

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 652/2017

Urteil vom 24. August 2018

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Niquille,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Max Auer,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Felix Rajower,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Versicherungsvertrag, Berufshaftpflichtversicherung.

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Thurgau vom 24. Oktober 2017 (ZBR.2017.24).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. _____ AG (Maklerin, Beklagte, Beschwerdeführerin) erbringt Dienstleistungen im Bereich der Versicherungsplanung, Risikoberatung sowie Portefeuille-Verwaltung. C. _____ ist (einziges im Handelsregister eingetragenes) Mitglied des Verwaltungsrats; er ist als unabhängiger Versicherungsmakler im Vermittlerregister der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) eingetragen.

A.b. Am 13. Oktober 2005 beauftragte D. _____ (Kläger) die A. _____ AG mit der Verwaltung und Betreuung seines Versicherungsportefeuilles. D. _____ kündigte dieses Mandat am 31. März 2011 mit sofortiger Wirkung.

Im Jahr 2008 wurde bei D. _____ der Übertritt in die Selbständigkeit aktuell. Am 19./20. Januar 2009 schloss D. _____ auf Vorschlag der Maklerin mit der Freizügigkeitsstiftung X. _____ eine "Vorsorgevereinbarung für Freizügigkeitskonto " ab und entschied sich für ein "festverzinstes Freizügigkeitskonto 10 Jahre ", angeblich gedeckt durch den Sicherheitsfonds BVG.

Am 28. Februar 2009 überwies die Pensionskasse Y. _____ die Austritts- oder Freizügigkeitsleistung von D. _____ in Höhe von Fr. 314'855.95 an die Freizügigkeitsstiftung X. _____. Am 16. März 2009 überwies die Freizügigkeitsstiftung X. _____ den Betrag an die "Pensionskasse X. _____. Diese stellte D. _____ am 10. September 2009 einen "Versicherungsausweis per 1. September 2009" aus, worin vermerkt war, dass D. _____ am 1. Februar 2009 in die Pensionskasse eingetreten sei; als Arbeitgeberin von D. _____ wurde die A. _____ AG aufgeführt.

Am 14. Juli 2009 untersagte die FINMA der Freizügigkeitsstiftung X. _____ (und anderen Gesellschaften der X. _____-Gruppe) mit superprovisorischer Verfügung jegliche Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie jegliche Werbung für deren Entgegennahme. Am 3. Dezember 2009 wurde über die Freizügigkeitsstiftung X. _____ der Konkurs eröffnet.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 11. November 2009 untersagte die FINMA auch der

Pensionskasse X. _____ jegliche Entgegennahme von Publikumsbeiträgen sowie jegliche Werbung für deren Entgegennahme. Am 26. November 2009 untersagte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS) in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde der Pensionskasse X. _____, weitere Anschlussverträge mit Arbeitgebern abzuschliessen. Am 15. Dezember 2009 suspendierte es den Stiftungsrat und setzte Rechtsanwalt E. _____ als interimistischen Stiftungsrat ein. Am 12. November 2010 hob das BVS die Pensionskasse X. _____ auf und setzte sie in Liquidation.

Am 25. Juni 2010 erklärte die A. _____ AG im Namen von D. _____ den Austritt aus der Pensionskasse X. _____, wobei die "Stiftung Z. _____" als neue Vorsorgeeinrichtung bezeichnet wurde. Am 5. Juli 2010 bestätigte die Pensionskasse X. _____ der A. _____ AG den Austritt und stellte ihr die Abrechnung zu; eine Übertragung der Vorsorgegelder an die Stiftung Z. _____ unterblieb jedoch.

A.c. Am 10. August 2010 orientierte Rechtsanwalt E. _____, der Sicherheitsfonds BVG werde für alle Versicherten, für welche die Pensionskasse X. _____ die aktive Vorsorge betrieben habe, die volle Deckung übernehmen. Dagegen würden die Freizügigkeitsguthaben, welche die Pensionskasse X. _____ gesetzeswidrig bloss aufbewahrt habe, durch den Sicherheitsfonds BVG nicht gedeckt. Der Sicherheitsfonds BVG leistete am 23. Februar 2011 einen Vorschuss von Fr. 1'500'000.-- für die Sicherstellung der Leistungen derjenigen Destinatäre, die unwidersprochen bei der Pensionskasse X. _____ aktiv versichert gewesen waren. Demgegenüber verfügte der Sicherheitsfonds BVG am 30. Oktober 2012, dass bei 30 Personen die Voraussetzungen für eine Sicherstellung der Leistungen nicht gegeben seien. In Bezug auf D. _____ erkannte er, die Freizügigkeitsleistung sei nie an die Pensionskasse seines neuen Arbeitgebers, die F. _____ GmbH, überwiesen worden. Zudem sei die F. _____ GmbH bezüglich der beruflichen Vorsorge nie bei der Pensionskasse X. _____ versichert gewesen. Eine von der Pensionskasse X. _____ dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 9. Januar 2015 ab. Die gegen dieses Urteil eingereichte Beschwerde wies das Bundesgericht am 13. November 2015 ab (BGE 141 V 650).

B.

B.a. Mit Klage vom 1. Dezember 2015 beim Bezirksgericht Kreuzlingen verlangte D. _____ im Wesentlichen, die A. _____ AG sei zu verpflichten, ihm Fr. 322'506.50 abzüglich Fr. 64'501.30 (bereits erhaltene Abschlagszahlung) zuzüglich 5 % Zins auf Fr. 258'005.20 seit dem 1. Juni 2010 zu bezahlen.

In ihrer Klageantwort erhob die Beklagte Streitverkündungsklage gegen die B. _____ AG (Streitberufene, Beschwerdegegnerin) und beantragte, diese sei in ihrer Eigenschaft als Berufshaftpflichtversicherung zu verpflichten, ihr Fr. 206'404.15 zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Juni 2010 zu bezahlen (Ziff. 3). Eventuell sei sie zu verpflichten, diesen Betrag auf das Freizügigkeitskonto von D. _____ bei der Stiftung Z. _____ zu bezahlen (Ziff. 4). Ein allfälliges bis zum Urteilszeitpunkt aus der Liquidation der Pensionskasse X. _____ zugunsten von D. _____ beziehungsweise seiner Vorsorgeeinrichtung nach BVG ausbezahltes weiteres Betreffnis sei bei vollständiger Gutheissung von Ziff. 3 im Umfang von 80 % an die Verpflichtung der B. _____ AG anzurechnen (Ziff. 5). Es sei festzustellen, dass die B. _____ AG der A. _____ AG für dieser gegenüber geltend gemachten Schaden, welcher aus der Falschberatung im Zusammenhang mit der Überführung von Vorsorgeguthaben auf die Freizügigkeitsstiftung X. _____ resultiere, aus der Police Nr. xxx generell Versicherungsdeckung im Umfang der vertraglichen Bestimmung zu gewähren habe und die entsprechende Versicherungsleistung schulde, wobei der maximale Selbstbehalt hinsichtlich der gesamten (Serien-) Schadenssumme Fr. 100'000.-- betrage (Ziff. 6).

Mit Urteil vom 14. Dezember 2016 verpflichtete das Bezirksgericht Kreuzlingen die A. _____ AG, D. _____ Fr. 258'005.20 zuzüglich 5 % Zins seit dem 12. November 2010 zu bezahlen. Gleichzeitig verpflichtete es die B. _____ AG, der A. _____ AG Fr. 203'885.30 zuzüglich 5 % Zins seit dem 12. November 2010 zu bezahlen.

B.b. Gegen dieses Urteil erhob die B. _____ AG am 22. Juni 2017 Berufung beim Obergericht des Kantons Thurgau. Mit Entscheid vom 24. Oktober 2017 schützte das Obergericht die Berufung und wies die Streitverkündungsklage ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, der Entscheid des Obergerichts sei kostenfällig aufzuheben und die B. _____ AG zu verpflichten, ihr Fr. 203'855.30 [recte: Fr. 203'885.30, vgl. E. 2.2.1 hiernach] zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. November 2010 zu

bezahlen. Die Beschwerdegegnerin trägt auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf einzutreten ist. Das Obergericht verweist auf den angefochtenen Entscheid und beantragt ebenfalls, die Beschwerde abzuweisen.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden. Nach Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdeschrift in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Unerlässlich ist, dass auf die Begründung des angefochtenen Urteils eingegangen und im Einzelnen dargetan wird, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegen soll (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116).

1.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

1.2. Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

2.

Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Unklare Rechtsbegehren sind unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 136; 133 II 409 E. 1.4.2 S. 415; 105 II 149 E. 2a S. 152). Im Beschwerdeverfahren können Ansprüche, die vor der letzten kantonalen Instanz nicht aufrechterhalten worden sind, nicht mehr geltend gemacht werden (Art. 99 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 545 E. 2.4 S. 550; vgl. auch BGE 94 II 209 E. 4 S. 211 mit Hinweisen).

2.1. Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts lautet wie folgt:

"Die Streitverkündungsklage gegen die Streitverkündungsbeklagte wird geschützt.

Die Streitverkündungsbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten den Betrag von Fr. 203'885.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. November 2010 zu bezahlen.

Sollte dem Kläger im Nachgang zum Urteil ein weiteres Betreffnis aus der Liquidation der Pensionskasse X. _____ ausbezahlt werden, so hat sich die Beklagte dieses im Umfang von 80 % an den obgenannten Betrag anrechnen zu lassen."

Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid beantragte die Beschwerdeführerin in der Berufungsantwort die Abweisung der Berufung und die Bestätigung von Ziff. 4-6 des erstinstanzlichen Urteils.

2.2. In ihrem Begehren vor Bundesgericht verlangt die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 203'855.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. November 2010 zu bezahlen. Dies entspricht mit einer Differenz von Fr. 30.-- dem zweiten Satz der Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Entscheides.

2.2.1. Aus der Beschwerde ergibt sich kein Grund für diese Reduktion. Auch im Zusammenhang mit der Frage, ob die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- erreicht wird (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), wird in der Beschwerde der Betrag von Fr. 203'855.30 angegeben. Dies zeigt, dass es sich um ein offensichtliches Versehen handelt. Der für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen massgebende Streitwert bestimmt sich nämlich gemäss Art. 51 BGG nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren - dies entspricht der Differenz zwischen den erstinstanzlich zugesprochenen Fr. 203'885.30, deren Bestätigung die Beschwerdeführerin verlangt hatte, und der im Berufungsverfahren von der Beschwerdegegnerin beantragten Abweisung der Streitverkündungsklage. Bei den im Rechtsbegehren verlangten und als Streitwert angegebenen Fr. 203'855.30 handelt es sich mithin um ein Versehen, das zu korrigieren ist. Gemeint war offensichtlich der erstinstanzlich zugesprochene Betrag von Fr. 203'885.30. Das Rechtsbegehren in der Beschwerde ist in diesem Sinne entgegengzunehmen.

2.2.2. Den dritten Satz von Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts hat die Beschwerdeführerin weggelassen. Da dieser für sie belastend ist und sie ihn vor der Vorinstanz nicht angefochten, sondern vielmehr die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides verlangt hatte, ist ihr Begehren vor Bundesgericht, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht einwendet, unzulässig, soweit es über das hinausgeht, was der Beschwerdeführerin erstinstanzlich zugesprochen wurde. Insoweit ist nicht darauf einzutreten.

3.

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Forderung auf die Police Nr. xxx vom 22. April 2009 sowie die Ausgabe Mai 2006 der AVB "Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Treuhänder, Wirtschaftsprüfer, Berater und ähnliche Berufe". Gedeckt waren danach Vermögensschäden bis Fr. 3 Mio., wobei der Selbstbehalt 20 % der versicherten Leistung (Schaden) beziehungsweise maximal Fr. 100'000.-- betrug. Versichert war das Modul "Versicherungsmakler (Art. 39 AVB)". Gemäss Art. 39 Abs. 1 AVB ist Gegenstand der Versicherung die berufliche Tätigkeit als Berater, Betreuer und Vertreter des Auftraggebers im Bereich der Vermittlung und des Abschlusses von Versicherungen. Nicht versichert sind gemäss Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB Schäden infolge "Insolvenz eines Versicherers oder Rückversicherers".

4.

4.1. Die Vorinstanz erwog, es erscheine als durchaus sachgerecht, dass die Deckung entfalle bei Insolvenz der Einrichtung, bei der sich der Kunde des berufshaftpflichtversicherten Maklers versichert habe. Weil mit Blick auf die Kapitalisierung von Versicherern von Gesetzes wegen strenge Vorgaben bestünden (Art. 8 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01]: Mindestkapital von Fr. 3 Mio. bis 20 Mio.; Art. 9 VAG: ausreichend freie und unbelastete Eigenmittel), sei deren Insolvenz als äusserst aussergewöhnliches und seltenes Ereignis einzustufen. Wenn eine Berufshaftpflichtversicherung deshalb für diesen ausserordentlichen Fall die Deckung in den AVB ausschliesse, so erscheine dies als sachgerecht. Dies erst recht, als bei aktiven Vorsorgeverhältnissen der Sicherheitsfonds BVG hafte. Der Ausschluss für Insolvenz wie vorliegend könne geradezu als "branchenüblich" bezeichnet werden; so würden etwa die G._____ AG, die H._____ Group und die I._____ ebenfalls solche Ausschlüsse vorsehen. Für die Anwendung der sog. Ungewöhnlichkeitsregel bleibe daher kein Raum.

4.2. Die Vorinstanz legte Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB normativ aus. Der Wortlaut dieser Bestimmung sei an sich klar. Aber auch aus Sinn und Zweck würden sich keine Zweifel hinsichtlich des objektivierten Vertragswillens ergeben. Es liege auf der Hand, dass der Schaden von D._____ eine kausale Folge sowohl der Falschberatung durch die Beschwerdeführerin als auch der Insolvenz der Pensionskasse X._____ gewesen sei. Die Frage nach der Versicherungsdeckung stelle sich überhaupt nur bei Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten durch den Versicherungsnehmer. Ein Versicherungsausschluss wäre für den Fall, dass gar kein Schadenersatzspruch eines Kunden des Versicherungsmaklers oder Versicherungsnehmers bestünde, von vornherein obsolet. Somit könne sich die Anwendbarkeit von Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB nicht auf Fälle beschränken, in denen die Insolvenz alleinige Schadenursache ist, weil diese für sich allein keine Haftung des Versicherungsmaklers zu begründen vermöge. Im Ergebnis bedeute dies, dass der Berufshaftpflichtversicherer bei ein und demselben Schadenersatzanspruch des Kunden des Versicherungsmaklers wegen dessen Sorgfaltspflichtverletzung hafte im Fall, dass der vermittelte Versicherer solvent sei, während er im Fall der Insolvenz nicht zahlen müsse. Die umgekehrte Sicht des Bezirksgerichts, die den

Deckungsausschluss im vorliegenden Fall nicht gelten lassen wolle, da der Kunde gerade bei Insolvenz der vermittelten Versicherung auf die Deckung angewiesen sei, würde dazu führen, dass kein praktischer Anwendungsfall der Ausschlussklausel erkennbar sei. Bezeichnenderweise hätten denn auch weder das Bezirksgericht noch die Beschwerdeführerin einen solchen Anwendungsfall benennen können. Eine Ausschlussklausel ohne jede praktische Bedeutung mache aber keinen Sinn. Das Bezirksgericht, welches es als stossend erachtet habe, wenn die Deckung nur im Fall der Solvenz bestehe, wo sie gar nicht vonnöten sei, verkenne, dass die Berufshaftpflichtversicherung nicht etwaige Verluste des Kunden des Versicherungsmaklers decke. Massgeblich sei daher für die Auslegung nicht die Sicht des geschädigten D. _____ sondern das Verständnis des Versicherungsvertrages durch die durch diesen gebundenen Vertragsparteien und was danach Vertragsgegenstand sei. Abgesichert werde nicht die Solvenz der vom Kunden des Maklers berücksichtigten Einrichtung; abgesichert werde vielmehr die Vermittlung und der Abschluss von Versicherungen, mithin die Haftpflichtrisiken des Versicherungsmaklers, die sich bei seiner beruflichen Tätigkeit üblicherweise entwickeln können. Die Berufshaftpflichtversicherung sei eine Versicherung zugunsten des Versicherungsmaklers als Versicherungsnehmer; dieser und nicht sein Kunde soll im Fall begründeter Berufshaftung schadlos gehalten werden. Dies ergebe sich aus Art. 1 Abs. 2 AVB, wonach die Beschwerdegegnerin Versicherungsschutz biete für Schadenersatzansprüche, die gegen den Versicherungsnehmer - hier also die Beschwerdeführerin - erhoben würden. Entsprechend spreche Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB von "Ansprüchen aus Schäden", und nicht etwa von Verlusten der Kunden des Versicherungsnehmers.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die anerkannten Auslegungsregeln nur zum Teil angewendet. Namentlich habe sie Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB völlig isoliert betrachtet und weder dem Zweck des abgeschlossenen Vertrages noch den einschlägigen gesetzlichen Regelungen (Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. b VAG i.V.m. Art. 186 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 [Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011]) hinreichend Rechnung getragen.

5.1. Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2 S. 6, 410 E. 3.2 S. 412).

5.1.1. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 144 III 93 E. 5.2.3 S. 99; 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67). Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 mit Hinweisen).

5.1.2. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist zwar primär vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Deren einzelne Teile sind jedoch nicht isoliert, sondern im Zusammenhang zu betrachten. Zu berücksichtigen sind zudem die dem Empfänger bekannten Umstände, unter welchen die Erklärung abgegeben worden ist (BGE 113 II 49 E. 1a und b; 101 II 323 E. 1 S. 325 je mit Hinweisen). Daraus kann sich ergeben, dass der Empfänger einzelne Aussagen des Erklärenden nicht in ihrer wörtlichen Bedeutung verstehen durfte, sondern in einem anderen Sinne auffassen musste (vgl. BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 131 III 280 E. 3.1 S. 286 f.). Zudem hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424; 126 III 119 E. 2c S. 121; 117 II 609 E. 6c S. 621; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610). Auch der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, kann von Bedeutung sein (BGE 132 III 24 E. 4 S. 28). Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass der Erklärungsempfänger davon ausgehen durfte, der Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte

Regelung an (vgl. BGE 115 II 264 E. 5a S. 268; 113 II 49 E. 1b S. 51; je mit Hinweisen). Für die Auslegung einer von der einen Vertragspartei aufgesetzten Vertragsbestimmung ist demnach

entscheidend, welches Regelungsziel die andere Vertragspartei darin als redliche Geschäftspartnerin vernünftigerweise erkennen durfte und musste (Urteil des Bundesgerichts 4C.443/1996 vom 26. März 1997 E. 2a mit Hinweis).

5.1.3. Im Rahmen der Auslegungen vorformulierter allgemeiner Vertragsbedingungen hat sich das Gericht zusätzlich vom Prinzip leiten zu lassen, dass bei mehrdeutigen Klauseln jene Auslegung vorzuziehen ist, die dem dispositiven Gesetzesrecht entspricht. Da dieses in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrt, hat die Partei, die davon abweichen will, das im Vertrag mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Subsidiär gilt sodann die Unklarheitsregel, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen sind, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat (BGE 124 III 155 E. 1b S. 158; 122 III 118 E. 2a S. 121; 133 III 607 E. 2.2 S. 610). Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird zudem durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; 135 III 1 E. 2.1 S. 7).

5.2. Vor diesem Hintergrund beanstandet die Beschwerdeführerin zu Recht, dass eine isolierte Betrachtung einzelner Vertragsbestimmungen den Anforderungen an eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht genügt. Soweit sie in systematischer Hinsicht der Vorinstanz aber vorwirft, sie habe nicht berücksichtigt, dass im Hauptvertrag einzig auf Art. 3 AVB als "Leistungsbegrenzung" hingewiesen werde und sich in Art. 3 AVB weder eine Leistungsbegrenzung wegen Insolvenz finde, noch auf Art. 39 Abs. 2 AVB verwiesen werde, ist der Einwand unbehelflich. Ziffer 1 der Police verweist unter der Überschrift "Versicherte Module" ausdrücklich auf Art. 39 AVB zum "Versicherungsmakler" und damit auf die dort enthaltenen Ausschlüsse. Wenn unter Ziffer 2 der Police unter "Leistungen" die Versicherungssummen für Vermögensschäden einerseits und Personen-/Sachschäden andererseits definiert werden und im Zusammenhang damit auf die Leistungsbegrenzungen gemäss Art. 3 AVB verwiesen wird, ist - gerade für die Beschwerdeführerin als langjährig tätige Maklerin - offensichtlich, dass es bei Art. 3 AVB darum ging, die Leistungen zu umschreiben und zu begrenzen, für welche die vereinbarten Versicherungssummen gelten.

6.

Für die Vorinstanz war ausschlaggebend, dass nur in der von ihr befürworteten Auslegung ein praktischer Anwendungsfall für die in Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB vorgesehene Ausschlussklausel erkennbar sei. Dies mag isoliert betrachtet zutreffen. Dass den Ausschlüssen zum Teil aber nur begrenzt eine eigene praktische Tragweite zukommt, wird aus den AVB selbst deutlich, so in Art. 39 Abs. 2 lit. j AVB, wo Garantiezusagen in Bezug auf den Erfolg der Beratertätigkeit ausgeschlossen werden unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 lit. f AVB, in dem der Versicherungsschutz unter anderem ausgeschlossen wird aufgrund einer vertraglich übernommenen über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehenden Haftung. In dieser Bestimmung haben die Verfasser der AVB, wie der Verweis verdeutlicht, Überschneidungen in den Ausschlussklauseln (und damit auch das teilweise Fehlen praktischer Anwendungsfälle) offensichtlich in Kauf genommen. Neben Bestimmungen, denen eine eigene praktische Tragweite zukommt, können allgemeine Versicherungsbedingungen auch Bestimmungen enthalten, die dazu dienen, Klarstellungen vorzunehmen und mögliche Zweifelsfälle auszuschliessen. Diesen Aspekt blendet die Vorinstanz aus. Wenn das Bundesgericht mehrdeutige Klauseln im Zweifel dem dispositiven Gesetzesrecht entsprechend auslegt (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121), kommt ihnen gerade keine praktische Bedeutung zu.

6.1. In diesem Sinne wäre zu prüfen, ob mit dem Ausschluss der Versicherung für Schäden infolge von Insolvenz eines Versicherers oder Rückversicherers in Art. 39 Abs. 2 lit. e AVB tatsächlich sämtliche Haftungsfälle ausgeschlossen werden sollen, in denen die Insolvenz eines Versicherers in irgendeiner Form mitkausal für den Schaden war, was für den Haftpflichtigen (und dessen Kunden) zu im Voraus nicht abschätzbaren Deckungslücken führen kann. Denkbar wäre nämlich auch, dass damit lediglich klargestellt werden sollte, dass der Geschädigte allein aus der Tatsache, dass eine Versicherung insolvent wird, keine von der Haftpflichtversicherung gedeckte Haftung des Versicherungsvermittlers konstruieren kann, dass dieser mithin keine Garantie für die Solvenz der Versicherung übernimmt oder eine entsprechende Garantie von der Haftpflichtversicherung jedenfalls nicht gedeckt wäre.

6.2. Die Frage kann offenbleiben. Die Beschwerdegegnerin selbst führt in ihrer Beschwerdeantwort

unter Bezugnahme auf die Vorinstanz aus, Hintergrund der strittigen Regelung bilde, dass der Konkurs eines Versicherers zahlreiche Schadenfälle nach sich ziehen könne und sich die Berufshaftpflichtversicherungen diesfalls auf einen Schlag mit dem x-fachen der im einzelnen Fall vereinbarten Leistungspflicht konfrontiert sähen. Wenn vom Konkurs eines Versicherers eine Vielzahl von Versicherungsnehmerinnen mit Versicherungssummen von Fr. 3 Mio. betroffen seien, ergebe sich offensichtlich ein kaum mehr kalkulierbares Risiko. Es sei somit ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Beschwerdegegnerin dieses nicht zu übernehmen bereit gewesen sei und folglich einen entsprechenden Ausschluss stipuliert habe.

6.2.1. Diese Ausführungen sind in Bezug auf den zu beurteilenden Fall nicht einschlägig. Im Konkurs eines Versicherers können eine grosse Anzahl Personen zu Schaden kommen. Mit einer Vielzahl von Ansprüchen sähen sich die Haftpflichtversicherungen aber nur konfrontiert, wenn sehr viele Betroffene derartige Ansprüche stellen könnten. Liegt aber in der Insolvenz eines vermittelten Versicherers an sich keine haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung des Versicherungsvermittlers, ist insoweit auch keine Häufung der Ansprüche zu befürchten. Dazu wäre vielmehr eine Häufung der haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzungen notwendig, denn diese lösen Ansprüche gegen die Haftpflichtversicherung aus.

6.2.2. Unter diesem Gesichtspunkt könnten allenfalls Fälle in Betracht kommen, in denen die Pflichtverletzung selbst mit dem Konkurs in Zusammenhang steht, weil aufgrund von diesem eine erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass derartige Pflichtverletzungen gehäuft vorgekommen sind. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn die finanzielle Schiefelage bei pflichtgemäßem Verhalten früher hätte erkannt und die Schäden so vermieden werden können (vgl. zur Haftpflicht für eine mangelnde Überwachung der Bonität der Versicherer: MARTIN A. KESSLER, Die Stellung der gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittler nach Inkrafttreten des neuen VAG am 1. Januar 2006, 2009, S. 95 Rz. 225). Analog liesse sich argumentieren, wenn es sich um eine allgemein verbreitete Sorgfaltspflichtverletzung handelt, zu der es deswegen kam, weil allgemein auf die Solvenz der Versicherung vertraut und deswegen von an sich zur Verfügung stehenden Sicherungsmitteln kein Gebrauch gemacht wurde.

6.2.3. Der zu beurteilende Fall liegt anders. Die der Beschwerdeführerin vorgeworfene Pflichtverletzung basiert auf einer Fehlinformation betreffend die Deckung durch den Sicherheitsfonds BVG. Die Wahrscheinlichkeit, dass diesbezüglich Fehlinformationen erfolgten, wird durch den Eintritt der Insolvenz nicht erhöht. Auch die Anzahl der Fälle, in denen bis zum Eintritt der Insolvenz eine entsprechende Fehlinformation erfolgte, wird von diesem nicht mehr beeinflusst. Vom Konkurs betroffen sind viele, zu einer allfälligen Häufung von Ansprüchen kann es allein durch den Konkurs aber nicht kommen, sondern nur bei einer Häufung der Fehlinformation. Dabei handelt es sich indessen nicht um ein unkalkulierbares Risiko. Die Versicherungssumme wird nach Art. 3 Abs. 5 AVB für alle Ansprüche aus Schaden und Kosten, die im gleichen Versicherungsjahr erhoben werden, höchstens einmal vergütet (vgl. Art. 186 Abs. 1 AVO). Eine Vielzahl von Ansprüchen, bei denen die jährliche Deckungslimite nicht greift, kann nicht bereits durch die Vielzahl der vom Konkurs betroffenen entstehen, sondern würde eine Vielzahl von Versicherungsvermittlern voraussetzen, welche nicht nur dieselbe Falschinformation verbreitet, sondern auch ihren Klienten eine Anlage in der insolventen Versicherung empfohlen hätten. Nur in diesem Fall würde sich die Insolvenz strukturell zu Ungunsten des Haftpflichtversicherers auswirken, indem eine Vielzahl von Zahlungspflichten gleichzeitig entstehen. Andernfalls bewirkt sie lediglich, dass sämtliche Schäden des Haftpflichtigen gleichzeitig aktuell werden, womit die Wahrscheinlichkeit, dass die jährliche Deckungslimite zum Tragen kommt, erhöht wird.

6.3. Schliesst die Beschwerdegegnerin nach ihren eigenen Ausführungen Schäden zufolge Insolvenz mit Blick auf die durch die Insolvenz drohende Gefahr der Vervielfachung separater Ansprüche aus, muss die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, auch Fälle, in denen keine entsprechende Gefahr besteht, würden von dem Ausschluss erfasst. Die AVB erweisen sich insoweit zumindest als unklar, was zu Lasten der Beschwerdegegnerin geht, die sie verfasst hat.

7.

Damit erweist sich die Beschwerde im Wesentlichen als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 203'885.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. November 2010 zu bezahlen. Sollte dem Kläger im Nachgang zum Urteil ein weiteres Betreffnis aus der Liquidation der Pensionskasse X. _____ ausbezahlt werden, so hat sich die Beschwerdeführerin dieses im Umfang von 80 % an den obengenannten Betrag anrechnen zu lassen. Soweit weitergehend ist auf die Beschwerde nicht

einzutreten. Zur Neuverlegung der Kosten für das kantonale Verfahren ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- (Art. 66 Abs. 1 BGG) und entschädigungspflichtig (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Beschwerdegegnerin verpflichtet, der Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 203'885.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. November 2010 zu bezahlen. Sollte dem Kläger im Nachgang zum Urteil ein weiteres Betreffnis aus der Liquidation der Pensionskasse X._____ ausbezahlt werden, so hat sich die Beschwerdeführerin dieses im Umfang von 80 % an den obengenannten Betrag anrechnen zu lassen. Soweit weitergehend wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.
4.
Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen zu neuer Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im kantonalen Verfahren.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. August 2018

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak