriebshaftpflichtversicherung ist es mit dem Urteil des EuGH in der Rs *Weber/Putz*¹⁷ gekommen: Der Gerichtshof kam in seinem Vorabentscheidungsverfahren zu Art 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL¹⁸ (Nacherfüllungspflicht) zum Ergebnis, dass die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auch den Ausbau einer mangelhaft gelieferten und vom Übernehmer eingebauten Kaufsache und den Einbau einer nachzuliefernden ordnungsgemäßen Sache umfasst.

Dieses Auslegungsergebnis wurde mittlerweile durch den europäischen Gesetzgeber in der im Mai 2019 kundgemachten Warenhandels-RL¹⁹ fortgeschrieben. Nach Art 14 Abs 3 RL (neu) schuldet der Verkäufer nunmehr ausdrücklich die Entfernung der nicht vertragsgemäßen Waren und die Montage der Ersatzwaren; alternativ die Übernahme der Kosten der Entfernung und neuerlichen Montage. Mit dem GRUG wurde diese weitgehende Pflicht des Gewährleistungsschuldners in das österreichische Recht umgesetzt (§ 13 VGG).

Die europarechtlichen Vorgaben erweitern damit die Gewährleistungspflicht des Verkäufers um den Aus- und Einbau. Den Aufwand dafür hat der Verkäufer nach genuin österreichischem Verständnis nämlich nur als Mangel- folgeschaden und damit nur über das Schadenersatzrecht zu ersetzen,²⁰ weil der Verkäufer regelmäßig auch nur die Lieferung einer mangelfreien Kaufsache schuldet.²¹ Hat der Verkäufer also keine Montagepflicht übernommen, sind der Nacherfüllungsanspruch und die damit verbundenen Kosten mit der Lieferung einer mangelfreien oder der Verbesserung der mangelhaften Kaufsache begrenzt.²²

16 Es kann freilich auch an eine Gefahrerhöhung durch „eine Änderung von Rechtsvorschriften“ (vgl § 27 Abs 3 VersVG) gedacht werden; dazu im Besonderen *Weber*, VersR 1991, 522 (522 ff).

17 EuGH verb Rs C-65/09 und C-87/09, *Gebr. Weber*, ECLI:EU:C:2011:396.

18 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter; im Folgenden kurz RL (alt).

19 RL 2019/771/EU des Europäischen Parlamentes und Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG; im Folgenden kurz RL (neu).

20 Statt vieler *Karner/Kozioł*, Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten 1 mwN.

21 *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 893 (899) hat iZm mit der Frage der richtlinienkonformen Interpretation zuletzt die Auffassung vertreten, dass der in § 932 Abs 2 ABGB verwendete Begriff des Austauschs weit verstanden werden könne, sodass darunter auch der Aus- und Einbau subsumiert werden könnte.

22 Grundlegend *F. Bydlinski* in *Gschnitzer/Klang*² IV/2, 153 f.

Eine Erweiterung der Gewährleistungspflicht um den Aus- und Einbau wird nach hA deshalb auch nur für das Verbrauchergeschäft vertreten²³ und ist dementsprechend mit dem GRUG ausdrücklich nur in § 13 VGG umgesetzt worden. Im Bereich des Verbrauchergeschäfts ist kein Platz für ein rein national geprägtes Gewährleistungsverständnis.²⁴ Außerhalb des Verbrauchergeschäfts haftet der Schuldner für den Aus- und Einbauaufwand als Mangelfolgeschaden hingegen weiterhin nur aus dem Titel des Schadenersatzrechts.

Knüpft man nunmehr die versicherungsrechtliche Deckung allein an haftungsrechtliche Begrifflichkeiten und deren Verständnis – damit an die zivilrechtliche Ein- und Zuordnung an –, wird die Schwäche dieser Methode offengelegt: Für den Aus- und Einbauaufwand bestünde im Verbrauchergeschäft kein Versicherungsschutz, weil er Teil eines Gewährleistungsanspruch ist. Außerhalb des Verbrauchergeschäfts würde es sich hingegen um einen gedeckten Mangelfolgeschaden, also eine abzusichernde Schadenersatzverpflichtung, handeln. Der Umfang des Versicherungsschutzes würde im Ergebnis also davon abhängig gemacht werden, welchem Vertragspartner der VN gegenübersteht.²⁵ Das kann für die versicherungsrechtliche Beurteilung nicht von Bedeutung sein.

In engem Zusammenhang mit den Aus- und Einbaukosten kann noch ein weiteres Beispiel dafür genannt werden, dass eine vorbehaltlose Annahme einer Kongruenz zwischen Haftung und Deckung auf wackeligen Beinen steht: der Absatz über Lieferketten. In der heute modernen Wirtschaft erfolgt der Absatz von Waren regelmäßig über eine mehrgliedrige Absatzkette (Lieferkette). Der Produzent setzt seine Produkte dabei indirekt über Groß- und Einzelhändler beim Endabnehmer ab. Der Letztabnehmer erwirbt die Kaufsache also nicht direkt vom Produzenten, sondern von einem Zwischenhändler; vertragliche Beziehungen bestehen jeweils nur zum vorherigen Glied der Absatzkette. Baut der Letztverkäufer als Verbraucher die Ware nach Übergabe bestimmungsgemäß ein und stellt sich danach deren Mangelhaftigkeit heraus, hat der Letztverkäufer aus dem Titel des Gewährleistungsrechts die mangelhafte Sache auszubauen und eine vertragsgemäße einzubauen.²⁶

Nach dem bisher Gesagten würde dem Letztverkäufer der Versicherungsschutz aus der Betriebshaftpflichtversicherung versagt werden, weil er seinem Gläu-

23 Zum Meinungsstand *W. Faber*, Aus- und Einbaukosten 57 ff und 97 ff; näher *Karner/Koziol*, JBl 2012, 141 (141); *Perner/Zoppel*, RdW 2011, 447 (447); für eine gespaltene Auslegung auch OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 64/13x; dazu *Perner*, EvBl 2014/98, 612 (615f); *Reif*, RdW 2014, 383 (383ff); aA *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 898f.

24 Vgl *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 77 ff.

25 Allein anhand der haftungsrechtlichen Zuordnung und damit vorausgesetzt, dass die Aus- und Einbaukosten als Mangelfolgeschaden gedeckt sind. Für das Produkt-haftpflicht-Modell dürfte die Anspruchsgrundlage ebenfalls eine Rolle spielen; vgl statt vieler *Schimikowski in Späte/Schimikowski*, AHB² ProdHM Rn 110.

26 Eine ausführliche Darstellung zu den rechtlichen und wirtschaftlichen Problemstellungen beim Absatz über eine Lieferkette findet sich bei *Karner/Koziol*, Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten 1 ff.

biger aus dem Titel der Gewährleistung verantwortlich ist. Nimmt der Letztverkäufer dafür bei seinem Vormann aus dem Titel des Schadenersatzrechts Regress,²⁷ bestünde für diesen Versicherungsschutz.²⁸ Die Annahme einer vorbehaltlosen Kongruenz zwischen Haftungsrecht (Rechtsgrund der Verantwortung) und Umfang der Haftpflichtversicherung würde also auch hier zu einem sachlich schwer rechtfertigbarem Ergebnis führen. Das ist insb auch vor den derzeitigen Tendenzen einer gewährleistungsrechtlichen Haftung der Hersteller im Blick zu behalten.²⁹ Haftet der Hersteller aus dem Titel der Gewährleistung, verlagern sich die Deckungsprobleme auch auf diese Position der Lieferkette. Mit dem GRUG wurde überdies der Rückgriffsanspruch des Letztverkäufers gegen seinen Vormann (etwa Händler gegen Produzent) erweitert, sodass dieser nunmehr auch den Ersatz von Aus- und Einbaukosten gem § 933b Abs 2 ABGB verlangen kann.³⁰ Das wirft ebenso die Frage auf, ob für Regressansprüche gem § 933b Abs 2 ABGB Versicherungsschutz besteht.

Aus diesen Anlässen ist die Kongruenz zwischen Haftungsrecht und Haftpflichtversicherung in der gegenständlichen Untersuchung zu hinterfragen und dabei zu beantworten, für welchen Teil der dargestellten Haftungsrisiken aus der Schlechterfüllung eines Vertrags (Gewährleistung und Schadenersatz bei mangelhafter Leistung) Deckung in der Betriebshaftpflichtversicherung besteht. Die enge Verbindung zwischen Haftungsrecht und Haftpflichtversicherung bringt dabei auch bei der Aufarbeitung der versicherungsrechtlichen Problemstellungen eine weitere Besonderheit mit sich. Ein – im Versicherungsrecht sonst so naheliegender – rechtsvergleichender Blick nach Deutschland muss mit besonderer Vorsicht angestellt werden, weil den Stellungnahmen zum Haftpflichtversicherungsrecht zivilrechtliche Überlegungen zum deutschen Recht zugrunde liegen, die nicht immer mit dem österreichischen Haftungsrecht zusammenpassen.

Die Untersuchung beginnt auf Ebene der rechtlichen Rahmenbedingungen (§§ 1, 149ff VersVG), der eine Untersuchung der vertraglichen Bedingungen, die sich auf die primäre Risikoumschreibung (Art 1.2.1.1), den Gewährleistungs- (Art 7.1.1) und Nichterfüllungsausschluss (Art 7.1.3) der AHVB 2005 konzentriert, folgt.

27 Zum Regress nach § 933b ABGB statt vieler *B. Jud*, ZfRV 2001, 201 (201ff) und jüngst *Raffaseder*, JBl 2016, 82 (82ff) und *Leupold/Gelbmann*, VbR 2019, 140 (140ff); vgl zur Problemstellung der begrenzten Regressfähigkeit in diesen Konstellationen über das Schadenersatzrecht statt vieler *Karner* in FS Koziol 695 (695ff); die Regressbestimmung wurde mit dem GRUG nunmehr in § 933b Abs 2 ABGB erweitert.

28 Für die Produkthaftpflichtversicherung krit *Stempfle* in *Höra*, Münchener Anwalts-handbuch Versicherungsrecht § 15 Rn 374f; vgl auch *Lenz* in *van Bühren*, Handbuch Versicherungsrecht⁷ § 12 Rn 125.

29 Vgl *Wendehorst*, VbR 2020, 94 (94ff); dieser Vorschlag wurde vom Gesetzgeber jüngst allerdings ausdrücklich abgelehnt ErläutME 107/ME 27. GP 8f.

30 ErläutME 107/ME 27. GP 40.

II. Der Versicherungsbegriff (§ 1 VersVG) als Schranke?

Das Risiko, aus der unternehmerischen (betrieblichen) Tätigkeit haftpflichtig zu werden, ist nach dem Gesetz grundsätzlich versicherungsfähig.³¹ Eine Betriebshaftpflichtversicherung als Versicherungsprodukt wäre ansonsten gar nicht denkbar.³²

A. Das fehlende Element der Ungewissheit

Grundvoraussetzung für die Versicherbarkeit von betrieblichen Risiken ist, dass es ihnen nicht an einer ausreichenden Ungewissheit fehlen darf.³³ „Das jedem Versicherungsvertrag immanente Element der Ungewissheit“ wird dabei insb den vertraglichen Erfüllungsansprüchen abgesprochen.³⁴ Ein Schuldner wisse nämlich nichts besser, als dass er seine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen habe.³⁵

Was schon keine Versicherung ist, kann aber auch nicht als Versicherungsfall gedeckt sein, weshalb die Einordnung unter § 1 VersVG auch für die AHVB Bedeutung hat. In einem ersten Schritt ist daher zu untersuchen, ob vertragliche und gewährleistungsrechtliche Ansprüche über eine Versicherung gem § 1 VersVG abgedeckt werden können.

Das Argument der „fehlenden Ungewissheit“ ist dabei ein Teil der Definition des Versicherungsbegriffs (§ 1 VersVG).³⁶ Spricht man den Vertragserfüllungsansprüchen die Ungewissheit ab, meint man also, dass deren vertragliche Absicherung begrifflich keine Versicherung ist, was zur Folge hätte, dass die Bestimmungen des VersVG auf den Vertrag nicht anwendbar wären.³⁷

Unter dem Begriff der „fehlenden Ungewissheit“ ist nach hA zu verstehen, dass der VN mit der Versicherung Schutz für eine unerwartet auftretende Bedarfs-

31 Vgl § 151 VersVG.

32 Vgl Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ 392 f.

33 Schlegelmilch, Produkthaftpflicht² 85.

34 Mecenovic, Herstellungs- bzw Lieferklausel 107 mwN.

35 BGH 9. 1. 1964, II ZR 86/61 VersR 1964, 230; Brockmann, VersR 1955, 373 (374); Nickel, VersR 1989, 873 (877); Wunderlich, Deckungsumfang 28.

36 Zum Versicherungsbegriff ausf Dreher, Versicherung als Rechtsprodukt 1 ff; Fenyves in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG (2021) § 1 Rz 4 ff; Jabornegg in FS Frotz 551 (551 ff).

37 Denkbar wäre aber etwa eine vertragliche Erfüllungsübernahme gem § 1404 ABGB; dazu statt vieler W. Faber in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1404 Rz 2 ff.

situation, die ihm aus der Verwirklichung des abzusichernden Risikos erwächst, suchen muss.³⁸

Eine Bedarfssituation wird wiederum als Durchkreuzung der Vermögensplanung des VN durch ein ungewisses Ereignis beschrieben. Dabei kann es ungewiss sein, ob die Bedarfssituation überhaupt entstehen wird, aber auch, zu welchem Zeitpunkt sich ein risikoauslösendes Ereignis verwirklicht.³⁹ Darüber hinaus besteht eine ausreichende Ungewissheit nach hL selbst dann, wenn Eintritt und Zeitpunkt der Störung gewiss sind und nur die Höhe des entstehenden Nachteils noch ungewiss ist.⁴⁰ Selbst wenn der VN also weiß, dass er Ansprüchen seines Vertragspartners ausgesetzt sein wird, könnte er sich dagegen versichern, soweit es ihm ungewiss ist, welchen Aufwand er zur Befriedigung der Ansprüche aufbringen müssen wird.⁴¹

Für die Einordnung als Versicherung ist damit entscheidend, dass eine „*Distanz zwischen Plandaten und faktischen Daten*“ entsteht, die mit Hilfe der Versicherungsleistung überbrückt werden soll („Plansicherungstheorie“).⁴² Mit der Versicherungsleistung will der VN die ihm drohende Planlücke schließen.⁴³ Die Planlücke kann dabei sowohl in Form planwidrig entfallener Einnahmen, als auch in planwidrig entstehenden Ausgaben bestehen.⁴⁴

B. Vertragliche Erfüllungsansprüche

Der hA ist zuzustimmen, dass die Absicherung vertraglicher Erfüllungsansprüche (zB §§ 1061, 1165 ABGB) grundsätzlich⁴⁵ keine Versicherung iSd § 1 VersVG ist, weil es an dem für jede Versicherung notwendigen Element der Ungewissheit fehlt.⁴⁶ Der Schuldner hat es mit Vertragsabschluss selbst in der Hand, sich zu verpflichten, weshalb sowohl der Zeitpunkt der Fälligkeit als auch die Höhe der eingegangenen Verpflichtung, gewiss sind.⁴⁷

38 Statt vieler *Dreher*, Versicherung als Rechtsprodukt 1 ff.

39 Etwa im Fall der Lebensversicherung.

40 *Jabornegg* in FS Frotz 566; *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 33; jeweils mwN; zur dL *Schlegelmilch*, Produkthaftpflicht² 70 mwN.

41 Zur hA in Deutschland für alle *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG³¹ § 1 Rn 9 ff, mwN.

42 Zur Plansicherung statt vieler *Armbrüster*, Privatersicherungsrecht² 73 f.

43 *Fenyves* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG (2021) § 1 Rz 9 mwN; *Jabornegg* in FS Frotz 559 f; *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 31 f.

44 *Jabornegg* in FS Frotz 561; *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 31.

45 Es könnte überlegt werden, ob unter einer Bedingung stehende Erfüllungsansprüche (§ 696 ABGB) ausreichend ungewiss iSd § 1 VersVG sind.

46 Schon *Mecenovic*, Herstellungs- bzw Lieferklausel 107 mwN.

47 Vgl für die hA in Deutschland statt vieler v. *Rintelen* in *Späte/Schimikowski*, AHB² Z 1 Rz 400; BGH 9. 1. 1964, II ZR 86/61 VersR 1964, 230.

C. Ansprüche aus Gewährleistung

Da die gewährleistungsrechtlichen Nacherfüllungsansprüche haftungsrechtlich als nach der Übergabe fortlebende (modifizierte) Erfüllungsansprüche bezeichnet werden,⁴⁸ könnten auch sie mit dem zu den vertraglichen Erfüllungsansprüchen geführten Ausschlussargument als nicht versicherbar gelten.⁴⁹ Damit könnte die Versicherung von Ansprüchen aus der Schlechterfüllung von Verträgen bereits auf Ebene des § 1 VersVG scheitern.

Der Ausschluss vertraglicher Erfüllungsansprüche als versicherbare Haftpflichtrisiken lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf die Gewährleistungspflichten umlegen. Der verschuldensunabhängigen Gewährleistungspflicht des Schuldners geht nämlich bereits eine Erfüllungshandlung voran. Die Gewährleistungspflicht setzt gerade voraus, dass sich die Mangelhaftigkeit der Leistung erst nach Abnahme herausstellt.⁵⁰

Der Gewährleistungsschuldner muss sein Vermögen deshalb wie geplant aufwenden, um den Vertrag wie versprochen zu erfüllen.⁵¹ Jeder Vermögensaufwand darüber hinaus ist nicht mehr unmittelbar geplant. Die erst im Anschluss an den Primärerfüllungsanspruch entstehende Gewährleistungspflicht ist deshalb anders als der Ersterfüllungsanspruch ungewiss.⁵²

Der Ungewissheit und damit Versicherbarkeit der Gewährleistungspflicht schadet es daher auch nicht, dass „die Erfahrung lehrt, daß in einem Betriebe immer wieder aufgrund der menschlichen Unzulänglichkeit diese oder jene schadenträchtigen Fehler gemacht werden.“⁵³ Selbst für den Fall, dass eine statistische Auswertung einen konstanten Prozentsatz an Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen ergibt, kann dies nicht gegen deren grundsätzliche Versicherbarkeit sprechen.⁵⁴

48 Statt vieler *Koziol/Spitzer* in KBB⁶ § 1412 Rz 1.

49 *Späte* in *Brendl*, Produkt- und Produzentenhaftung IV Rn 13/4 beschreibt das Risiko gewährleistungspflichtig zu werden hingegen als ein geradezu typisches Betriebsrisiko.

50 Für viele *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB^{1.02} § 923 Rz 1 ff, mwN.

51 Vgl auch die Urteilsbegründung des OLG Hamm 21. 5. 1976, 20 U 212/75 VersR 1977, 1093f: Die Zäsur (Übergabe) sei auch für das Versicherungsrecht von Bedeutung, weil der VN mit Abnahme des Werks davon ausgehen kann, dass er seine eingegangene Pflicht erfüllt und ein dem Vertrag entsprechendes Werk abgeliefert hat.

52 Für Deutschland v. *Rintelen* in *Späte/Schimikowski*, AHB² Z 1 Rn 400 ff, mwN. Dort ua zu einer Entscheidung des RG, in welcher ausgesprochen wurde, dass eine Versicherung gegen Haftung aus mangelhafter Vertragserfüllung nicht ausgeschlossen sei, womit es auch nicht dem Wesen der Haftpflichtversicherung als widersprechend angesehen werden könne, sich gegen die Vermögensnachteile aus einer mangelhaften Erfüllung versicherungsvertraglich abzusichern.

53 *Schlegelmilch*, Produkthaftpflicht² 70.

54 *Schlegelmilch*, Produkthaftpflicht² 70f; vgl auch v. *Rintelen* in *Späte/Schimikowski*, AHB² Z 1 Rn 397 ff.