



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien **erkennt** durch die Richterin Mag.^a Christiane Kaiser, LL.M. (WU) in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Rechtsanwälte in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **Generali Versicherung AG**, FN 38641a, Landskrongasse 1-3, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Herbert Salficky, Rechtsanwalt in 1010 Wien, wegen **Unterlassung** und **Urteilsveröffentlichung** (Streitwert: € 36.000,00) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. *Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen*

[...] in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit hoheitsrechtlichen Anordnungen, die aufgrund einer Ausnahmesituation an eine Personenmehrheit gerichtet sind;“

2. *Wenn die Kündigung nicht spätestens ein Monat vor Ablauf der Vertragsdauer beim Versicherer einlangt, verlängert sich der Versicherungsvertrag auf unbestimmte Zeit.*

3. *Unabhängig vom Verfahrensausgang besteht kein Versicherungsschutz, wenn der Versicherte bereits mindestens einmal rechtskräftig wegen eines einschlägigen Vorsatzdeliktes verurteilt wurde.*

4. *Das Wahlrecht nach Pkt. 1. und 2. bezieht sich nur auf Personen, die ihren Kanzleisitz am Ort des Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde haben, die für das durchzuführende Verfahren in erster Instanz zuständig ist. Wenn am Ort dieses Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde nicht mindestens vier solche Personen ihren Kanzleisitz haben, erstreckt*

sich das Wahlrecht auf eine im Sprengel des zuständigen Landesgerichtes ansässige vertretungsbefugte Person.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen 6 Monaten zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es ab sofort zu, sich auf die vorstehend genannten oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

b) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die Prozesskosten in Höhe von EUR 8.817,20 (darin enthalten EUR 1.565,00 PG und EUR 1.210,20 USt) gemäß § 19a RAO zu Handen des Klagevertreters binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Vorbringen:

Mit Klage vom 27.05.2021 **begehrte** die **klagende Partei** wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte zusammengefasst vor: Die von der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendeten ARB würden Klauseln enthalten, die gegen gesetzliche Verbote bzw. gegen die guten Sitten verstoßen. Zudem läge Wiederholungsgefahr vor.

Die **Beklagte bestritt** das Klagebegehren, beantragt die kostenpflichtige Abweisung der Klage und brachte zusammengefasst vor, die Klauseln seien weder gröblich benachteiligend noch intransparent, sondern vielmehr sachlich gerechtfertigt, vor allem unter Aspekten des Risikokorrektivs unter Ausschluss von nicht kalkulierbaren oder besonders schweren Risiken.

Zudem stütze die Klägerin ihre Behauptungen, es lägen Formulierungsdefizite vor, auf die unvollständige Zitierung der Klauseln.

Das konkrete Vorbringen zu den einzelnen Klauseln wird in der rechtlichen Beurteilung wiedergegeben dargestellt.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens nämlich Einsicht in die Urkunden Beilagen .A bis .D, .1 sowie die Einvernahme von [REDACTED], **steht folgender Sachverhalt fest:**

Unstrittig ist:

Die Klägerin ist der Verein für Konsumenteninformation und ein zur Verbandsklage gemäß § 29 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien. Sie betreibt eines der größten österreichischen Versicherungsunternehmen, bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an und schließt als Unternehmerin regelmäßig mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG inhaltlich weitgehend gleiche Verträge über Rechtsschutzversicherungen ab, denen Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) (Beilage .A) zu Grunde gelegt werden. Die ARB werden zur Vereinheitlichung der Rechtsschutzversicherungsverträge verwendet und von der Beklagten vorformuliert. Die Kommunikation zwischen den Kunden und der Beklagten ist (auch) online vorgesehen, wobei auf der Homepage auch jeweils eine E-Mail-Adresse vorgesehen ist und auch ein Online-Kontaktformular aufscheint (offenes Internet homepage www.generali.at).

Die Klägerin forderte mittels eingeschriebenen Briefes die Beklagte am 26.04.2021 auf, bis 17.05.2021 eine durch Vertragsstrafevereinbarung besicherte Unterlassungserklärung (Beilage .B), wodurch die Beklagte darauf verzichtet, die im gegenständlichen Verfahren inkriminierten Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen, abzugeben, was die Beklagte jedoch verweigerte.

In den ARB der Beklagten finden sich mit Stand 08.11.2021 (ON 19.4) nach wie vor die streitgegenständlichen Klauseln 1-4.

Die Beklagte betreibt ein Versicherungsunternehmen und bietet unter anderem Rechtsschutzversicherungen an. Derartige Rechtsschutzversicherungen gewähren typischerweise keine universelle Gefahrenübernahme, sondern werden vielmehr im Rahmen sogenannter Rechtsschutzbausteine angeboten und decken somit nur Teilgebiete des Rechtsschutzes ab. Diese Rechtsschutzbausteine müssen im Versicherungsvertrag angeführt sein und bilden somit den Vertragsinhalt. Die Beklagte bedient sich hierzu ihrer ARB, welche in gemeinsame, besondere und weitere Bestimmungen gegliedert sind. Die gemeinsamen Bestimmungen gelten in jedem Fall, die besonderen nur, wenn sie im jeweiligen Versicherungsvertrag vereinbart sind. Die weiteren Bestimmungen sind Auszüge aus den Gesetzen, auf die in den ARB Bezug genommen wird. Die Klauseln 1, 2 und 4 fallen unter die gemeinsamen, die Klausel 3 unter die besonderen Bestimmungen der ARB (Beilage ./A).

Bis zum 01.10.2018 musste die geltende Rechtslage der Richtlinie (EU) 2016/97 (IDD - Insurance Distribution Directive oder Versicherungsvertriebsrichtlinie) entsprechen. Diese regelt die Aufnahme und Ausübung des gesamten Versicherungsvertriebs, insbesondere die Versicherungsvermittlung und legt einen unionsweiten Mindeststandard für den Verbraucherschutz bei Versicherungsverträgen fest.

Die Beklagte betreibt ein bundesweit tätiges und eines der größten Versicherungsunternehmen Österreichs (amtsbekannt). Die Beklagte führt selbst auf der Website www.general.at an, mit einem Marktanteil von mehr als 15 Prozent Österreichs drittgrößte Versicherungsgruppe zu sein (Beilage./D).

Bei der Umsetzung eines Unterlassungsurteils gestaltet sich der Prozess bei der Beklagten folgendermaßen: Die zuständigen MitarbeiterInnen, so insbes. die Konzernrechtsabteilung, der Beklagten setzen sich mit der rechtlichen Beurteilung im Detail auseinander, so ob es damit zu einer Änderung in der Judikatur in der bisherigen Handhabung kommt und wie aus rechtlicher Sicht die mögliche richtige Lösung sein könnte, also wie eine Klausel überarbeitet werden muss. Dies ist den letzten Jahren eine immer herausforderndere Aufgabe geworden,

zumal Klauseln oft schon seit Jahrzehnten bestehen, auch aus einer Zeit, wo sie vom Versicherungsverband definiert wurden. Die Beklagte versucht auch eine möglichst große Rechtssicherheit bei der Überarbeitung zu gewährleisten. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass für ihre Kunden und Versicherungsvermittler nicht ständig in kurzen Abständen zum selben Thema in puncto Produkte und Tarife usw. neue Informationen und Schulungen erforderlich sind. Auch hat die IDD (Insurance Distribution Directive), die in Österreich Ende 2018 eingeführt wurde, zu einer großen Ausdehnung des gesamten Produktentwicklungsprozess ressourcenmäßig geführt, auch betreffend die einzelnen Klauseln. So hat die Konzernrechtsabteilung, die zuerst vier oder fünf Mitarbeiter hatte, jetzt aktuell mehr als 10 Mitarbeiter. Ausdrückliche Vorgabe des Vorstandes ist, dass die Klauseln einfach und verständlich zu formulieren sind, nicht nur im Sinne des KSchG, sondern im Sinne des weltweiten Trends für den Kunden juristische Formulierungen in einer klaren und einfachen Sprache darzustellen. Weiters ist die Compliance-Abteilung mit einzubeziehen. Dies hat insgesamt dazu geführt, dass diese Phase der Prüfung intern jetzt statt ein bis zwei Monate nun durchschnittlich drei bis vier Monate dauert. Im zweiten Schritt nachdem die Klausel neu gestaltet ist, rechtlich sicher ist und für den Kunden verständlich formuliert wurde, wird geprüft, ob die Klausel Relevanz hat für bisherige Tarif- und Produktgestaltungen hat. Dabei ist die IDD-Richtlinie (Insurance Distribution Directive) zu beachten. Vor der Geltung dieser Richtlinie war Aufgabe des jeweiligen Fachbereiches, konkret beim Rechtsschutz, auf Basis von Schadenursachen, Analysen, Statistiken, Erfahrungen von Schadenssachbearbeitern, ergebenden Informationen Überlegungen anzustellen, ob und wenn ja welche Auswirkungen die Neugestaltung der Klausel für die Annahme des Antrages bzw auf die Prämie hat, so etwa ob Änderungen einzelner Klauseln dazu führen, dass die tarifliche Versicherungsprämie durchaus deutlich höher zu kalkulieren ist. Seit Geltung von IDD und Solvency II (Bilanzierungsrichtlinie) ergibt sich die Notwendigkeit, dass auch die Zuständigen aus dem Finanzressort, konkret die Abteilung Versicherungsmathematik einzubeziehen ist, um zu prüfen, ob sich aus finanzrechtlicher Sicht Konsequenzen für den Finanzbereich ergeben oder beachtet werden müssen und falls große finanzielle Auswirkungen bestehen, welche Auswirkungen dadurch auf die Eigenkapitalbildung gegeben sind. Dies ist ein ganz wesentlicher Punkt für die Finanzmärkte (SolvencyII). Dann folgt der Produktentwicklungsprozess, der durch die IDD erstmals auch für den alle Sparten außer

Leben = Nicht-Lebensbereich neu definiert wurde, die POG (Product Oversight Governance). Das ist ein Punkt, der für die FMA das Um und Auf ist, so ist eine Zielmarktanalyse zu machen mit Wunsch- und Bedarfserhebung, die jedenfalls seit der IDD-Geltung zuerst in der Produktentwicklung zu berücksichtigen war und nunmehr im gesamten Antragsprozess. Der Zeitaufwand für diesen zweiten großen Block liegt zwischen zwei und drei Monaten.

Da die Beklagte in einem Konzernverbund eingebunden ist wird hier auch die gesamte Führungsebene Ost, das heißt Österreich und die an Österreich angrenzenden sogenannten Ost-Länder Ungarn, Tschechoslowakei usw befasst, wobei für diese Dinge Prag jetzt das Headoffice ist. Bei Auswirkung auf das Eigenkapital ist auch noch die oberste Mutter in Triest zu befassen. Es gibt auch Klauseln, die nicht diese lange Kette haben, hier aber bei der Vertragsverlängerungsklausel schon. Nach diesen zwei Phasen erfolgt die sogenannte technische Umsetzung. Dabei wird auch überlegt, ob eventuell für den maschinell unterlegten Antragsprozess Neugestaltungen notwendig sind und erfolgten bei der IT die entsprechenden Programmierarbeiten im Verkaufssystem und in den zentralen Verarbeitungssystemen. Das betrifft auch die Gestaltung der Dokumente, wie Antrag, Polizze und das Informationsproduktblatt (IPID). Letztlich ist noch die Schulung der Mitarbeiter und der Vertriebsleute durchzuführen. Das bedeutet Information und Ausbildung von ca. 1.600 Außendienstmitarbeitern/mitarbeiterinnen und ca. 3.000 bis 4.000 selbstständigen Maklern, das sind die nicht angestellten, also die selbstständigen Makler.

Aus der Summe aller dieser Schritte ergibt sich durchschnittlich, unter Berücksichtigung all der zahlreich damit befassenden Abteilungen und auch der notwendigen Rechtssicherheit, unter Einhaltung aller Regulatorien der letzten drei bis fünf Jahre, bei der Beklagten eine Minimumdauer von ca. 9 Monaten, je nach Komplexität auch mehr für die Umsetzung einer neuen Klausel.

Jedenfalls erachtet die Beklagte Klausel 1 und 3 als tarifrelevant, Klausel 2 als eigenkapitalrelevant und Klausel 4 weder noch, sodass für diese der technische Aufwand deutlich kleiner wäre.

Die getroffenen Feststellungen gründen auf folgender Beweiswürdigung:

Soweit sich Feststellungen aus dem Inhalt unbedenklicher Urkunden ergeben, sind diese in Klammer angeführt. Weiters gründet sich der festgestellte Sachverhalt auf die Einvernahme des [REDACTED] im Wesentlichen mit der Gestaltung des Antragsprozesses und der damit erforderlichen Berücksichtigung rechtlicher Aspekte sowie des Produktentwicklungsprozesses und der damit zusammenhängenden Umsetzung der IT-Systeme betraut ist, und daher nachvollziehbar den Ablauf der Überarbeitung der Klauseln schilderte. Die Verwendung der Klauseln wurde zugestanden. Der Zeuge erläuterte detailliert die einzelnen Schritte, die im Zuge der Anpassung der Vertragsbedingungen erforderlich sind, welche Abteilungen dabei involviert sind, die Aufwendungen, die dabei angestrengt werden müssen, sowie die Auswirkungen auf die Kunden, insbesondere aus tarif- und in weiterer Folge prämierelevanter Sicht. Ebenso konnte er schlüssig Auskunft über den ungefähren Zeitaufwand der einzelnen Schritte geben. Der Zeuge stellte die Dinge aus seiner Sicht dar, ohne sie beschönigen zu wollen und gab auch auf die Fragen des Klagevertreters bereitwillig und umfassend Antwort. Seine Angaben – im Zusammenhalt mit den Urkunden – konnten den Feststellungen daher zu Grunde zu legen.

Rechtlich folgt daraus:

Allgemein ist festzuhalten:

Die von der Beklagten verwendeten Allgemeinen Bedingungen für Rechtsschutzversicherungen (ARB) sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die die eine Vertragspartei als Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (7 Ob 15/10x; 7 Ob 89/08a ua) und dienen der Vereinheitlichung und dem vereinfachten Abschluss mehrerer, weitgehend inhaltsgleicher Verträge, wodurch sie den gleichen Kontrollen zu unterziehen sind – da sie die gleiche Funktion haben – wie Allgemeine Geschäftsbedingungen. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (7 Ob 15/10x; 7 Ob 89/08a ua). Die konkrete Bezeichnung ist ebenso wenig beachtlich. Zweck der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (kurz AGB) ist das spezielle Schutzbedürfnis des Vertragspartners.

Die AGBs unterliegen einerseits den Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts und andererseits dem Konsumentenschutz. Die allgemeinen Kontrollmechanismen sind die Geltungskontrolle des § 864a ABGB und die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB. Der Klauselkatalog des § 6 KSchG schützt Verbraucher zusätzlich vor ihnen nachteiligen Vertragsbestimmungen, wie sie von Unternehmen im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern immer wieder verlangt werden.

Während § 879 Abs 3 ABGB nur auf solche Klauseln zur Anwendung kommt, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten regeln, unterliegen alle Klauseln der Geltungskontrolle (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 35 (Stand 1.8.2019, rdb.at)). Dabei geht gemäß der stRsp die Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nach (RS0037089).

§ 864a ABGB hat die Aufgabe, den Vertragspartner des AGB-Verwenders vor nachteiligen Klauseln zu schützen, mit denen er aufgrund der Umstände bei Vertragsabschluss nicht rechnen brauchte, die daher für ihn überraschend sind. Diese werden vom Gesetz als „Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts“ bezeichnet. Damit sind auch solche Regelungen gemeint, die objektiv ungewöhnlich sind, weil sie von anderen Unternehmen der betreffenden Branche nicht verwendet werden. § 864a ABGB erfasst darüber hinaus auch solche Klauseln, die „im konkreten Zusammenhang gerade für diesen Vertragspartner überraschend sein“ mussten, sodass er mit der Unterwerfung der Gegenseite unter diese Klauseln nicht rechnen durfte (RS0014627 [T2], RS0014646; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 39 ff (Stand 1.8.2019, rdb.at)). Nachteilig sind alle Klauseln, die die Rechtsstellung des Kunden (insbesondere im Vergleich zum dispositiven Recht) verschlechtern (*Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 864a Rz 25 (Stand 1.11.2014, rdb.at)).

§ 879 Abs 3 ABGB hingegen schützt ausschließlich vor einer gröblichen Benachteiligung des Vertragspartners (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 276 (Stand 1.8.2019, rdb.at)). Der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen nur Klauseln, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen (Nebenbestimmungen). Der Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass solche Klauseln ohnehin der Kontrolle nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB bzw § 934 ABGB unterworfen sind. Der Begriff „Hauptleistung“ ist eng zu verstehen und erfasst nur die erstmalige, individuelle ziffernmäßige Festlegung der Hauptleistungen. Allgemeine Umschreibungen, welche die Preisberechnung betreffen, sowie

Regelungen, welche eine nachträgliche Veränderung der ursprünglich festgelegten Hauptleistungen ermöglichen, unterliegen uneingeschränkt der Inhaltskontrolle (RS0016908, *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 288 (Stand 1.8.2019, rdb.at)).

Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden.

Im Rahmen einer Verbandsklage hat die Auslegung von AGB-Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und sind sie danach zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). „Kundenfeindlichst“ ist die für den Verbraucher ungünstigste mögliche Auslegung; diese ist auch dann relevant, wenn eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar ist (vgl RS0016590 [T6]).

Zur Zuständigkeit:

Gemäß § 51 Abs 2 Z 10 JN ist das Handelsgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes für Streitigkeiten nach den §§ 28 bis 30 KSchG sachlich zuständig. Die hier beantragten Unterlassungsansprüche wurden im Sinne des § 28 ff KSchG geltend gemacht.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich nach § 75 Abs 1 JN aus dem Umstand, dass die Beklagte ihren Sitz in Wien hat. Das Handelsgericht Wien ist daher sachlich und örtlich zuständig.

Aktivlegitimation

Die klagende Partei ist ein zur Verbandsklage gemäß § 29 KSchG berechtigter Verein.

Passivlegitimation

Die beklagte Partei ist als Aktiengesellschaft eine juristische Person sowie Unternehmerin, betreibt ein Versicherungsunternehmen und hat laut Firmenbuchauszug zu FN 38641 a ihren Sitz in der politischen Gemeinde Wien. Dabei tritt sie in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Sie verwendet Allgemeinen Geschäftsbedingungen funktionsgleiche Allgemeine Bedingungen für

Rechtsschutzversicherungen, die sie den von ihr geschlossenen Rechtsschutzversicherungsverträgen zu Grunde legt, und die unter anderem die im Verfahren strittigen Klauseln enthalten.

Zu Klausel 1 (Artikel 7.1.4. der ARB)

Die Klausel 1 findet sich in Art 7.1.4 ARB 2019:

Artikel 7

Was ist vom Versicherungsschutz ausgeschlossen?

Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen

1.4.

in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit hoheitsrechtlichen Anordnungen, die aufgrund einer Ausnahmesituation an eine Personenmehrheit gerichtet sind.

Der inkriminierte Teil der Klausel 1 lautet:

„Kein Versicherungsschutz besteht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen

[...]

• in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit hoheitsrechtlichen Anordnungen, die aufgrund einer Ausnahmesituation an eine Personenmehrheit gerichtet sind;“

Die **Klägerin** brachte dazu zusammengefasst vor:

Die Klausel ziehe keine Schranke ein, da sie nicht konkretisiere, wann ein Sachverhalt in einem mittelbaren Zusammenhang mit einer hoheitsrechtlichen Anordnung in einer Ausnahmesituation stehe. Der Schutzzweck des Risikoausschlusses, unüberschaubare und unkalkulierbare Teilrisiken auszunehmen, sei dadurch überspannt und widerspreche es diesem, wenn der Ausschluss auf jeglichen noch so inadäquaten, mittelbaren Zusammenhang mit einer hoheitsrechtlichen Anordnung ausgedehnt werde. Bei kundenfeindlichster Auslegung bestehe sohin die Gefahr von Zweckablehnungen durch uferlose Ausdehnung des Mittelbarkeitskriteriums, weswegen die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Klausel sei zudem zu unpräzise, da sie zum einen den Begriff der hoheitsrechtlichen Anordnung nicht näher definiere und somit insbesondere unklar sei, welche Qualität eine derartige Anordnung aufzuweisen habe und ob sie von einem österreichischen Organ der Gesetzgebung oder Verwaltung getroffen werden müsse. Zum anderen sei der Begriff der Ausnahmesituation zu unbestimmt, da dieser weder eine Legaldefinition noch eine nach allgemeinem Sprachgebrauch einheitliche Bedeutung aufweise und sohin bei kundenfeindlichster Auslegung jede vom Normalzustand abweichende Situation erfasst sei. Weiters sei das Tatbestandsmerkmal der Personenmehrheit bei kundenfeindlichster Auslegung bereits durch einen sehr eingeschränkten Personenkreis erfüllt. Das reine Abstellen auf die Kausalität ohne jegliche Berücksichtigung einer Adäquanz des Zusammenhangs zwischen hoheitlicher Anordnung und dem Versicherungsfall führe dazu, dass der Umfang des Risikoausschlusses gänzlich unklar bleibe. Aufgrund dieser Definitionsdefizite sei die Klausel auch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Auch wenn einzelne Begriffe ausreichend bestimmt sein sollten, handle es sich um eine Regelungseinheit, weshalb im Verbandsprozess eine geltungserhaltende Reduktion nicht zulässig sei.

Die Beklagte bestritt und brachte zusammengefasst vor:

Bei der Beurteilung, ob eine Bestimmung eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners bewirke, müsse man sich am dispositiven Recht als dem Leitbild eines gerechten Interessenausgleiches orientieren. Einerseits bestehe keine einschlägige dispositive Regelung und zum anderen bezwecke der Ausschluss, keine Deckung für besonders schwer kalkulierbare, weil unübersehbare Risiken zu gewähren, die sich in der Folge eines außergewöhnlichen Ereignisses verwirklichen würden, das überdies behördliche Maßnahmen gegen eine größere Anzahl von Personen erfordere. Sämtliche dieser Voraussetzungen müssten kumulativ vorliegen, um einen Ausschluss des Versicherungsfalles zu bewirken. Es sei gerade nicht so, dass selbst bei kundenfeindlichster Auslegung jeder Zusammenhang mit einer hoheitsrechtlichen Anordnung genüge, um den Versicherungsschutz entfallen zu lassen, sondern müsse ein zumindest mittelbarer Zusammenhang zwischen hoheitsrechtlicher Anordnung und Ausnahmesituation bestehen. Es bestehe weder eine gesetzliche Vorgabe noch entspreche es dem We-

sen eines Rechtsschutzversicherungsvertrages, jede erdenkliche Auseinandersetzung unter Versicherungsschutz zu stellen.

Das Transparenzgebot erfordere keine jeden auch nur theoretischen Ausnahmefall explizit erfassende Formulierung. Eine Differenzierung zwischen Akten der Gesetzgebung und jenen der Vollziehung unternehme der durchschnittliche Verbraucher nicht und würde die Aufnahme einer solchen in die Vertragsbedingungen Begrifflichkeiten umfassen, deren Kenntnis vom Verbraucher nicht erwartet werden könne. Aufgrund der bisher ergangenen COVID-19-Maßnahmen wisse dieser vielmehr, ob eine hoheitsrechtliche Anordnung nun mit oder ohne Ausnahmesituation ergangen sei. Es sei sohin nicht der Willkür der Beklagten überlassen, den Umfang des Risikoausschlusses zu bestimmen.

In rechtlicher Hinsicht ist zu erwägen:

Zur gröblichen Benachteiligung:

Nur der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB nach der Rsp des versicherungsrechtlichen Fachsenats nicht nur dann vorliegt, wenn der Versicherungszweck geradezu vereitelt oder ausgehöhlt wird, sondern bereits dann, wenn die zu prüfende Klausel eine wesentliche Einschränkung gegenüber dem Standard bringt, den der Versicherungsnehmer von einer Versicherung dieser Art erwarten kann (vgl RS0128209 [T2]). Davon ausgehend erklärte der OGH etwa jüngst zu 7 Ob 113/19x den unbedingten Ausschluss des Versicherungsschutzes für Herzinfarkt und Schlaganfall als Unfallfolge für unzulässig, weil dieser über das legitime Interesse des Versicherers hinausschieße und deutlich von den Erwartungen des Versicherungsnehmers abweiche.

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Prüfung von Klauseln nach stRsp im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (vgl RS0016590). Dies bedeutet aber, dass damit nicht nur eine Haftung für außergewöhnliche „Kumulrisiken“ ausgeschlossen wird, sondern schon kein Versicherungsschutz für Rechtstreitigkeiten besteht, die in einem wie auch immer gearteten „Zusammenhang“ mit jeglicher Form von „hoheitlichen Maßnahmen“ stehen, die in einer bloß vom „Normfall“ abweichenden Situation erlassen werden und von der mehrere betroffen sind.

Dieser überaus weite Ausschluss weicht aber von den berechtigten Erwartungen des Versicherungsnehmers ab, der Rechtsschutz benötigt und vielleicht nicht im Katastrophenfall,

aber einerseits sehr wohl und gerade in einer bloß vom Normfall abweichenden Situation und bei einer bloß einige betreffenden Anordnung mit einer Deckung rechnet, und andererseits auch in einer „Ausnahmesituation“ eine konkrete Verknüpfung zwischen Rechtsstreit und Maßnahme vor Augen haben wird (OLG Wien 5 R 13/21z).

Eine sachliche Rechtfertigung für einen derart unbestimmten Ausschluss ist nicht erkennbar. Die Beklagte geht bei ihrer Argumentation zur Nichtversicherbarkeit von Fällen, die in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit hoheitsrechtlichen Anordnungen stehen, von einer zu engen, nicht den Grundsätzen des Verbandsverfahren entsprechenden Auslegung aus. Es ist nicht ersichtlich, welche Zusammenhänge übrig bleiben, wenn sowohl unmittelbare als auch mittelbare ausgeschlossen sind.

Zur Intransparenz:

Der OGH hielt in jüngerer Zeit etwa zu 10 Ob 60/17x fest, dass nach § 6 Abs 3 KSchG eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam ist, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung übernahm der österreichische Gesetzgeber das in Art 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen enthaltene Transparenzgebot in die österreichische Rechtsordnung (RIS-Justiz RS0037107). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115219 [T9]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0037107 [T6]). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit, wenn die Auswirkung einer Klausel ansonsten unklar bliebe (RS0115217 [T12]). Die AGB müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RS0115217 [T14]).

Der Klägerin ist beizupflichten, dass die Begriffe „mittelbarer oder unmittelbarer Zusammenhang“, „hoheitsrechtliche Anordnungen“, „Ausnahmesituation“ und „Personenmehrheit“ sowohl für sich als auch im Gesamtzusammenhang unbestimmt sind und die Klausel insgesamt nicht den Anforderungen des Transparenzgebots genügt. Zwar wird ein durchschnittlicher, auch nicht rechtskundiger Verbraucher und Versicherungsnehmer ein Verständnis für den „Begriffskern“ haben, allerdings bleibt unklar, ob und welche darüber hinausgehenden Konstellationen vom Ausschluss umfasst sein sollen.

So ist eindeutig, dass eine direkte Betroffenheit und ein Kausal- und Adäquanzzusammenhang im Rechtssinne keine Voraussetzungen für den Ausschluss sind; umgekehrt werden aber auch nicht einfach alle rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer hoheitlichen Anordnung ausgeschlossen; was genau eine „Wahrnehmung rechtlicher Interessen [...] in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit hoheitsrechtlichen Anordnungen“ ist, und ob es einen Unterschied macht, gegen wen Ansprüche verfolgt oder abgewehrt werden sollen (etwa die „anordnende Hoheit“ oder Dritte), bleibt offen.

„Hoheitsrechtliche Anordnungen“ [„die aufgrund einer Ausnahmesituation an eine Personenmehrheit gerichtet sind“] haben, wie bereits die Klägerin umfassend darlegte, weder im allgemeinen noch im juristischen Sprachgebrauch einen definierten Bedeutungsinhalt, sondern einen weiten Begriffshof. Der von der Beklagten zitierte Anmerkung Kronthalers (ÖJZ 2021, 847f), es läge nahe, dass es sich bei der „hoheitsrechtlichen Anordnung [...] an eine Personenmehrheit“ um einen generellen Rechtsakt handeln müsse, kann nichts abgewonnen werden, weil aus dem Wortlaut eben nicht geschlossen werden kann, dass eine unbestimmte Personenmehrheit Adressat der Anordnung sein muss, da in dem Passus gerade nicht die Wortfolge „unbestimmte Personenmehrheit“ angeführt ist und es sich somit um eine Auslegungsvariante handelt, die nicht in dem im Verbandsverfahren erforderlichen kundenfeindlichsten Sinn erfolgte. Ist Auslöser der zu deckenden Rechtsstreitigkeit nicht ein österreichisches Bundesgesetz, sondern etwa ein allgemeiner oder individueller Akt der Gerichtsbarkeit, Verwaltung oder Vollziehung, eine Vorschreibung der Finanz, unverbindliche, aber von der Regierung, den Sozialpartnern oder einem Fachverband verlautbarte „Standards“, eine Reisewarnung des Außenministeriums, oder auch allgemeine oder individuelle Reise- und Frachtbeschränkungen eines anderen Staates, kann der Versicherungsnehmer aufgrund der Formulierung der Klausel seinen Versicherungsschutz

nicht zweifelsfrei beurteilen und wird somit über seine Ansprüche im Unklaren gelassen und uU von deren Durchsetzung abgehalten. Diese Unklarheit wird nicht dadurch beseitigt, dass es sich um eine „Anordnung“ handelt, die an eine nicht näher spezifizierte „Personenmehrheit“ „gerichtet“ sein muss. Insbesondere bleibt offen, ob von dieser Anordnung mehrere Personen konkret (bis hin zu einer namentlichen Nennung) oder abstrakt (Geltung für die Allgemeinheit, eine Branche oder bloß einen räumlichen Bereich) und in welcher Form betroffen sein müssen, und ob darunter etwa auch Individualakte fallen, die jedoch gleichlautend in großer Zahl erlassen werden.

Nichts anderes gilt für den Terminus „Ausnahmesituation“, nicht zuletzt, weil es an jeglicher Definition der „Regelsituation“ und der erforderlichen qualitativen und/oder quantitativen Abweichungen fehlt.

Die zur gröblichen Benachteiligung ausgeführten Überlegungen zur „Ausnahmesituation“ zeigen auch, wie weit die Auslegung gehen kann und wie unbestimmt der Begriff über seinen eigentlichen Kern hinaus ist.

Im Ergebnis ist daher die Klausel insgesamt wegen Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG zu verbieten, weil dem Verbraucher damit ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt und er dadurch uU von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Zwar ist richtig, dass die Anforderungen an das Transparenzgebot nicht überspannt werden dürfen (vgl 4 Ob 113/18y), von der Beklagten ist aber sehr wohl zu verlangen, dass sie die Wechselwirkung zwischen der primären Risikoumgrenzung und den Risikoausschlüssen nachvollziehbar regelt.

Zu Klausel 2 (Artikel 15.1.3. der ARB):

Die Klausel 2 findet sich in den Art 15 ARB 2019:

Artikel 15

Unter welchen Voraussetzungen verlängert sich der Versicherungsvertrag oder endet er vorzeitig?

1. Versicherungsperiode, Vertragsdauer und Vertragsverlängerung

Als Versicherungsperiode gilt, wenn der Versicherungsvertrag nicht für eine kürzere Zeit

abgeschlossen wurde, der Zeitraum eines Jahres. Dieser Zeitraum beginnt mit dem in der Polizze vereinbarten Versicherungsbeginn und wird Versicherungsjahr genannt.

Beträgt die Vertragsdauer weniger als Jahr, endet der Versicherungsvertrag ohne Kündigung.

Beträgt die vereinbarte Vertragsdauer mindestens ein Jahr, dann verlängert sich der Versicherungsvertrag automatisch auf unbestimmte Zeit, wenn der Versicherungsvertrag nicht spätestens einen Monat vor dem Ende der vereinbarten Vertragsdauer von einem Vertragspartner gekündigt wird.

Die Kündigung wird erst mit Zugang beim anderen Vertragspartner wirksam und ist rechtzeitig, wenn sie spätestens einen Monat vor Ablauf des Versicherungsvertrages beim anderen Vertragspartner einlangt. Langt die Kündigung rechtzeitig ein, endet der Versicherungsvertrag mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer.

Erfolgt jedoch keine Kündigung, können in der Folge beide Vertragspartner den sodann auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Versicherungsvertrag jeweils zum Ablauf eines Versicherungsjahres unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist kündigen.

Bei Versicherungsverträgen, deren Abschluss nicht zum Betrieb eines Unternehmens des Versicherungsnehmers gehören (Verbraucherverträgen), gilt zudem Folgendes.

1.1

Der Versicherer verpflichtet sich, den Versicherungsnehmer frühestens 5 Monate und spätestens 3 Monate vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer darüber zu informieren, dass der Versicherungsvertrag zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer gekündigt werden kann.

Weiters verpflichtet sich der Versicherer, den Versicherungsnehmer über die mit der Kündigungsmöglichkeit verbundenen Rechtsfolgen (siehe unten Punkt 1.2 und 1.3) zu informieren.

1.2

Der Versicherungsnehmer hat ab Zugang dieser Verständigung (siehe den vorstehenden Punkt 1.1), aber auch schon davor die Möglichkeit, den Versicherungsvertrag zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer zu kündigen. Diese Kündigungserklärung ist nur dann wirksam, wenn sie spätestens einen Monat vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer beim Versicherer einlangt.

1.3

Wenn die Kündigung nicht spätestens einen Monat vor Ablauf der Vertragsdauer beim Versicherer einlangt, verlängert sich der Versicherungsvertrag auf unbestimmte Zeit. Der sodann auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Versicherungsvertrag kann von beiden Vertragspartnern unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat jeweils zum Ablauf eines Versicherungsjahres gekündigt werden.

Der inkriminierte Teil der Klausel 2 lautet:

„Wenn die Kündigung nicht spätestens ein Monat vor Ablauf der Vertragsdauer beim Versicherer einlangt, verlängert sich der Versicherungsvertrag auf unbestimmte Zeit.“

Die **Klägerin** brachte dazu im wesentlichen vor:

Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG seien für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, er wird zu Beginn der hierfür vorgesehen Frist gesondert auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen. Diese Bestimmung komme insbesondere auch bei Verlängerung von Vertragsverhältnissen in Betracht. Es sei daher eine entsprechende Hinweispflicht in die Klausel aufzunehmen. Der Artikel 15 der ARB beinhalte lediglich die Verpflichtung des Versicherers, den Versicherungsnehmer frühestens fünf und spätestens drei Monate vor Vertragsende darüber zu informieren, dass die Vertragsdauer auf unbestimmte Zeit verlängert werde, wenn die Kündigung nicht spätestens ein Monat vor Vertragsende beim Versicherer einlange. Es werde sohin nicht auf die Bedeutung von bloßem Schweigen hingewiesen.

Die Nichtaufnahme der korrekten Hinweispflicht widerspreche zudem dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil der Verbraucher ohne derselben von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werde, da er glauben könne, er habe den Kündigungszeitpunkt versäumt.

Die **Beklagte bestritt** und brachte im wesentlichen vor:

All das, was die Klägerin kritisiere, sei in Artikel 15 der ARB nachzulesen und sei diese Klausel gerade so formuliert worden, dass sie der nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geforderten

Hinweispflicht Rechnung trage. Die Kritik stütze sich daher lediglich auf eine unvollständige, aus dem Zusammenhang genommenen Zitierung.

In rechtlicher Hinsicht ist zu erwägen:

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Unternehmer weist den Verbraucher fristgerecht auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hin und hat dem Verbraucher zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist eingeräumt. Abs 1 Z 2 befasst sich mit vertraglichen Erklärungsfiktionen der verschiedensten Art [...] (Krejci in Rummel ABGB3 § 6 KSchG, Rz 34; rdb.at).

Nicht um bestimmte Formen vertragsrelevanter Erklärungen geht es, sondern um die Verknüpfung eines Verhaltens, welchem an sich kein Erklärungswert zukommt oder bei dem es zumindest zweifelhaft ist, ob ihm ein Erklärungswert beigemessen werden kann oder nicht, mit der Annahme, es liege eine bestimmte Erklärung vor. Anknüpfungspunkt ist in der Regel das Schweigen des Verbrauchers in einer bestimmten Situation; Hauptanlassfall ist das automatische Verlängern ablaufender Abonnements, 744 BlgNR 14. GP 23. Es sind jedoch auch zahlreiche andere Verhaltensweisen Anlass für vertragliche Erklärungsfiktionen, so zum Beispiel die Annahme einer Ware; die Ingebrauchnahme einer Sache; das Behalten einer Ware; die Entgegennahme einer Zahlung; die Nichtausübung eines Rechts; das Nichterheben von bestimmten Einwendungen; das Setzen einer bestimmten Handlung (Krejci in Rummel ABGB3 § 6 KSchG, Rz 36; rdb.at).

Wie im deutschen Recht ist [...] bei Abs 1 Z 2 davon auszugehen, dass nur solche Erklärungsfiktionsvereinbarungen gültig sind, bei denen sich der Unternehmer zugleich verpflichtet, den Verbraucher rechtzeitig auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen und ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einzuräumen. Dabei muss konkret gesagt werden, wann auf die Bedeutung des Verhaltens hinzuweisen ist und welche Frist für die ausdrückliche Erklärung eingeräumt wird (Krejci in Rummel ABGB3 § 6 KSchG, Rz 44; rdb.at).

Verständlicher ist das deutsche Vorbild: § 10 Nr 5 dABGB (vgl nunmehr § 308 Nr 5 BGB). Dort heißt es im Anschluss an die allgemeine Aussage, dass Erklärungsfiktionen unwirksam seien: „es sei denn, dass a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer

ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und b) der Verwender“ (von AGB; bei uns: der Unternehmer) „sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen“. Es kommt also allein auf die angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung an. Da sich weder aus 744 BlgNR 14. GP 22 f noch aus sonstigen Gründen ergibt, dass Abs 1 Z 2 in anderem Sinne als das deutsche Vorbild zu verstehen ist, darf auch hier davon ausgegangen werden, dass für die Hinweispflicht der Beginn der angemessenen Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung entscheidend ist (Krejci in Rummel ABGB3 § 6 KSchG, Rz 51; rdb.at).

Die inkriminierte Klausel beinhaltet zwar die Pflicht der Beklagten, den Versicherungsnehmer darauf hinzuweisen, dass der Versicherungsvertrag zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer gekündigt werden kann. Dieser Hinweis muss laut ARB frühestens fünf und spätestens drei Monate vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer erfolgen. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass vom Versicherungsnehmer aktiv gekündigt werden kann. Der Klausel ist jedoch nicht zu entnehmen, dass die gesonderte Hinweispflicht auch die vom Gesetz geforderte Erklärung umfasst, welche Folgen ein „Nicht-Tätigwerden“, also ein Schweigen des Versicherungsnehmers hat.

Zum anderen ist der zur Erfüllung der Hinweispflicht von der Beklagten für sich selbst eingeräumte Zeitrahmen von „frühestens fünf Monate und spätestens drei Monate vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer“ bei einem für zwölf Monate abgeschlossenen Vertrag zu weit gefasst. Legt man zugrunde, dass das Kündigungsschreiben spätestens ein Monat vor vereinbartem Vertragsende bei der Beklagten einlangen muss, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Erinnerung bzw. der Hinweis vier Monate vor diesem Zeitpunkt (also kurz nach der Hälfte der vereinbarten Vertragsdauer) unmittelbar vor dem Beginn der für die Kündigung einzuhaltenden Frist erfolgt ist (Erl der Regierungsvorlage zu § 6 Abs 1 Z 2 KSchG).

(https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XIV/I/I_00744/imfname_315902.pdf S22-23)

Zu Klausel 3 (Artikel 19.2.2.2. der ARB)

Die Klausel 3 findet sich nur im Rechtsschutzbaustein des Strafrechtsschutzes, Art 19 ARB 2019 :

Artikel 19.2.2 Straf-Rechtsschutz

für die Verteidigung in Strafverfahren vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden

2.2.1 wegen fahrlässiger strafbarer Handlungen oder Unterlassungen

2.2.2 bei Handlungen oder Unterlassungen, die nur vorsätzlich begangen werden können, besteht rückwirkend Versicherungsschutz, wenn

- ein rechtskräftiger Freispruch von allen Vorsatzdelikten erfolgt, oder
- wegen des gleichen Vorfalles eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes erfolgt.

Unabhängig vom Verfahrensausgang besteht kein Versicherungsschutz, wenn der Versicherte bereits mindestens einmal rechtskräftig wegen eines einschlägigen Vorsatzdeliktes verurteilt wurde.

Der inkriminierte Teil der Klausel 3 lautet:

„Unabhängig vom Verfahrensausgang besteht kein Versicherungsschutz, wenn der Versicherte bereits mindestens einmal rechtskräftig wegen eines einschlägigen Vorsatzdeliktes verurteilt wurde.“

Die Klägerin brachte dazu im wesentlichen vor:

Die Klausel konterkariere den Schutzzweck der Täterrehabilitierung sowohl des Tilgungsgesetzes als auch des § 113 StGB, da sie den Straf-Rechtsschutz ausschließe, wenn der Versicherungsnehmer schon einmal wegen eines einschlägigen Vorsatzdeliktes verurteilt worden sei, selbst wenn die Strafe bereits getilgt sei. Durch den Vorwurf einer bereits getilgten Strafe benachteilige die Klausel den Versicherungsnehmer in sachlich nicht gerechtfertigter Weise und diskriminiere ihn im Vergleich zu anderen Versicherungsnehmern. Sie sei daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Hinzu komme, dass der Rechtsschutz auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Versicherungsnehmer zwar wegen eines einschlägigen Vorsatzdeliktes bereits einmal verurteilt worden sei, beim nunmehrigen Verfahren jedoch wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes verurteilt oder gar freigesprochen werde. Es sei eine sachlich nicht

gerechtfertigte, gröbliche Benachteiligung des Versicherungsnehmers, da einem Fahrlässigkeitsdelikt weder der gleiche Unrechtsgehalt wie einem Vorsatzdelikt zugrunde liege noch begründe eine bereits erfolgte Verurteilung eines Vorsatzdelikts eine zwingende Vorbelastung für die Begehung eines Fahrlässigkeitsdeliktes. Umso mehr müsse dies für einen rechtskräftigen Freispruch gelten.

Darüber hinaus sei die Klausel überraschend und nachteilig nach § 864a ABGB, da ein Versicherungsnehmer nicht damit rechnen müsse, dass ihm zwar gesetzlich kein Nachteil aus einer getilgten Strafe entstehe, die Deckung seines Versicherungsschutzes deshalb jedoch eingeschränkt sei und er seine Verfahrenskosten selbst zu tragen habe.

Ebenso sei nicht klar, was unter „einschlägige Vorsatztat“ zu verstehen sei. Bei kundenfeindlichster Auslegung führe sogar eine verwaltungsbehördliche Vorverurteilung zu einem Ausschluss des Versicherungsschutzes, weshalb die Klausel intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei.

Die **Beklagte bestritt** und brachte im wesentlichen vor:

Der Versicherungsnehmer dürfe beim Strafrechtsschutz nicht erwarten, dass jegliche wie immer geartete rechtliche Auseinandersetzungen vom Rechtsschutz gedeckt seien. Es sei unbedenklich, dass für vorsätzliches strafbares Verhalten keine Deckung gewährt werde, da ansonsten die Folgen desselben abgemildert würden. Aufgrund der durch eine erfolgte rechtskräftige Verurteilung wegen eines einschlägigen Vorsatzdeliktes indizierte Wiederholungsfahrgefahr bestehe ein erhöhtes Risiko. Der Versicherungsnehmer dürfe daher nicht erwarten, dass sein aufgrund seines vorangegangenen Verhaltens erhöhte Risiko gedeckt werde. Schon die Leitbilder der §§ 61 und 152 VersVG schlossen sowohl bei Schadensversicherungen generell als auch bei Haftpflichtversicherungen speziell das vorsätzliche Herbeiführen des Versicherungsfalles von Gesetzes wegen aus, weshalb die Klausel nicht gröblich benachteiligend sei.

Die Klausel sei außerdem nicht intransparent, da der durchschnittliche Versicherungsnehmer wisse, was eine einschlägige Vorsatztat sei. Er müsse lediglich den Vorwurf des Verfahrens, für das Deckung angestrebt werde, mit der einschlägigen Vorverurteilung vergleichen, um eine Identität festzustellen.

In beiden Fällen gehe es nicht darum, ein bestimmtes Verhalten des Versicherungsnehmers zu kritisieren respektive zu ahnden, sondern vielmehr darum, bestimmte erhöhte Risiken vom Versicherungsschutz auszuschließen. Die Berechtigung dazu ließe sich bereits aus der von den §§ 27 Abs 1 iVm 23 Abs 2 VersVG abgeleiteten Wertung schließen, denen zufolge ein Versicherer berechtigt ist, bei nachträglicher, vom Willen des Versicherungsnehmers unabhängiger Erhöhung der Gefahr, den Versicherungsvertrag unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zu kündigen.

In rechtlicher Hinsicht ist zu erwägen:

Zur gröblichen Benachteiligung:

§ 1 Abs 4 TilgG besagt, dass der Verurteilte fortan als gerichtlich unbescholten gilt, wenn eine Verurteilung getilgt ist, soweit dem nicht eine andere noch ungetilgte Verurteilung entgegensteht. Er ist nicht verpflichtet, die getilgte Verurteilung anzugeben.

Gilt der Verurteilte fortan als „gerichtlich unbescholten“, so bedeutet dies, dass die Tat und die Verurteilung dem Verurteilten im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht mehr zum Nachteil eines Verurteilten verwendet werden dürfen. Mit der Tilgung erlangt der Verurteilte die Stellung eines gerichtlich Unbescholtenen. Der Verurteilte ist daher künftig rechtlich so zu behandeln, als wäre die getilgte Verurteilung nie erfolgt und er immer unbescholten gewesen. Aus getilgten Verurteilungen dürfen keine dem Täter nachteiligen Konsequenzen mehr abgeleitet werden (14 Os 3/97, EvBl 1997/69, 348). Das Strafregisteramt darf daher keine Auskunft über getilgte Verurteilungen geben (vgl Abs 5). Der Verurteilte ist auch nicht mehr verpflichtet, die getilgte Verurteilung anzugeben (Kert in Fuchs/Ratz, WK StPO § 1 TilgG, Rz 27; rdb.at).

Eine getilgte Verurteilung kann niemals die Rückfallsvoraussetzungen nach § 39 StGB begründen (vgl Flora in WK2 StGB § 39 Rz 11, die in den Rückfallsfolgen jedoch eine nachteilige Folge sieht). Eine Tilgung hindert daher auch die Annahme der Qualifikation nach § 198 Abs 2 StGB, da das Beweisthemenverbot des § 1 Abs 4 TilgG entgegensteht. Dieses stellt ein prozessuales Hindernis für die tatsächliche Feststellung der Rückfallsvoraussetzungen (§ 39 StGB) dar (EvBl 1997/69) (Kert in Fuchs/Ratz, WK StPO § 1 TilgG, Rz 32; rdb.at).

Daraus folgt, dass dem Versicherungsnehmer getilgte Verurteilungen vom Versicherer nicht entgegengehalten werden dürfen, wenn ersterer selbst vor Gerichten und Verwaltungsbehörden als unbescholten gilt, ihm insbesondere keine Rückfallsvoraussetzungen angelastet werden können und er so zu behandeln ist, als wäre nie eine Verurteilung erfolgt. Eine Berücksichtigung getilgter Verurteilungen ist sohin gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Zur Intransparenz:

Die Vortaten und die Anlasstat müssen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen. Nach der Legaldefinition des § 71 StGB beruhen mit Strafe bedrohte Handlungen auf der gleichen schädlichen Neigung, wenn sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet oder auf gleichartige verwerfliche Beweggründe oder auf den gleichen Charaktermangel zurückzuführen sind. Jedes dieser Kriterien begründet für sich alleine die gleiche schädliche Neigung (Jerabek/Ropper in WK2 StGB § 71 Rz 1) (Flora in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 39, Rz 20; rdb.at).

Die erste Alternative des § 71 hebt sich vom kriminologischen Begriff der schädlichen Neigung ab. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Taten, die sich gegen dasselbe Rechtsgut richten, immer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen (EBRV 1971, 184; so auch Moos, ÖJZ 1980, 152). Dabei sei eine rein formale Betrachtung der strafbaren Handlungen nach ihrer systematischen Darstellung im StGB anzustellen (Marschall/Vlcek, ÖJZ 1974, 427). Nach der hM kommt es hingegen bei strafbaren Handlungen mit mehreren geschützten Rechtsgütern nicht auf deren Einordnung in das StGB an. Es wird geprüft, ob es sich kriminologisch gesehen um ein gleichartiges Verhalten des Täters handelt (RIS-Justiz RS0092151; Jerabek/Ropper in WK2 StGB § 71 Rz 2, Rainer, SbgK § 71 Rz 6). Doch diese wohl als Einschränkung gedachte Auslegung führt zu einer abzulehnenden Ausweitung des Anwendungsbereiches der 1. Alternative des § 71, da von den meisten strafbaren Handlungen immer mehrere Rechtsgüter (mit-)geschützt werden und die vom OGH geforderten Kriterien völlig unklar bleiben (Flora in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 39, Rz 21; rdb.at).

Welcher Art der Beweggrund oder Charaktermangel sein müsse, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Beweggründe müssen unabhängig davon, dass sie zu einer strafbaren Handlung geführt haben, unwertbedeutend sein (EBRV 1971, 183). Nach der Rsp müssen

Charaktereigenschaften oder Motivationen solcherart sein, dass in ihnen eine ausgeprägte asoziale Gesinnung zum Ausdruck kommt, die in Einzeltaten sichtbar wird (Jerabek/Ropper in WK2 StGB § 71 Rz 5). Das sollen zB hemmungsloses Gewinnstreben, Aggressionslust oder Grausamkeit sein, ebenso die Neigung zur Begehung von Vermögensstraftaten oder Sexualstraftaten (Rainer, SbgK § 71 Rz 8 f).

Nach der Rsp beruht die Gewaltbereitschaft gegen Sachen im Regelfall auf der gleichen Motivation wie Gewalttätigkeiten gegen Personen (Mayerhofer, OLG Innsbruck 7 Bs 330/90 zit nach Rainer, SbgK § 71 Rz 11; aM noch Mayerhofer, StGB6 § 71 Nr 3). Der OGH sieht im Verfälschen von Tachoscheiben durch einen LKW-Lenker (§ 293) und betrügerischen Handlungen (Betrug mit ungedeckten Schecks und die Herauslockung eines Wohnmobils), die gleiche schädliche Neigung, nämlich den Hang zur Täuschung Dritter (Mayerhofer, StGB6 § 71 E 8a, RIS-Justiz RS0112557: EvBl 2010/101, 677: Betrügerische Krida [§ 156], Abgabenhinterziehung [§ 33 FinStrG] und Beweismittelfälschung [§ 293]; 14 Os 3/18z: Betrug [§ 146] und § 298). In einem anderen Fall stellt das Gericht auf den Zweck der Taten, die Gewinnsucht, ab (Betrug und Zuhälterei bzw Menschenhandel: Mayerhofer, StGB6 § 71 E 8; gewerbsmäßiger Einbruchsdiebstahl und gewerbsmäßiger Suchtgifverkauf: 12 Os 159/15x). Nach SSt 2004/4 sind auch schwere Erpressung (§§ 144, 145) und Beweismittelfälschung (§ 293: Fälschung einer Quittung zur Verwendung im finanzstrafbehördlichen Verfahren) auf den gleichartigen verwerflichen Beweggrund zurückzuführen, nämlich sich unrechtmäßige finanzielle Vorteile in großem Ausmaß zu verschaffen.

Die Beispiele verdeutlichen, dass der Rsp für die Annahme eines verwerflichen Beweggrundes oder Charaktermangels oft die Gleichartigkeit eines Tatbestandsmerkmals oder das gleichartige Tatmittel ausreicht. Damit besteht die Gefahr einer Strafausweitung durch eine extensive Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe (vgl Ebner in WK2 StGB § 33 Rz 7). Der Nachweis eines inneren Motivationszusammenhangs ist bei Verletzung verschiedener Rechtsgüter kaum zu erbringen. Vorstellbar ist ein verwerflicher Beweggrund bei verschiedenartigen Tatbeständen nur in Ausnahmefällen, etwa wenn mehrere Straftaten aus Rache gegen dieselbe Person begangen werden (Fabrizy, StGB13 § 71 Rz 4) (Flora in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 39, Rz 25-26; rdb.at).

Die Berücksichtigung einer fahrlässig begangenen Straftat für die Beurteilung eines verwerflichen Beweggrundes oder Charaktermangels wird jedoch dem Wesen des § 71 nicht gerecht. Bei der Strafbarkeit von Fahrlässigkeits- und Vorsatztaten wird unterschieden, ob sich der Täter subjektiv mit dem Eintritt des verpönten Erfolges abgefunden hat oder nicht. Die inneren Beweggründe eines Fahrlässigkeitstäters, der sich mit einer Rechtsgutsverletzung nicht abfindet, sind daher gerade nicht mit denen eines Vorsatztäters gleichzusetzen und können daher keine gleiche schädliche Neigung begründen (Flora in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 39, Rz 27; rdb.at).

Die von der Beklagten vorgebrachte erforderliche Identität von Vorverurteilung und Anlasstat ist somit zwar hinreichende, jedoch nicht notwendige Voraussetzung für die Einschlägigkeit. Bei einer Vorstrafe ist sohin selbst für juristisch bewanderte Personen nicht immer abschließend feststellbar, ob diese einschlägig ist. Dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer darf daher nicht unterstellt werden, er könne zweifelsfrei feststellen, ob eine bereits ergangene Verurteilung hinsichtlich des Versicherungsfalles, für den um Deckung angesucht wird, einschlägig ist, wenn selbst zwischen herrschender Lehre und Rechtsprechung entsprechende Diskrepanzen bestehen. Die Klausel ist daher auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Zu Klausel 4 (Artikel 10.3. der ARB)

Die Klausel 4 findet sich in Art 10.3 ARB 2019:

Artikel 10

Wer wählt den Rechtsvertreter aus, durch wen und wann wird dieser beauftragt und was hat bei Vorliegen einer Interessenkollision zu geschehen?

1.

Der Versicherungsnehmer ist berechtigt, zu seiner Vertretung vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden, eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person (Rechtsanwalt, Notar, etc.) frei zu wählen. Der Versicherer ist verpflichtet, den Versicherungsnehmer auf sein Wahlrecht hinzuweisen, sobald dieser Versicherungsschutz für die Einleitung eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens

verlangt.

2.

Darüber hinaus kann der Versicherungsnehmer zur sonstigen Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen einen Rechtsanwalt frei wählen, wenn beim Versicherer eine Interessenkollision entstanden ist.

Eine Interessenkollision liegt vor,

- wenn der Versicherungsnehmer aufgrund desselben Ereignisses Ansprüche aus verschiedenen Versicherungsverträgen bei demselben Versicherer geltend macht und das Rechtsschutzinteresse des Versicherungsnehmers im Gegensatz zum wirtschaftlichen Interesse des Versicherers in einem anderen Versicherungszweig steht, oder
- wenn in einer Zivilsache ein Gegner auftritt, dem der Versicherer aufgrund eines anderen Versicherungsvertrages für dasselbe Ereignis den Versicherungsschutz bestätigt hat.

Tritt eine Interessenkollision ein, hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer von diesem Sachverhalt unverzüglich Mitteilung zu machen und ihn auf sein Wahlrecht hinzuweisen.

3.

Das Wahlrecht nach Pkt. 1. und 2. bezieht sich nur auf Personen, die ihren Kanzleisitz am Ort des Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde haben, die für das durchzuführende Verfahren in erster Instanz zuständig ist. Wenn am Ort dieses Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde nicht mindestens vier solche Personen ihren Kanzleisitz haben, erstreckt sich das Wahlrecht auf eine im Sprengel des zuständigen Landesgerichtes ansässige vertretungsbefugte Person.

Der inkriminierte Teil der Klausel 4 lautet:

Das Wahlrecht nach Pkt. 1. und 2. bezieht sich nur auf Personen, die ihren Kanzleisitz am Ort des Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde haben, die für das durchzuführende Verfahren in erster Instanz zuständig ist. Wenn am Ort dieses Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde nicht mindestens vier solche Personen ihren Kanzleisitz haben, erstreckt sich das Wahlrecht auf eine im Sprengel des zuständigen Landesgerichtes ansässige vertretungsbefugte Person.

Die Klägerin stellt dazu folgendes Individualbegehren (ON 14):

„Wer wählt den Rechtsvertreter aus, durch wen und wann wird dieser beauftragt und was hat bei Vorliegen einer Interessenkollision zu geschehen?

- 1. Der Versicherungsnehmer ist berechtigt, zu seiner Vertretung vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden, eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person (Rechtsanwalt, Notar, etc.) frei zu wählen. Der Versicherer ist verpflichtet, den Versicherungsnehmer auf sein Wahlrecht hinzuweisen, sobald dieser Versicherungsschutz für die Einleitung eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahren verlangt.*
- 2. Darüber hinaus kann der Versicherungsnehmer zur sonstigen Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen einen Rechtsanwalt frei wählen, wenn beim Versicherer eine Interessenkollision entstanden ist.*

Eine Interessenkollision liegt vor,

- wenn der Versicherungsnehmer aufgrund desselben Ereignisses Ansprüche aus verschiedenen Versicherungsverträgen bei demselben Versicherer geltend macht und das Rechtsschutzinteresse des Versicherungsnehmers im Gegensatz zum wirtschaftlichen Interesse des Versicherers in einem anderen Versicherungszweig steht, oder*
- wenn in einer Zivilsache ein Gegner auftritt, dem der Versicherer aufgrund eines anderen Versicherungsvertrages für dasselbe Ereignis den Versicherungsschutz bestätigt hat.*

Tritt eine Interessenkollision ein, hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer von diesem Sachverhalt unverzüglich Mitteilung zu machen und ihn auf sein Wahlrecht hinzuweisen.

- 3. Das Wahlrecht nach Pkt. 1. und 2. bezieht sich nur auf Personen, die ihren Kanzleisitz am Ort des Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde haben, die für das durchzuführende Verfahren in erster Instanz zuständig ist. Wenn am Ort dieses Gerichtes oder der Verwaltungsbehörde nicht mindestens vier solche Personen ihren Kanzleisitz haben, erstreckt sich das Wahlrecht auf eine im Sprengel des zuständigen Landesgerichtes ansässige vertretungsbefugte Person.“*

Die **Klägerin** brachte dazu im wesentlichen vor:

Die Klausel 4 schränke die Anwaltswahl auf Personen ein, die ihren Kanzleisitz am Ort des Gerichtes oder der Behörde hätten, es sei denn, es gäbe weniger als vier solcher Personen. § 158k Abs 2 VersVG sei aber dahingehend einschränkend auszulegen, dass der Versicherungsnehmer auch einen nicht ortsansässigen Vertreter wählen dürfe, wenn dieser verbindlich erkläre, seine Leistungen wie ein ortsansässiger Vertreter zu verrechnen. Aufgrund dieses Defizits sei die Klausel gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, da sie dem Versicherungsnehmer die wahre Rechtslage verschleierte und ihn von der Verfolgung berechtigter Ansprüche abhalte.

Die **Beklagte bestritt** und brachte im wesentlichen vor:

Die Klausel gebe wörtlich das wieder, was § 158k Abs 2 VersVG in Umsetzung der einschlägigen EU-Rechtsschutzrichtlinie angeordnet habe. Eine gröbliche Benachteiligung liege nicht vor, da es sich bei der Klausel um eine bloße Mitteilung an den Versicherungsnehmer über seine gesetzlichen Rechte handle. Welche Rechte in welchem Umfang der Versicherungsnehmer nach genannter Gesetzesstelle habe, ergebe sich aus einer Interpretation eben dieser. Allein durch die wörtliche Wiedergabe des Gesetzestextes könne nicht einer gesetzlichen Wertung widersprochen werden.

Zudem handle es sich um eine sogenannte deklaratorische Klausel, die nicht dadurch intransparent werde, dass sie den Gesetzesinhalt wortwörtlich wiedergebe. Deklaratorische Klauseln unterlägen keiner Inhaltskontrolle, da durch eine derartige gerichtliche Kontrolle gesetzlicher Regelungen das Prinzip der Gewaltenteilung unterlaufen wäre. Es dürfe bei der Wiedergabe gesetzlicher Regelungen auch vom Klauselverwender keine größere Transparenz gefordert werden als vom Gesetzgeber.

Zudem bestehe das Risiko, dass bei Aufnahme einer bestimmten Interpretation der Gesetzesbestimmung in die Klausel, diese bei Änderung der Rechtsprechung nicht nur unvollständig sondern sogar unrichtig würde.

In rechtlicher Hinsicht ist zu erwägen:

Richtig ist, dass die Klausel der Bestimmung des § 158k Abs 2 VersVG entspricht, wonach im Versicherungsvertrag vereinbart werden kann, dass der Versicherungsnehmer zu seiner

Vertretung in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren nur eine solche Person wählen darf, die ihren Kanzleisitz am Ort des Gerichts – oder der Verwaltungsbehörde – hat, die für das Verfahren in erster Instanz zuständig ist.

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 7 Ob 194/09v zu einer mit der vorliegenden wortgleichen Klausel (Art 10.3 ARB 1995) ausgesprochen, dass die in § 158k Abs 2 VersVG geregelten Gestaltungsmöglichkeiten einer örtlichen Begrenzung des Rechts der Auswahl des Rechtsvertreters nach den Gesetzesmaterialien den Vertragsparteien erhalten bleiben soll, da eine solche Begrenzung kostensparend und sohin auch prämiensenkend wirken kann. Zuzufolge dieser sachlichen Rechtfertigung bestehen gegen deren bloß örtliche Einschränkung unter dem Blickwinkel der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie keine grundsätzlichen Bedenken. Im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH, 10. 9. 2009, Rs C-199/08, betreffend eine Einschränkung des Rechtsschutzversicherten auf freie Anwaltswahl in Gerichts- und Verwaltungsverfahren gebietet sich allerdings eine einschränkende Auslegung dahin, dass ein Versicherungsnehmer auch einen nicht ortsansässigen Rechtsvertreter wählen kann, jedenfalls wenn dieser verbindlich erklärt, seine Leistungen wie ein ortsansässiger Vertreter zu verrechnen, da damit der Sinn und Zweck dieser Klausel (kostensparende und prämiensenkende Wirkung) gewahrt bleibt (RS0125556).

Als Einzelwirkungen des Transparenzgebots werden das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit genannt (RS0115219 [T22]). Auch wenn das Transparenzgebot generell nicht überspannt werden darf (RS0115219 [T56]), ist doch von einer Verletzung auszugehen, wenn eine wesentliche Information weggelassen wird und ihr Fehlen geeignet ist, beim Adressaten eine unrichtige Vorstellung von seinen Rechten zu erwecken und ihn von der Verfolgung berechtigter Ansprüche abzuhalten (8 Ob 24/17p).

Zwar orientiert sich die Klausel am Gesetzestext, jedoch lässt sie die vor dem Hintergrund der genannten Entscheidung des EuGH erforderliche Information weg, dass bei richtlinienkonformer Auslegung unter bestimmten Voraussetzungen auch ein nicht ortsansässiger Rechtsanwalt gewählt werden kann. Sie erweist sich also insoweit als unvollständig und damit als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG (7 Ob 156/20x).

Ausreichend erscheint den 3. Punkt der Klausel für unzulässig zu erklären, zumal gerade bei diesem die erforderliche Information fehlt.

Zur Wiederholungsgefahr

Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch die Wiederholungsgefahr. Selbst wenn einige Klauseln bei Neuverträgen nicht mehr verwendet werden würden, ändert dies nichts am Bestehen der Wiederholungsgefahr, da die Beklagte die Abgabe einer Unterlassungserklärung für die gegenständlichen Klauseln ausdrücklich abgelehnt hat und deren Verwendung zugesteht.

Zur Angemessenheit der Leistungsfrist:

Die Beklagte beantragte ihr eine Umsetzungsfrist von 9 Monaten einzuräumen mit der wesentlichen Begründung, dass der Unterschied zu den vom KV zitierten Fällen darin bestehe, dass es sich hier um tarifrelevante Klauseln handle und daher die Umsetzungsfrist entsprechend länger sein müsse zumal bei der Neugestaltung der Klauseln das gesamte Produkt mitberücksichtigt werden müsste, der gesamte Produktfindungsprozess neu gestaltet und durchlaufen werden müsse.

Die Klägerin führte dazu im wesentlichen aus, eine so lange Leistungsfrist sei weder geboten noch unter Bezugnahme auf das eigene Vorbringen der Beklagten nicht erforderlich. Die Leistungsfrist (für die Verpflichtung zur Unterlassung der Verwendung der Klauseln) variere in der mittlerweile zahlreichen Rechtsprechung meist zwischen zwei bis drei und maximal (!) sechs Monaten, wobei ein wesentlicher Faktor für die Rechtsprechung darin bestehe, ob die unterlegene Beklagte besondere Verfahren zur Einführung neuer AGB (etwa nach dem ZaDiG) einzuhalten oder eine aufsichtsrechtliche Bewilligung dieser neuen Klauseln (etwa nach dem EIWOG bzw. GWG) einzuholen hatte, selbst im Anwendungsbereich des ZaDiG habe der OGH (9 Ob 73/17a) selbst eine Leistungsfrist von „nur“ drei Monaten zugesprochen. Ein Argument für längere Leistungsfristen sei in der bisherigen Rechtsprechung die Anzahl der zu ändernden Klauseln, im vorliegenden Fall geht es um lediglich vier Klauseln, sodass für das Unterlassen der Verwendung eine Leistungsfrist von maximal zwei Monaten ausreichend

und angemessen wäre. Es wäre der Beklagten jedenfalls zumutbar, nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urteils mit entsprechendem Nachdruck die Gesetzeswidrigkeiten in ihren AGB zu beseitigen, um neue Verträge nicht mehr unter Zugrundelegung der rechtswidrigen Rentenwahlrechtsklausel abzuschließen. So habe der OGH in 1 Ob 162/20k zu einem Verbandsverfahren, bei dem letztlich zehn Klauseln übrig blieben, und bei dem die beklagte Partei eine längere Frist als sechs Monate begehrte, ausgesprochen, dass sechs Monate ausreichen. Weiters waren in 1 Ob 162/20k laut OGH die Überlegungen des Erstgerichts zutreffend, dass die Festsetzung einer angemessenen Leistungsfrist nicht so erfolgen muss, dass der Unternehmer keinerlei mit irgendwelchen Kosten verbundenen Schritte zur Vermeidung der künftigen Vereinbarung der unzulässigen Vertragsklauseln setzen müsste, die er sonst nicht gesetzt hätte, so der OGH: „Warum die Beklagte nicht binnen dieser Zeit die Änderungen ihrer Bedingungen und Formulare samt Verständigung bewirken können sollte, ist nicht nachvollziehbar. Es darf auch das Interesse der Kunden daran, dass ihnen gegenüber die zu Recht beanstandeten Klauseln binnen angemessener Zeit nicht mehr verwendet werden, nicht außer Acht bleiben.“ Zudem hat der OGH jüngst in 1 Ob 93/21i ausgeführt, dass einem Unternehmer, der eine unzulässige Klausel Neuverträgen ohnehin nicht (mehr) zugrundelegt, für die Unterlassung der Verwendung dieser Klausel gar keine Leistungsfrist einzuräumen ist. Da der Unternehmer die Vertragsformblätter nicht zu ändern habe, handle es sich um eine Verpflichtung zur reinen Unterlassung, welche keiner gesonderten Leistungsfrist bedürfe. Selbst dem eigenen Vorbringen der beklagten Partei folgend sei es nicht nachvollziehbar, weshalb eine Implementierung der Änderungen der gesetzeswidrigen Klauseln nur innerhalb von neun Monaten möglich sein sollte. Ein Unterlassen der Verwendung der gegenständlichen Klauseln sei der Beklagten in kürzester Zeit möglich: Sie ändere die Klauseln, prüfe diese und spiele sie in ihr IT-System ein. Gegenständlich seien daher sogar zwei Monate eindeutig zu lange. Neben dem geringen Aufwand für die Umstellung sei hier nämlich vor allem das Interesse der Kunden, der Öffentlichkeit und der Mitbewerber, die rechtskonforme Klauseln verwenden, an der Verwendung gesetzmäßiger Klauseln mitzuberücksichtigen. Es sei immer (auch) darauf Bedacht zu nehmen, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrecht erhalten können soll, weshalb eine einzuräumende Leistungsfrist im Zweifel kurz zu bemessen ist (9 Ob 82/17z mwN). Auch bestehe kein Erfordernis einer

Leistungsfrist für das „Sich-Berufen“. Es kann jedenfalls Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandnehmen von einem Sich-darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses Unterlassungsgebots keine weiteren aktiven Vorkehrungen erfordern. Ein solcher Fall liegt hier vor, es sei nicht erkennbar, welche umfangreichen Maßnahmen die Beklagte setzen müsste, um eine Unterlassung der Verpflichtung, sich auf die verfahrensgegenständlichen Klauseln in ihren Altverträgen nicht mehr zu berufen, umzusetzen. Es handele sich hier um eine reine Unterlassung, für welche keine gesonderte Leistungsfrist zu setzen sei.

KV bringt noch ergänzend vor, es sei die Leistungsfrist objektiv zu bemessen, die Einbindung der Beklagten in einen Konzern und ihre interne Organisation in verschiedene Einheiten sei bei der Bemessung der Leistungsfrist nicht zu berücksichtigen. Es gäbe keine Kundenerwartung, dass die Beklagte bei künftigen Verträgen, die andere Versicherungsnehmer betreffe, keine anderen geänderten Versicherungsbedingungen verwenden müsse. Die Beklagte könne Überlegungen zu Tarifgestaltung bei Entfall bestimmter Klauseln auch schon jetzt anstellen, da diese Klauseln, wenn sie rechtswidrig sein sollten, ohnedies auch in den bestehenden Verträgen gegenüber Versicherungsnehmern nicht durchsetzbar wären. Der OGH habe in der bisherigen Judikatur zu Versicherungsbedingungen nie eine längere Leistungsfrist als 6 Monate zugestanden, obwohl diese Klauseln im Sinne des Vorbringens der Bekl. auch tarifrelevant gewesen seien.

Rechtlich folgt:

Die Bestimmung des § 409 ZPO ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden. Die urteilsmäßige Verpflichtung zu einer reinen Unterlassung – also nicht zu einer Unterlassung, die auch ein positives Tun, wie etwa eine Beseitigung, umfasst – tritt daher sofort mit der Wirksamkeit des Urteils (§ 416 ZPO) ein (RIS-Justiz RS0041265). Das Unterlassungsbegehren richtet sich auf die Unterlassung der Verwendung der Klauseln. Für das weitere Begehren sich auf die Klauseln für die bereits geschlossenen Verträge sich zu berufen muss nicht der gesamte Produktfindungszyklus eines Versicherers durchlaufen werden, sodass hier keine Leistungsfrist erforderlich ist.

Die Verpflichtung, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ändern, stellt nach gefestigter Rechtsprechung keine reine Unterlassung dar, sodass gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen ist. Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht, wenn in einem Urteil die Pflicht zur aktiven Änderung eines Zustands auferlegt wird, zur Erfüllung

dieser Verbindlichkeit unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Verpflichteten eine angemessene Frist zu bestimmen (5 Ob 118/13h mwN). Dies ist von Amtswegen wahrzunehmen (1 Ob 2324/96p, 4 Ob 50/89, abgedruckt in ÖBl 1990, 55). In der Entscheidung 4 Ob 130/03a hat der Oberste Gerichtshof bei zehn zu ändernden Klauseln eine Frist von drei Monaten (vgl auch 6 Ob 24/11i; 7 Ob 44/13s: jeweils drei Monate), in 10 Ob 70/07b für 21 zu unterlassende/ändernde Klauseln eine Leistungsfrist von sechs Monaten für angemessen erachtet, ebenso in 1 Ob 162/20k bei letztlich 10 Klauseln zu ändern waren, wobei eine längere Frist beantragt war. In der Entscheidung 6 Ob 120/15p wurde eine Frist von sechs Monaten gewährt, was mit der hohen Zahl (47) der zu ändernden Klauseln begründet wurde.

In Anbetracht der zu ändernden Klauseln, und dass nicht nur die Pflicht zur Unterlassung der Verwendung, sondern des Sich-darauf-berufens auferlegt wurde, was eine gewisse administrative Tätigkeit voraussetzt, sowie in Anbetracht dessen, dass auch Klauseln, die kostenrelevante Tarifbemessungen und Kalkulationen mit Eigenkapital betreffen, geändert werden müssen, was zu einer Systemanpassung führen wird, als auch unter Berücksichtigung der bei der Anpassung involvierten internen Abteilungen der Beklagten und deren gegenseitigen Abhängigkeiten auf der einen Seite sowie in Anbetracht des berücksichtigungswürdigen Interesses des Konsumentenschutzes, die Klauseln schnellstmöglich zu ändern, auf der anderen Seite, ist eine Leistungsfrist von 6 Monaten für das Unterlassen der Verwendung der Klauseln angemessen. Die Angemessenheit der Dauer der Leistungsfrist von 6 Monaten erscheint in Anbetracht der Größe und Aufstellung der Beklagten sowie in Relation zur genannten höchstgerichtlichen Judikatur als angebracht. Anhaltspunkte, die eine längere Frist notwendig erscheinen ließen erschließen sich dem Gericht nicht, zumal vor allem das Interesse der Kunden, der Öffentlichkeit und der Mitbewerber, die rechtskonforme Klauseln verwenden, an der Verwendung gesetzmäßiger Klauseln mitzuberücksichtigen. Es ist immer (auch) darauf Bedacht zu nehmen, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrecht erhalten können soll, weshalb eine einzuräumende Leistungsfrist im Zweifel kurz zu bemessen ist (9 Ob 82/17z mwN).

Da es den Zweck einer Verbandsklage unterlaufen würde, wenn sich der Unternehmer, nachdem die von ihm verwendeten Klauseln für unzulässig erklärt wurden, weiterhin auf diese

berufen dürfte, ist keine Leistungsfrist für die Unterlassung der Berufung auf unzulässige Klauseln festzusetzen. Zudem ist relevant, dass das Unterlassungsbegehren sich nur richtet auf die Unterlassung der Verwendung der Klauseln. Für das weitere Begehren sich auf die Klauseln für die bereits geschlossenen Verträge sich zu berufen muss auch nicht der gesamte Produktfindungszyklus eines Versicherers durchlaufen werden. Zu beachten ist dabei auch, dass es sich beim Unterlassen einer weiteren Berufung auf seine AGB um eine „reine Unterlassung“ handelt. Eine Vorbereitungszeit ist somit nicht notwendig (6 Ob 235/15z).

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Die Klägerin beantragte die Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe. Sie begründete dies damit, dass die betroffenen Verbraucherkreise ein berechtigtes Interesse an einer Aufklärung über das Verhalten der Beklagten hätten. Auch eine Fortsetzung bzw. Wiederholung des Verhaltens solle verhindert werden.

Die Beklagte wendete sich gegen das Urteilsveröffentlichungsbegehren: Es sei überzogen. Ausreichend wäre eine Veröffentlichung auf der Homepage der Klägerin, da der Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 30 Abs 1 KSchG nicht mit jenem nach dem UWG gleichzuhalten sei.

§ 30 Abs 1 KSchG ordnet an, dass unter anderem § 25 Abs 3 bis 7 UWG für die Verbandsklage sinngemäß zu gelten hat. Gemäß § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb einer bestimmten Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen.

Die Urteilsveröffentlichung im Verfahren über eine Verbandsklage nach § 28 KSchG verfolgt den gleichen Zweck wie die Urteilsveröffentlichung nach § 25 UWG. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, eine durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufene unrichtige Meinung wieder richtig zu stellen und zu verhindern, dass die Meinung weiter um sich greift (4 Ob 130/03a [T19]).

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es [auch], über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen

Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]). Die Urteilsveröffentlichung soll also vor allem das Publikum aufklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (RS0079820). Die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung hängt davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß besteht (RS0079737).

Die Beklagte ist ohne Einschränkungen auf ein bestimmtes Zielpublikum tätig. Außerdem geht der Zweck der Urteilsveröffentlichung im Verbandsverfahren nach der stRsp des OGH über eine Information der konkret betroffenen Kunden hinaus. Vielmehr sollen allgemein die beteiligten Verkehrskreise (also auch potenzielle Kunden, Konkurrenten und andere Marktteilnehmer) von der Sach- und Rechtslage informiert werden (vgl RS0121963 [T7]).

Hier dient die Veröffentlichung dazu, aktuelle und potenzielle, aber auch ehemalige Vertragspartner der Beklagten über die Rechtswidrigkeit einzelner von der Beklagten angewandter Geschäftspraktiken aufzuklären. Solche ehemaligen Vertragspartner der Beklagten werden in vielen Fällen auf deren Internetseite gar nicht mehr zurückkehren. Eine Beschränkung der Veröffentlichung zB bloß auf die Internetseite der Beklagten würde dieser Zielsetzung also nicht gerecht werden (vgl RS0123550, 4 Ob 18/08p). Deshalb erfordert hier der Zweck der Urteilsveröffentlichung auch eine Veröffentlichung in einem Printmedium mit großer Auflagezahl (vgl RS0121963 [T13]). Die Homepage der Klägerin, wie die Beklagte vorbringt, würde dem ebenso wenig genüge tun. Die Verbraucher als Gesamtheit haben ein Recht, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte von der Beklagten in deren Geschäftsverkehr verwendete Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Es besteht somit ein berechtigtes Interesse gemäß § 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG an der Urteilsveröffentlichung durch die Klägerin. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es grundsätzlich eine Breitenwirkung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs zu ermöglichen und die Verbraucher auf diesem Weg über die Rechtslage aufzuklären.

Die Beklagte betreibt ein bundesweit tätiges Versicherungsunternehmen. Eine Veröffentlichung im redaktionellen Teil der bundesweiten Samstagausgabe der „Kronen Zeitung“ des stattgebenden Urteils ist unter Anwendung der Abwägungsgrundsätze des Talionsprinzips angemessen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO. Einwände wurden nicht erhoben

Handelsgericht Wien, Abteilung 53
Wien, 14.3.2022
Mag.^a Christiane Kaiser, LL.M (WU) Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG