

Umpf. 14.7.11

8.9.11  
~~11.8.11~~

l. T. Revision



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

4 R 53/11k

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden, den Richter Mag. Thomas Rendl und die Richterin Mag. Martina Elhenicky in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **VAV Versicherungs AG**, Münzgasse 6, 1030 Wien, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--) über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 4.000,--) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 12.000,--) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 3.12.2010, 19 Cg 148/10a-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der klagenden Partei wird **nicht Folge**, jener der beklagten Partei wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es - einschließlich der in Rechtskraft erwachsenen Teile - insgesamt zu lauten hat (die Änderungen durch das Berufungsgericht sind mit **Fettdruck** hervorgehoben):

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertrags-

*formblättern die Verwendung der Klauseln:*

*1.1. Der Versicherer ist berechtigt, unbeschadet einer vertraglich vereinbarten Indexanpassung (Indexierung) bei*

*a) Änderungen der Häufigkeit der Inanspruchnahme von vertraglich vorgesehenen Leistungen;*

*b) Änderung bestehender oder Inkrafttreten neuer Rechtsnormen sowie nachhaltiger Änderung der Rechtsprechung, sofern sie auf die vom Versicherer getragene Gefahr Einfluss haben;*

*c) Änderungen der durch Gesetz, Verordnung, sonstigen behördlichen Akt festgesetzten Ersatzleistungen*

*seinen allgemein verwendeten Tarif mit Wirksamkeit auf bestehende Verträge anzupassen.*

*1.2. Der Versicherer ist berechtigt, bei*

*a) Änderungen von Gesetzen, auf denen die Bestimmungen des Versicherungsvertrages beruhen;*

*b) Unmittelbar den Versicherungsvertrag betreffenden Änderungen der Rechtsprechung oder der Verwaltungspraxis;*

*c) Einer kartell- oder aufsichtsrechtlichen Beanstandung, der nur im Wege einer Änderung der Bedingungen entsprochen werden kann;*

*d) Unzulässigkeit der Weiterverwendung von Bedingungsstellen aufgrund eines Urteiles nach einer Verbandsklage gemäß § 28 Abs 1 KSchG oder einer Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KschG,*

*davon betroffene Bedingungsstellen mit Wirkung für bestehende Verträge entsprechend anzupassen.*

*1.3. Der Vertrag gilt zunächst für die in der Polizze festgesetzte Dauer. Beträgt diese mindestens ein Jahr, gilt das Versicherungsverhältnis jedes Mal um ein Jahr verlängert, wenn es nicht spätestens drei Monate vor Ablauf der Vertragszeit von einem der Vertragsteile schriftlich gekündigt worden ist.*

1.4. Als Obliegenheiten, deren Verletzung nach Eintritt des Versicherungsfalles die Freiheit des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung bewirkt (§ 6 Abs 3 VersVG), werden bestimmt,

dem Versicherer längstens innerhalb einer Woche ab Kenntnis

- den Versicherungsfall unter möglichst genauer Angabe des Sachverhaltes sowie

- die Einleitung eines damit im Zusammenhang stehenden verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens

schriftlich mitzuteilen;

~~nach Möglichkeit zur Feststellung des Sachverhaltes beizutragen;~~

dass der Versicherungsnehmer vor Beginn der Wiederinstandsetzung bzw. vor Verfügung über das beschädigte Fahrzeug die Zustimmung des Versicherers einzuholen hat, soweit ihm dies billigerweise zugemutet werden kann;

dass ein Schaden, der durch Berührung durch ein unbekanntes Kraftfahrzeug (Parkschaden), durch mut- oder böswillige Handlungen betriebsfremder Personen, durch Diebstahl, Einbruchdiebstahl, Raub, unbefugten Gebrauch durch betriebsfremde Personen, Brand, Explosion, Haar-, Federwild oder Haustiere entsteht, vom Versicherungsnehmer oder Lenker bei der nächsten Polizeidienststelle unverzüglich anzuzeigen ist.

1.5. Die Kosten des Sachverständigenausschusses sind im Verhältnis des Obsiegens zum Unterliegen vom Versicherer bzw. vom Versicherungsnehmer zu tragen

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen.

Sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche

Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

2. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

2.1. Der Versicherungsschutz erstreckt sich auf Europa im geografischen Sinn, jedenfalls aber auf das Gebiet jener Staaten, die das Übereinkommen zwischen den nationalen Versicherungsbüros der Mitgliedsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums und anderen assoziierten Staaten vom 30. Mai 2002, Abl. Nr. L 192 vom 31. Juli 2003, S. 23 unterzeichnet haben (siehe Anlage).

2.2. Beim Transport des Fahrzeuges zu Wasser wird der Versicherungsschutz nicht unterbrochen, wenn die Verladeorte innerhalb des örtlichen Geltungsbereiches liegen. Sofern der Bestimmungsort außerhalb des örtlichen Geltungsbereiches liegt, endet der Versicherungsschutz mit Beendigung des Beladevorganges.

2.3. Alle Mitteilungen und Erklärungen des Versicherungsnehmers und sonstiger anspruchsberechtigter Personen bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Schriftform.

2.4. Ein Totalschaden liegt vor, wenn in Folge eines unter die Versicherung fallenden Ereignisses die voraussichtlichen Kosten der Wiederherstellung zuzüglich der Restwerte den sich gemäß Punkt 1.2. ergebenden Betrag übersteigen.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese

unzulässigerweise vereinbart worden seien, und es werde ihr in diesem Umfang die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten des Klägers erteilt, wird abgewiesen.

3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles 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.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 841,23 (darin enthalten EUR 80,85 USt und EUR 356,11 Barauslagen) bestimmten Kosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 978,82 (darin enthalten EUR 108,36 USt und EUR 328,66 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 388,02 (darin enthalten EUR 64,67 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 Abs 1 KSchG befugter Verein.

Die Beklagte betreibt das Versicherungsgeschäft und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an. Dabei

schließt sie mit Verbrauchern im Sinne des § 1 Konsumentenschutzgesetz (KschG) laufend Versicherungsverträge ab, denen sie ihre Allgemeinen Bedingungen für die Sachversicherung (ABS 2006) und ihre Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrzeug-Kaskoversicherung (AKKB 2008/A) zugrundelegt.

Im Juni 2010 hat der Kläger die neun im Spruch angeführten Klauseln beanstandet und die Beklagte aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach. Sie verwendet die beanstandeten Klauseln weiter.

Der Kläger begehrt, der Beklagten die Verwendung oder Berufung auf diese oder sinngleiche Klauseln zu untersagen, soweit sie unzulässiger Weise vereinbart worden seien, und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die ausreichend klar formulierten Klauseln seien weder ungewöhnlich noch gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang.

Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich sechs von neun inkriminierten Klauseln statt und ermächtigte den Kläger diesbezüglich auch zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der übr-

gen drei Klauseln wies es das Klagebegehren ab und verhielt die Beklagte zum Ersatz der mit EUR 1.882,69 bestimmten Verfahrenskosten.

Gegen dieses Urteil richteten sich die Berufungen beider Parteien jeweils aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, jene des Klägers mit dem Antrag, es hinsichtlich seines Punktes 2.3 in klagsstattgebendem Sinn abzuändern, jene der Beklagten mit dem Antrag, es in seinen Punkten 1.3, 1.4 und 1.5 in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Punkte 1.1, 1.2, 1.6, 2.1 und 2.2 des bekämpften Urteils bleiben somit unangefochten.

Die Parteien beantragen wechselseitig, der Berufung des Gegners nicht Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist nicht, jene der Beklagten teilweise berechtigt.

Aus Gründen der Praktikabilität und besseren Übersichtlichkeit werden die Berufungen beider Streitparteien gemeinsam behandelt.

Vor Erörterung der einzelnen Klauseln sei vorangestellt, dass im Verbandsprozess von folgenden, vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist:

Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise ver-

einbart wurde.

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914).

Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben. Die im dispositiven Recht geregelten Modalitäten der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, fallen nicht unter diese Ausnahme (RIS-Justiz RS0016908;



RS0016931). Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (6 Ob 253/07k).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-Richtlinie 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das so genannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (4 Ob 28/01y; 10 Ob 70/07b mwN). Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (4 Ob 179/02f ua). Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219; 10 Ob 70/07b mwN). Damit soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. 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 (RIS-Justiz RS0115217, RS0115219). Dass letzteres nur soweit gelten kann, als es sich um unmittelbar im Zusammenhang

stehende Fragen handelt, ergibt sich schon aus dem Gebot der Verständlichkeit und Erkennbarkeit (Übersichtlichkeit). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen also so gestaltet sein, dass sie dem Verbraucher eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition vermitteln (RIS-Justiz RS0115217 mwN; 8 Ob 119/08w).

Was die Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB betrifft, so ist eine solche nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen; die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren und darf insoweit für den Vertragspartner auch nicht überraschend sein (RIS-Justiz RS0014627). Es kommt auf das Gesamtgefüge des Vertragstextes (Klauselwerk) an, in welchem sie nicht „versteckt“ (also wo sie der betroffene durchschnittlich sorgfältige Vertragsteil vernünftigerweise nicht vermutet) enthalten sein darf (RIS-Justiz RS0014659; 7 Ob 267/02v). In diesem Sinne objektiv ungewöhnlich ist daher nur eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss demnach ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont des angesprochenen Kreise an (RIS-Justiz RS0014646).

Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205). Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt zwingend zur

Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040). Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RIS-Justiz RS0121943).

Festzuhalten ist, dass der im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten gebliebene Inhalt der die inkriminierten Klauseln enthaltenden Urkunden, und zwar der „Allgemeinen Bedingungen für die Sachversicherung der VAV (ABS 2006)“, Beilage ./3, und der „Allgemeinen Bedingungen der VAV für die Kraftfahrzeug-Kaskoversicherung (AKKB 2008/A)“, Beilage ./4, der Entscheidung zu Grunde zu legen ist (7 Ob 159/03p; vgl auch 9 ObA 22/95).

Zu den Klauseln im Einzelnen (die Nummerierung folgt jener im angefochtenen Urteil, Klammerausdrücke geben die Bezeichnung in den „ABS 2006“ und den „AKKB 2008/A“ wieder):

1.3. (Art 15 ABS 2006)

*„Der Vertrag gilt zunächst für die in der Polizze festgesetzte Dauer. Beträgt diese mindestens ein Jahr, gilt das Versicherungsverhältnis jedes Mal um ein Jahr verlängert, wenn es nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf der Vertragszeit von einem der Vertragsteile schriftlich gekündigt wird.“*

Nach Auffassung des Klägers verstoße diese Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, wonach eine wirksame Erklärungsfiktion voraussetze, dass der Vertrag eine Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung vorsehe und den Unternehmer verpflichte, den Verbraucher zu Beginn dieser Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens gesondert - also nicht bereits im Vertrag selbst - hinzuweisen. Eine derartige Verpflichtung sei in der Klausel nicht vorgesehen. Sie sei außerdem intransparent im Sinn des § 6 Abs 3

KSchG, weil sie auf den hier irrelevanten § 6 Abs 2 KSchG verweise. Selbst ein Verweis auf die richtige Norm (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG) genüge aber nicht, weil dem Verbraucher zur Ermittlung des tatsächlichen normativen Gehalts einer Klausel keine nicht zumutbare rechtliche Recherche abverlangt werden dürfe.

Die Beklagte entgegnete, dass die beanstandete Klausel in ihrem zweiten Absatz ausdrücklich auf die für Verbraucher zwingende Bestimmung des § 6 KSchG verweise und damit die Verpflichtung der Beklagten eindeutig zum Ausdruck bringe, die Verbraucher zu Beginn der Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung auf die Bedeutung ihres Schweigens "besonders" hinzuweisen. Im Übrigen orientiere sich die Klausel an § 14 Abs 2 Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz 1994 (KHVG), wo eine gesetzliche Laufzeitverlängerung vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet werde.

Das Erstgericht beanstandete die Klausel als gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoßend. Erklärungsfiktionen seien nichtig, sofern nicht dem Verbraucher eine angemessene Frist zur Abgabe seiner Erklärung gewährt und er bei Beginn der Frist besonders auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen werde, was im Besonderen für Vertragsverlängerungsklauseln in Versicherungsverträgen gelte. Der Verweis auf § 6 Abs 2 KSchG in Art 15 Abs 2 ABS 2006 lege - abgesehen von der Fragwürdigkeit der inhaltlichen Richtigkeit dieses Verweises - keine Verpflichtung der Beklagten fest, einen Versicherungsnehmer auf sein Kündigungsrecht gesondert hinzuweisen. Der Einwand, die Klausel orientiere sich an § 14 Abs 2 KHVG, versage, weil die Allgemeinen Bedingungen für die Sachversicherungen der Beklagten nicht ausschließlich auf

Kfz-Haftpflichtversicherungen anwendbar seien.

Die Berufung der Beklagten erachtet die Vertragsverlängerungsklausel als gesetzeskonform, weil sie durch den in ihrem zweiten Absatz enthaltenen Verweis auf die für Verbraucher zwingende Bestimmung des § 6 KSchG hinreichend deutlich die Selbstverpflichtung der Beklagten zum Ausdruck bringe, die Verbraucher zu Beginn der dreimonatigen Frist auf die Bedeutung ihres Schweigens besonders hinzuweisen. Im übrigen komme es auf das Festhalten dieser Selbstverpflichtung im Vertrag nach dem Gesetzeswortlaut des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht an. Die Wirksamkeit einer in Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) vereinbarten Erklärungsfiktion hänge einzig davon ab, ob der Unternehmer den Verbraucher im Einzelfall bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Schweigens hinweise. Ein eigener Hinweis im Vertrag auf die Selbstverpflichtung sei entbehrlich, weil sie für den Versicherungsnehmer keinen erkennbaren Informationswert habe. Die Klausel führe ihm die Bedeutung seines Schweigens ohnedies klar und verständlich vor Augen. § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wolle lediglich sicherstellen, dass die Verbraucher vor Beginn der Frist auf die Bedeutung ihres Verhaltens nochmals gesondert hingewiesen würden.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Z 2 beschränkt die Zulässigkeit von Vereinbarungen, wonach ein bestimm-

tes Verhalten des Verbrauchers, insbesondere sein Schweigen als Erklärung gilt. Die Gefahr für den Verbraucher besteht darin, dass er sich im entscheidenden Zeitpunkt der vereinbarten Bedeutung seines Verhaltens (Schweigens) nicht bewusst wird, weil er die seinerzeitige Vereinbarung nicht mehr in Erinnerung hat. Im Zusammenhang mit Verlängerungsklauseln besteht die Gefahr, dass ein befristetes Vertragsverhältnis sich entgegen erstem Anschein als unbefristetes entpuppt. Daher hat der Unternehmer den Verbraucher zum entsprechenden Zeitpunkt auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen (*Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar (AT) § 6 KSchG Rz 10).

Zu 2 Ob 523/85 beanstandete der Oberste Gerichtshof bei Beurteilung einer vergleichbaren, aber nicht versicherungsspezifischen Verlängerungsklausel in einer Vertragsschablone für Immobilien-Alleinvermittlungsaufträge, die vorsah, dass sich der Alleinvermittlungsauftrag nach Ablauf der vereinbarten Gültigkeitsdauer um weitere zwei Monate verlängern sollte, wenn nicht spätestens fünf Tage vor dem Endtermin der Widerruf schriftlich bekannt gegeben wurde, dass damit das Erfordernis einer Fristsetzung im Sinn des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht erfüllt sei, weil eine Frist fehle, bei deren Beginn der Verbraucher auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen werde. Sinn und Zweck der für eine Vertragsverlängerung erforderlichen Fristsetzung sei es, den Verbraucher noch nach Vertragsabschluss auf die Folgen seines künftigen Verhaltens hinzuweisen und ihm sodann Gelegenheit zu einer ausdrücklichen Erklärung zu geben, die andere als die im Vertrag primär vorgesehenen Rechtsfolgen herbeiführe.

In der Lehre ist das Erfordernis einer bereits in der Verlängerungsklausel statuierten Hinweispflicht des Unternehmers als Gültigkeitsvoraussetzung der Vereinbarung umstritten. Nach *Welser* (in „Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft“, JBl 1980, 73f) genügt der faktische Hinweis des Unternehmers nicht. Er verlangt, dass von vornherein eine Hinweispflicht im Zusammenhang mit der Erklärungsfiktion vereinbart sein muss, damit der Unternehmer durch den späteren Hinweis bewirkt, dass das Verhalten des Verbrauchers die vereinbarte Bedeutung hat. Zur Begründung verweist er darauf, dass sich die Fiktionsabrede andernfalls der Verbandsklage nach §§ 28f KSchG entziehe, obwohl sie gerade solche durch § 6 Abs 1 KSchG als sittenwidrig qualifizierte Vereinbarungen wie die unbedingte Fiktionsabrede bekämpfen solle. Um den durch die Verbandsklage gegebenen Schutz nicht zu „durchlöchern“, sei daher anzunehmen, dass die Vertragsbestimmung nur dann gültig sei, wenn sich der Unternehmer darin zugleich verpflichte, den Verbraucher rechtzeitig auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen und ihm zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist einzuräumen. Nachdem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG die Angaben nenne, welche die Nebenbestimmung enthalten müsse, und diese anhand des Gesetzes kontrollierbar sein sollten, reiche es auch nicht aus, wenn die Klausel den Gesetzestext einfach „abschreibe“. Demgegenüber betont *Krejci* (in *Rummel*<sup>3</sup>, § 6 KSchG Rz 44), dass der österreichische Gesetzgeber das Erfordernis der Vereinbarung einer Hinweispflicht, wie sie sich im deutschen Recht findet, gerade nicht vorgesehen hat. Er erachtet daher nur solche Erklärungsfiktionen mangels Vereinbarung einer Hinweispflicht für ungültig, bei denen

keine Klarheit über den Beginn der Hinweispflicht und die Dauer der Frist besteht (*Apathy* aaO Rz 13). Vermittelnd lässt *Geist* (in „Verlängerungsklauseln in Konsumentenversicherungsverträgen“, RdW 1988/189) im Hinblick auf den Normzweck einen tatsächlich erfolgten Hinweis in einem konkreten Fall zwar genügen, hält aber fest, dass dies nichts daran ändere, dass solche „nackten“ Fortsetzungsklauseln wegen der in ihnen typischerweise angelegten Spekulationsabsicht gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstießen und damit jedenfalls einer Verbandsklage nach §§ 28ff KSchG ausgesetzt seien.

Der erkennende Senat schließt sich jenen wohl begründeten und schlüssigen Auffassungen an, die im Verbandsprozess vom Erfordernis ausgehen, die Verpflichtung des Unternehmers, den Verbraucher bei Beginn der Äußerungsfrist auf die Beendigungsmöglichkeit hinzuweisen, ebenso wie die Dauer der Äußerungsfrist und den Zeitpunkt der Erfüllung der Hinweispflicht bereits in der Klausel selbst festzulegen.

Diesem Erfordernis wird die Verlängerungsklausel des Art 15 ABS 2006 nicht gerecht. Abgesehen davon, dass der von der Berufung der Beklagten ins Treffen geführte zweite Absatz der Klausel [er lautet: „Ist der Versicherungsnehmer Verbraucher im Sinn des Konsumentenschutzgesetzes, gelten hinsichtlich der stillschweigenden Vertragsverlängerung die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes (§ 6 Abs 2 KSchG)“] unrichtig auf § 6 Absatz 2 KSchG anstatt richtig auf dessen Absatz 1 Ziffer 2 verweist, wird der durchschnittliche Verbraucher, selbst wenn er die relevante gesetzliche Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG auffindet, dem Verweis nur entnehmen, dass die Erklärungsfiktion nicht eintritt und damit der Ver-



trag nicht verlängert wird, wenn der Versicherer auf die Bedeutung des Unterlassens einer Erklärung bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist nicht gesondert hingewiesen hat. Absatz 2 der inkriminierten Klausel besitzt demnach keinen über eine allgemeine Information über Verbraucherrechte hinausgehenden Erklärungswert. Eine Hinweispflicht des Versicherers ist dort weder ausdrücklich verankert, noch kann er als Verpflichtung des Versicherers verstanden werden, den Versicherungsnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt auf die Bedeutung seines Schweigens gesondert hinzuweisen. Er sieht auch keine auf ihre Angemessenheit überprüfbare Frist für die ausdrückliche Widerrufserklärung durch den Versicherungsnehmer vor. Das Erstgericht hat die Klausel daher zu Recht als unzulässigen Vertragsbestandteil im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG beurteilt.

1.4. (Art 5 Abs 1 AKKB 2008/A):

*„Ein Totalschaden liegt vor, wenn in Folge eines unter die Versicherung fallenden Ereignisses die voraussichtlichen Kosten der Wiederherstellung zuzüglich des Restwertes den sich gem. Pkt. 1.2. ergebenden Betrag übersteigen.“*

Der Kläger erachtet diese Klausel als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB und als überraschend und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB, weil sie die vertraglich vereinbarte Hauptleistungspflicht des Kaskoversicherers vor allem bei älteren Fahrzeugen massiv einschränke. Der Kaskoversicherer habe dem Versicherten im Fall einer Zerstörung oder eines Verlusts des versicherten Fahrzeugs dessen Zeitwert und im Fall einer Beschädigung die Reparaturkosten zu ersetzen. Gehe man von einem Totalschaden bereits dann aus, wenn die Summe aus den voraussichtlichen Reparaturkosten und dem Rest-

wert (Wrackwert) des Fahrzeugs dessen Zeitwert (= Wiederbeschaffungswert) übersteige, müsse der Versicherer auch dann eine Versicherungsleistung nur in Höhe der Differenz zwischen dem Zeit- und dem Wrackwert erbringen, wenn der Versicherte das beschädigte Fahrzeug nicht verkaufen, sondern reparieren lassen wolle. Reparaturkosten seien nur bis zur Höhe dieses bei älteren Fahrzeugen oft weit unter der Hälfte des Zeitwertes liegenden Differenzbetrags zu ersetzen. Der Wert des Versicherungsschutzes werde dadurch ausgehöhlt. Der Versicherungsnehmer müsse auch bei einer noch wirtschaftlich sinnvollen Reparatur das Fahrzeug verkaufen und verliere seinen Reparaturanspruch.

Bei Abschluss einer Kaskoversicherung gehe ein Verbraucher regelmäßig davon aus, dass im Fall einer Beschädigung des Fahrzeuges die Reparaturkosten jedenfalls bis zur Höhe des Zeitwerts zur Gänze versichert seien, weil er diesen Betrag nach dem Schadenersatzrecht des ABGB ersetzt bekomme. Die Klausel schränke die Hauptleistungspflicht des Versicherers ohne sachliche Rechtfertigung ein. Sie verstoße zudem gegen § 6 Abs 3 KSchG, da nicht geregelt sei, nach welchem Verfahren der für das Vorliegen eines Totalschadens maßgebliche Restwert bestimmt werde und welche Rechte dem Verbraucher dabei zukämen. Dadurch bestehe die Gefahr, dass eine im Einflussbereich der Versicherer stehende Einrichtung über passende Restwertangebote willkürlich Totalschadensfälle erzeuge.

Die Beklagte erwiderte, dass die Klausel der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen sei. Sie regle die im Rahmen der Privatautonomie frei vereinbarte Hauptleistungspflicht der Beklagten, die in einem synallagmatischen Verhältnis zur Prämienhöhe stehe. Außerdem

bestehe bei einer Kfz-Kaskoversicherung keine berechtigte Deckungserwartung des durchschnittlichen Versicherungsnehmers, im Fall eines Totalschadens die Reparaturkosten zur Gänze ersetzt zu erhalten. Den Deckungsrahmen wähle vielmehr der Versicherungsnehmer selbst durch Anpassen einer Basisdeckung an seine individuellen Bedürfnisse mittels „Deckungsbausteinen“. Die Klausel sei nicht gröblich benachteiligend, weil der Versicherungsnehmer bei einem Totalschaden jederzeit die Wahlmöglichkeit habe, ein anderes Fahrzeug gleicher Art und Güte im gleichen Abnutzungszustand zu kaufen. Er erhalte in diesem Fall zusätzlich zum Restwert die Differenz zum gemeinen Wert des versicherten Fahrzeugs. Würde er mehr erhalten, wäre er bereichert. Auch verstoße die Klausel nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Ihr Inhalt sei eindeutig und für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer unschwer zu erfassen, da der Begriff "Totalschaden" mit klaren und leicht verständlichen Worten definiert werde. Es gebe kein allgemein gültiges Verfahren zur Bestimmung des Restwerts. Die Klausel sei weder überraschend noch ungewöhnlich im Sinn des § 864a ABGB, sondern befinde sich am systematisch richtigen Ort. Sie sei in so gut wie allen Kaskobedingungen am österreichischen Markt enthalten, weshalb jeder Versicherungsnehmer mit ihr rechne.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 ABGB. Aufgrund der gebotenen engen Auslegung des Begriffs der Hauptleistung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei auch die nähere Umschreibung der Leistungspflicht des Versicherers einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Durch die Kaskoversiche-

rung werde das Interesse des Eigentümers am Fahrzeug versichert. Die Hauptleistungspflicht bestehe darin, bei Zerstörung oder Verlust der versicherten Sache deren (Zeit-)Wert und bei einer Beschädigung deren Reparatur zu ersetzen. Auch gemäß § 1323 ABGB seien die Kosten einer technisch einwandfreien und wirtschaftlich zweckmäßigen Reparatur Grundlage des Ersatzanspruches. Ein Totalschaden sei nur dann anzunehmen, wenn der Zeitwert des Fahrzeugs erheblich hinter den veranschlagten Reparaturkosten zurückbleibe. Eine nach Maßgabe der Umstände des Falles wirtschaftlich vertretbare Überschreitung des Zeitwertes durch die Reparatur sei zulässig. Nach der Judikatur sei der Restwert (Wrackwert) im Interesse des Geschädigten nicht in Abzug zu bringen. Die Kaskoversicherung bezwecke einen gleichwertigen Versicherungsschutz für Fälle, in denen Schadenersatz durch die gegnerische Haftpflichtversicherung nicht zu erhalten sei. Ein Durchschnittsverbraucher werde sich bei Abschluss einer Kaskoversicherung eine Versicherungsleistung in der Höhe erwarten, wie sie von einem haftpflichtigen Schädiger zu erlangen sei, daher einen Ersatz der gesamten Reparaturkosten, solange sie den Zeitwert des Fahrzeuges nicht wesentlich überstiegen. Er rechne aber nicht mit der aus der Klausel resultierenden Einschränkung der Versicherungsleistung auf den Wiederbeschaffungswert des versicherten Fahrzeugs für den Fall, dass die Reparaturkosten unter Hinzurechnung des Restwerts (Wrackwerts) darüber hinausgingen.

Ein Versicherungsnehmer solle - ohne sich zu bereichern - in Fällen, in denen die Reparaturkosten die Schadensleistung im „Totalschadenfall“ (Wiederbeschaffungswert minus Wrackwert) unwesentlich überstiegen, die Möglichkeit haben, ohne eigene Aufzahlung eine wirtschaftli-

che Reparatur am Fahrzeug durchführen zu lassen, um keinen Verlust im Vergleich zu einer Schadenleistung durch einen Dritten zu erleiden. Die Klausel sei gröblich benachteiligend, weil sie dem Versicherungsnehmer die Möglichkeit einer wirtschaftlich sinnvollen Reparatur nehme und ihm nichts anderes übrig bleibe, als mit der Versicherungsleistung und dem Entgelt für das Wrack ein Fahrzeug gleicher Art und Güte mit gleichem Abnutzungszustand am Markt zu erwerben. Dabei trage er das Risiko, kein adäquates Fahrzeug am Markt zu finden, eine Aufzahlung leisten zu müssen und sich nur bedingt über den Zustand des fremden Gebrauchtwagens zu versichern.

Die Berufung der Beklagten argumentiert, dass die inkriminierte Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen sei. Bei Versicherungsverträgen erfolge die Beschreibung der Hauptleistungspflicht des Versicherers schließlich typischerweise in den AVB. Mit der Bestimmung, wann überhaupt ein Totalschaden vorliege, definiere sie die Hauptleistung, modifiziere oder verändere sie aber nicht. Die Risikoübernahme korrespondiere mit der bei Vertragsabschluss kalkulierten Versicherungsprämie. Jede Erweiterung hätte Auswirkungen auf die Kalkulation der Versicherungsprämie. Ein Verbot der freien Vereinbarung des Deckungsumfangs in der Kaskoversicherung bedeute einen unzumutbaren und unsachlichen Eingriff in die Privatautonomie und hätte eine Verteuerung der Prämien zur Folge, weil die Beschreibung des Deckungsumfangs bei einem Totalschaden und die Versicherungsprämie in einem synallagmatischen Verhältnis stünden.

Die Klausel sei aber ohnedies nicht gröblich benachteiligend. Das Erstgericht habe zwischen vertraglichen Versicherungsleistungen und Schadenersatzansprüchen nicht

ausreichend differenziert. Aus dem im Schadenersatzrecht geltenden Prinzip der Naturalrestitution folge, dass der Schädiger die Kosten einer möglichen und wirtschaftlich tunlichen Reparatur zu ersetzen habe. Für den Bereich der Kaskoversicherung sei dieser Rechtsgrundsatz nicht heranzuziehen. Bei Vereinbarung der vertraglichen Leistungspflichten müsse es den Parteien im Rahmen der Privatautonomie freistehen, jede beliebige Art der Wertberechnung, der Schadensbemessung und der Ersatzpflicht zu wählen und daher auch den Deckungsumfang bei Totalschaden frei zu vereinbaren, ohne an die Prinzipien des Schadenersatzrechts gebunden zu sein.

Ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer unterscheide entgegen der Annahme des Erstgerichtes sehr wohl zwischen der aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zwingend für jedes Fahrzeug abzuschließenden Haftpflichtversicherung mit gesetzlich vorgegebenem Deckungsumfang und einer Kaskoversicherung, die Schäden am eigenen Fahrzeug abdecken solle. Er setze sich vor deren Abschluss typischerweise zumindest mit den Grundzügen des Deckungsumfangs auseinander und vergleiche die am Markt erhältlichen Produkte. So wisse er, dass es unterschiedliche Deckungsvarianten gebe und der konkrete Deckungsumfang in der Polizze und den AVB festgelegt werde. Eine einheitliche Erwartungshaltung der Versicherungsnehmer hinsichtlich des Deckungsumfangs bestehe nicht. Die inkriminierte Klausel sei dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer bekannt, für ihn nicht überraschend im Sinn von § 864a ABGB und nicht zuletzt klar und übersichtlich gestaltet. Sie entspreche den aktuellen Musterbedingungen (AKKB 2008). Schon die Musterbedingungen für die Fahrzeugkollisions-Kaskoversicherung aus dem Jahr 1986 hätten eine

inhaltsgleiche Leistungsbeschreibung enthalten.

Die Berufung der Beklagten weist richtig darauf hin, dass gemäß § 879 Abs 3 ABGB nur Bestimmungen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegen, der Kontrolle zugänglich sind, sie übersieht dabei aber, dass der Begriff der Hauptleistungen eng verstanden werden soll. Gemeint sind etwa die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“, also diejenigen Bestimmungen eines Vertrages, die die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag zustandekommt. Damit werden aber nicht alle Vertragsbestimmungen aus dem Geltungsbereich des Abs 3 ausgenommen, die die Leistung und das Entgelt betreffen. Mit der Ausnahme ist nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen gemeint, nicht aber Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben (*Krejci in Rummel*<sup>3</sup> § 879 Rz 238).

Ein Charakteristikum von Versicherungsverträgen besteht darin, dass in den AVB nicht nur Rahmenbedingungen des Vertrags geregelt sind, sondern das Produkt „Versicherung“ erst durch die verbale Beschreibung geschaffen wird. Dadurch unterscheiden sich AVB von AGB über Sachleistungsverträge, die lediglich die Modalitäten der Vertragsabwicklung zu regeln haben. Die Folge davon ist, dass bei Vertragsabschluss unter AVB die typischen AGB-Gefahren auch im Bereich der Leistungsbeschreibung bestehen (*Faber, Inhaltskontrolle allgemeine Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot ÖJZ 2003/49*). *Fenyves* (in *Krejci, KSchG-Handbuch, Seite 597*) schlägt daher vor, alle Klauseln der Risikoumschreibung in AVB einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, wenn sie die Erwartungen

von Kunden, die sie nach der Verkehrsanschauung an den Deckungsbereich eines bestimmten Versicherungsvertrages stellten, beeinträchtigten, weil Versicherer gerade bei der Umschreibung des Risikos nicht völlig autonom sein, sondern auf diese Erwartungen Bedacht nehmen sollten. Auch der Preis des Versicherungsschutzes, also die Höhe der Prämie sei für die Deckungserwartungen der Versicherungsnehmer nicht völlig irrelevant, sondern müsse in einer gewissen Relation zum gemachten Aufwand stehen. Auch bei niedrigen Prämien sei immerhin soviel Versicherungsschutz zu gewähren, dass der Vertragszweck nicht geradezu vereitelt werde. Auch *Faber* (aaO) spricht sich dafür aus, dass Risikoausschlüsse in AVB der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen müssten. Aufgrund einer durch den Gedanken des Konsumentenschutzes gebotenen restriktiven Interpretation sollten nur die Festlegung der Versicherungsart und die Prämie der richterlichen Überprüfung entzogen sein. Klauseln, die das versicherte Risiko in allgemeiner Form näher ausgestalteten (dazu gehörten Risikoausschlüsse) seien hingegen der Inhaltskontrolle zu unterwerfen.

Dieser Argumentation folgend kann aber auch für eine Klausel, die - wie die in Rede stehende - den Deckungsumfang durch die Abgrenzung des Totalschadens vom Teilschaden beeinflusst, nichts anderes gelten. Durch die Festlegung, unter welchen Voraussetzungen auch ohne Verlust oder gänzlicher Zerstörung des versicherten Fahrzeugs ein wirtschaftlicher Totalschaden anzunehmen ist, wird der Umfang der Versicherungsleistung mitbestimmt, die im Fall des Totalschadens in Höhe des Wiederbeschaffungswerts (abzüglich des Restwertes) und im Fall des Teilschadens im Wesentlichen in Höhe der Reparaturkosten besteht.



Erwartet sich der Versicherungsnehmer aber einen Ersatz von Reparaturkosten, auch wenn sie den Wiederbeschaffungswert unter Einbeziehung der Reste des versicherten Fahrzeugs übersteigen, kann seine Deckungserwartung durch die vorgenommene Abgrenzung beeinträchtigt werden. Eine Überprüfung der Klausel auf ihre gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB durch Vergleich der gegenseitigen Rechtspositionen der Vertragspartner ist daher geboten.

Die wichtigste Fallgruppe des § 879 Abs 3 ABGB sind Verschlechterungen der Rechtsposition des Vertragspartners des Verwenders von AGB durch Abweichungen vom dispositiven Recht (*Krejci in Rummel*<sup>3</sup> § 879 Rz 240). Überall dort, wo es keine (dispositiv-rechtlichen) Maßstäbe für die vom Gesetzgeber gewünschte Interessenwertung gibt, wo die Parteien also in ihrer Rechtsgestaltung ebenso frei sind wie bei der Konzipierung der Hauptleistungen (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB), entspricht die Gröblichkeit der Benachteiligung im Sinne von Abs 3 der Auffälligkeit des Leistungswertmissverhältnisses im Sinne von Abs 2 Z 4 (*Krejci*, aaO Rz 242).

Als gesetzliches Leitbild, mit dem es die Rechtsposition des Versicherungsnehmers vergleicht, zieht das Erstgericht die Normen des Schadenersatzrechtes (§§ 1295 ff ABGB) heran. Nachdem der Versicherer nach § 1 Abs 1 Satz 1 Versicherungsvertragsgesetz (VersVG) in der Schadensversicherung dem Versicherungsnehmer aber verspricht, den durch den Versicherungsfall entstehenden Vermögensschaden nach Maßgabe des Vertrages zu ersetzen, gelten für die Bestimmung dieses Schadens die dispositiven Regeln des Schadenersatzrechtes nur, soweit sie nicht durch speziellere Vorschriften des VersVG und vor allem

durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen im Versicherungsvertrag (einschließlich der AVB) verdrängt sind (so *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG, 28. Auflage, vor § 74 Rn 63 unter Bezugnahme auf §§ 249ff dBGB). Gerade Art und Umfang der zu ersetzenden Schäden ergeben sich deshalb aus den Vereinbarungen der Parteien des Versicherungsvertrages (*Kollhosser* in *Prölss/Martin*, VVG 27. Auflage § 55 Rn 31).

Bezieht sich die Versicherung auf eine Sache, gilt gemäß § 52 VersVG, soweit sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt, der Wert der Sache als Versicherungswert. Eine Definition des Versicherungswerts ist nicht in § 52, wohl aber in § 51 enthalten: Der Versicherungswert ist hiernach der Wert des versicherten Interesses, der in Geld zu bemessen ist und bei vollständiger Zerstörung des versicherten Interesses den Höchstbetrag des vom Versicherer zu ersetzenden Schadens bildet (*Schauer* in *Berliner Kommentar* § 52 Rn 3). Bereits durch den Wortlaut des § 52 („soweit sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt“) ist klargestellt, dass abweichende Vereinbarungen möglich sind. Demnach sind gerade in den AVB häufig Änderungen oder Präzisierungen des § 52 zu finden (*Schauer* aaO § 52 Rn 13).

Zur AGB-Kontrolle bei der Kaskoversicherung, einer Sparte der Sachversicherung, durch die das Interesse des Eigentümers des versicherten Fahrzeuges versichert ist (RIS-Justiz RS0080389), hat der BGH in seinem Urteil vom 24.5.2006, IV ZR 263/03, ausgesprochen, dass das VersVG eine von den schadensrechtlichen Vorschriften des dBGB abweichende Regelung über Art und Umfang der Ersatzleistung treffe und diese daher keine Leitbildfunktion für das Versicherungsrecht hätten. Vertragliche Regelungen

über die Ersatzleistung in der Schadensversicherung seien daher nicht an den Bestimmungen der §§ 249 ff dBGB zu messen. Die Kaskoversicherung sei ihrer Natur nach typischerweise gerade nicht auf vollen Ersatz des Vermögensschadens nach den Maßstäben der §§ 249ff dBGB gerichtet; Sachfolgeschäden etwa würden nicht ersetzt; auch seien bei einem reinen Sachschaden Einschränkungen durch Selbstbeteiligungen und den Ausschluss des Ersatzes von Wertminderungen üblich.

Diese Überlegungen können im Hinblick auf die in diesem Punkt vergleichbare österreichische Rechtslage übernommen werden. So stellen auch die Schadenersatzbestimmungen der §§ 1295 ff ABGB vorrangig auf Naturalrestitution ab, während der Versicherer den Schadenersatz in Geld zu leisten, dabei aber nicht alle durch den Versicherungsfall eingetretenen Schäden abzudecken hat.

Nur wenn den Schädiger aber eine Naturalrestitutionspflicht trifft, hat er den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Daraus folgt auch der Grundsatz, dass die Schadensminderungspflicht das Recht auf Naturalrestitution (bzw. Geldersatz zur Naturalrestitution) nicht nehmen kann und die Grenze der Pflicht nur die Tunlichkeit bildet (*Reischauer in Rummel*<sup>3</sup> ABGB § 1323 Rz 9c). Erst unverhältnismäßiger Aufwand macht die Naturalrestitution aber untunlich. In ständiger Rechtsprechung nimmt der Oberste Gerichtshof bei Autoreparaturen Untunlichkeit (Reparaturunwürdigkeit) erst an, wenn die Reparaturkosten den Zeitwert vor Schädigung erheblich übersteigen, während er Zeitwertüberschreitungen von 10 % und darunter toleriert. Im Bereich des Schadenersatzrechtes findet demnach auch die Überlegung, dass rein rechnerisch eine Reparatur nur dann wirtschaftlich

wäre, wenn die Reparaturkosten die Differenz zwischen dem durch die Reparatur erreichbaren Wert und dem Wrackwert nicht wesentlich überschreiten, keinen Platz, weil damit berechnete Interessen des Geschädigten, dem prinzipiell Naturalersatz bzw. Geldersatz zur Naturalrestitution zusteht, nicht immer genügend berücksichtigt wären. Dem Schädiger höhere Reparaturkosten aufzulasten, als es der Differenz zwischen dem Wert der reparierten Sache und dem Wrackwert bzw. dem Wert der Sache in beschädigtem Zustand entspricht, ist daher bei einer Verpflichtung zur Naturalrestitution mit dem Interesse des Geschädigten zu rechtfertigen, ein verlässliches erprobtes Fahrzeug zu behalten, vor allem wenn sich eine wirklich gleichwertige gebrauchte Sache vielfach nicht beschaffen lässt, beim Kauf gebrauchter Kraftfahrzeuge das nicht zu vernachlässigende Risiko geheimer Mängel besteht und der Kauf eines neuen Gegenstandes dem Geschädigten zusätzliche Belastungen bringt, seien es auch bloß die eines Kapitaleinsatzes (einer Kreditaufnahme), der (die) ohne das Schadensereignis erst später hätte erfolgen müssen (vgl so *Reischauer*, aaO Rz 9).

Nachdem der Versicherer dem Versicherungsnehmer aber gerade nicht zur Naturalrestitution, sondern zur Abdeckung des Vermögensschadens im Umfang der vertraglichen Vereinbarung verpflichtet sein soll, lassen sich diese Überlegungen nicht zur Beurteilung der inkriminierten Klausel auf ihre gröbliche Benachteiligung heranziehen. Mangels abweichender dispositiver gesetzlicher Bestimmungen ist es demnach unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden, wenn der Versicherer seine Leistung auf die Deckung des durch die Beschädigung des Fahrzeugs unmittelbar entstandenen Vermögensschadens und damit auf den

Ersatz des Wiederbeschaffungswertes abzüglich des Restwertes des versicherten Fahrzeuges beschränkt, sollte die Reparatur diesen Betrag übersteigen. Damit ist zwar bereits von einem wirtschaftlichen Totalschaden auszugehen, wenn die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert zuzüglich des Wertes der Reste (des Wracks) übersteigen, das ist aber insofern sachgerecht, als der Versicherungsnehmer - auch wenn er keine Deckung für eine Reparatur erhält - dennoch keine unmittelbare Vermögenseinbuße erleidet, weil er immer noch vollen Geldersatz für den durch die Beschädigung eingetretenen Wertverlust des versicherten Fahrzeuges erhält. Er wird durch die Versicherungsleistung in Höhe des Wiederbeschaffungswertes abzüglich des Restwertes so gestellt, dass er bei Verkauf des Wracks ein Fahrzeug gleicher Art und Güte im gleichen Abnutzungszustand erwerben kann. Die inkriminierte Klausel ist daher nicht als gröblich benachteiligend zu beurteilen.

Ihr fehlt außerdem der zur Annahme einer Ungewöhnlichkeit iSd § 864 a ABGB erforderliche Überraschung- oder Übertölpelungseffekt. Die Notwendigkeit, die Versicherungsleistung abhängig vom Eintritt eines Totalschadens oder Teilschadens unterschiedlich auszugestalten und dabei die Grenzen eines wirtschaftlichen Totalschadens zu definieren, ist dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer einsehbar. Ebenso wird er verstehen, dass der Versicherer Reparaturunwürdigkeit als Voraussetzung des (wirtschaftlichen) Totalschadens schon für den Fall annehmen kann, dass die Kosten der Wiederherstellung unter Einbeziehung der Reste den Wiederbeschaffungswert übersteigen. Hinzu kommt, dass die Klausel wortgleich den unverbindlichen Musterbedingungen für die Kraftfahrzeugkaskoversi-

cherung (AKKB 2007) des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs entspricht (*Fenyves/Koban*, Österreichisches Versicherungsrecht 4. Auflage, 470) und damit verkehrsüblich ist.

Die Klausel steht auch nicht an versteckter Stelle, sondern dort, wo sie ein durchschnittlich sorgfältiger Leser der Versicherungsbedingungen vermuten würde, nämlich innerhalb der Bestimmungen, die regeln, welche Leistung der Versicherer erbringt. Auch die Einordnung in das Gesamtgefüge der AKKB 2008 kann daher den vom Kläger erhobenen Vorwurf der Ungewöhnlichkeit dieser Klausel nicht stützen.

Der weiteren Argumentation der Berufung, die Klausel laufe durch die Verwendung des Begriffes des Restwertes und aufgrund Unterbleibens der Bestimmung eines Verfahrens zu dessen Ermittlung dem Transparenzgebot des § 6 KSchG zuwider, ist entgegenzuhalten, dass das Rechtsprodukt Versicherung im wesentlichen erst durch die AVB geschaffen wird, die sich demnach durch beträchtliche Regelungsdichte, Ausführlichkeit und hohen Abstraktionsgehalt auszeichnen, was wiederum die besonders häufige Verwendung von Rechtsbegriffen aber auch sonstiger fachsprachlicher Termini bedingt. Hinzu tritt der Umstand, dass AVB in ihrer Leistungsbeschreibung eine Vielzahl unterschiedlichster Tatbestände, also möglichst alle denkbaren Einzelfälle, erfassen müssen, was den AVB-Verwender zu besonderer Abstraktion nötigt. Der Einsatz von Fachterminologie wird sich also bei einem so juristisch determinierten Produkt wie der Versicherung kaum vermeiden lassen. Es bestehen daher keine Bedenken, fachspezifische Ausdrücke in einem Bereich zu verwenden, in dem sie dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer in ihrer

rechtlichen bzw. fachtechnischen Bedeutung verständlich sind, wenn sie deckungsgleich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch sind (*Kath*, Rechtsfragen bei Verwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen [2007] Seite 230ff mwN). Ist die Bedeutung dem für die jeweilige Vertragsart typischen Verbraucher geläufig oder kann von ihm jedenfalls festgestellt werden, ist die Verwendung von sonstigen Fachbegriffen unter Transparenzaspekten nicht zu beanstanden (4 Ob 88/05b).

Gerade die Bedeutung des Begriffes „Restwert“ ist für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer aber eindeutig, handelt es sich doch - auch nach allgemeinem Begriffsverständnis - um den Verkaufs- bzw. Händlereinkaufswert (*Pfeffer*, Die Ermittlung des objektiven Minderwertes von beschädigten Kraftfahrzeugen, SV 2008, 67), also den ordentlichen (gemeinen) Wert des beschädigten Fahrzeuges (daher auch: Wrackwert) und damit um jenen Betrag, den der Versicherungsnehmer bei zumutbaren Bemühungen für das versicherte Kraftfahrzeug im Zustand nach dem Versicherungsfall erzielen kann. Nachdem gerade kein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung dieses Wertes festgelegt ist, ist er nach den Regeln des ABGB (§ 305) zu bemessen und somit objektiv abstrakt zu berechnen (*Spielbühler* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 305, Rz 3). Auch bei der im Verbandsprozess gebotenen, ungünstigsten objektiven Auslegung kann der Klausel nicht unterstellt werden, dass sie eine von den Regelungen des Zivilrechts abweichende Wertbemessung vorsehen wollte. Für den angesprochenen Kunden ist somit nicht zweifelhaft, dass die Versicherung kein bestimmtes Verfahren zur Feststellung des Restwertes im Versicherungsfall vorgibt. Dass die Bewertungsregeln nicht detailliert angeführt werden, beeinträchtigt die

Klarheit und Verständlichkeit der Klausel nicht. Gerade ihr Fehlen lässt erkennen, dass - in Ergänzung der Vertragsklausel - die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften insgesamt anzuwenden sind. Die behauptete Intransparenz der Klausel liegt nicht vor.

1.5. (Art 7 Abs 3 AKKB 2008/A):

*„Als Obliegenheiten, deren Verletzung nach Eintritt des Versicherungsfalles die Freiheit des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung bewirkt (§ 6 Abs 3 VersVG), werden bestimmt,*

*dem Versicherer längstens innerhalb einer Woche ab Kenntnis*

*- den Versicherungsfall unter möglichst genauer Angabe des Sachverhaltes sowie*

*- die Einleitung eines damit im Zusammenhang stehenden verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens schriftlich mitzuteilen;*

*nach Möglichkeit zur Feststellung des Sachverhaltes beizutragen;*

*dass der Versicherungsnehmer vor Beginn der Wiederinstandsetzung bzw. vor Verfügung über das beschädigte Fahrzeug die Zustimmung des Versicherers einzuholen hat, soweit ihm dies billigerweise zugemutet werden kann;*

*dass ein Schaden, der durch Berührung durch ein unbekanntes Kraftfahrzeug (Parkschaden), durch mut- oder böswillige Handlungen betriebsfremder Personen, durch Diebstahl, Einbruchsdiebstahl, Raub, unbefugten Gebrauch durch betriebsfremde Personen, Brand, Explosion, Haar-, Federwild oder Haustiere entsteht, vom Versicherungsnehmer oder Lenker bei der nächsten Polizeidienststelle unverzüglich anzuzeigen ist.“*

Der Kläger beanstandet diese Klausel als Verstoß



gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil der bloße Verweis auf § 6 Abs 3 Versicherungsvertragsgesetz (VersVG) dem Versicherungsnehmer nicht deutlich mache, dass dort Ausnahmen von der Leistungsfreiheit des Versicherers bei Obliegenheitsverletzungen vorgesehen seien. Dadurch werde er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten.

Die Beklagte bestritt die Intransparenz der Klausel. Das gesonderte Anführen der Ausnahmen von der Leistungspflicht des Versicherers sei wegen des Verweises auf den im Anhang der Bedingungen ohnedies abgedruckten § 6 Abs 3 VersVG entbehrlich.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent und gemäß § 6 Abs 3 KSchG unzulässig. Sie definiere ausschließlich die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers und die aus einer Verletzung resultierende Leistungsfreiheit des Versicherers. Auf deren Ausnahmen werde der Versicherungsnehmer aber erst im Anhang aufmerksam gemacht. Der Hinweis auf § 6 Abs 3 VersVG besage weder, dass diese Bestimmung im Anhang abgedruckt sei, noch dass sie Ausnahmen von der Leistungsfreiheit enthalte. Das widerspreche dem Ziel des Transparenzgebotes, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung sicherzustellen, um zu verhindern, dass der Durchschnittsverbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt werde.

Die Berufung der Beklagten führt dagegen ins Treffen, dass die Klausel der vom Gesetzgeber vorgegebenen Konzeption des § 6 Abs 3 VersVG entspreche. Mit dem Versicherungsnehmer müsse zunächst die Leistungsfreiheit im Fall der Obliegenheitsverletzungen klar vereinbart wer-

den. Allfällige Einschränkungen der Leistungsfreiheit würden sich dann unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Die Beklagte habe einen klaren Verweis auf den Gesetzestext in die Klausel aufgenommen und die relevante Bestimmung im Anhang der AVB vollständig abgedruckt. Dieser Verweis solle den Versicherungsnehmer umfassend und mit den Worten des Gesetzgebers über seine Rechte informieren. Ein um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer könne der Klausel seine konkreten Verhaltens- bzw. Sorgfaltspflichten nach Eintritt des Versicherungsfalles entnehmen. Wolle er sich über seine Rechte informieren, werde er aufgrund des Verweises die Bestimmung des § 6 Abs 3 VersVG lesen und dabei erfahren, dass die vereinbarte Leistungsfreiheit nur in bestimmten im Gesetz geregelten Fällen greife. Der vollständige Abdruck von § 6 Abs 3 VersVG in der Klausel selbst sei entbehrlich, weil sie für den Verbraucher keinen Gewinn an Klarheit und Verständlichkeit bedeute. Die Klausel sei damit so transparent wie möglich formuliert und verstoße nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG.

In Anwendung der eingangs dargelegten Auslegungsgrundsätze zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und zu der im Verbandsprozess vorzunehmenden Auslegung der beanstandeten Klausel im konsumentenfeindlichsten Sinn ist die Klausel so zu verstehen, dass sie als Rechtsfolge jeder Verletzung einer der angeführten Obliegenheiten die Leistungsfreiheit des Versicherers vorsieht. Sie bringt durch den in Klammer gesetzten Hinweis auf § 6 Abs 3 VersVG aber entgegen der Argumentation der Berufung der Beklagten nicht zum Ausdruck, dass die vereinbarte Leistungsfreiheit nur nach Maßgabe des § 6 Abs 3 VersVG eintreten soll. Das ist insofern wesentlich, als diese

Bestimmung weitgehende Ausnahmen von der vereinbarten Leistungsfreiheit bei Verletzung einer Obliegenheit, die nach dem Eintritt des Versicherungsfalles dem Versicherer gegenüber zu erfüllen ist, anordnet. So tritt die vereinbarte Rechtsfolge nach dieser Norm nicht ein, wenn die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht. Außerdem bleibt der Versicherer zur Leistung verpflichtet, soweit die Verletzung weder auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch auf die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung Einfluss gehabt hat, oder wenn die Obliegenheit nicht mit dem Vorsatz verletzt wird, die Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen oder die Feststellung solcher Umstände zu beeinträchtigen, die erkennbar für die Leistungspflicht des Versicherers bedeutsam sind.

Dient das Zitat einer gesetzlichen Bestimmung nun lediglich dazu, den Verbraucher über das in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausreichend und abschließend Geregelte hinaus auf weitere, ohnehin geltende Rechtsnormen aufmerksam zu machen, ist in solchen Hinweisen eine zusätzliche Serviceleistung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu sehen (*Krejci in Rummel*<sup>3</sup> KSchG § 6 Rz 214). Gerade bei deklaratorischen Klauseln, die auf kraft objektiven Rechts geltende Rechtsvorschriften verweisen, die auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der Vertragsparteien auf den gegenständlichen Vertrag anzuwenden sind, erscheint es nicht geboten, in der Klausel selbst oder sonst im Rahmen des Bedingungswerkes die verwiesene Rechtsnorm in ihrem Wortlaut wiederzugeben, weil selbst bei Unterbleiben jeglicher Verweisung die gesetzlichen Bestimmungen ohnehin Anwendung fänden.

Anders ist das allerdings bei konstitutiven Verwei-

sungen zu beurteilen, also bei solchen, die erst kraft Vereinbarung der Vertragsparteien auf das jeweilige Vertragsverhältnis anzuwenden sind. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Vertragspartner der verwiesenen gesetzlichen Bestimmung an sich ohnehin unterliegt, sondern vielmehr der Aspekt maßgeblich, ob die verwiesene Rechtsnorm bereits kraft objektiven Rechts in den gegenständlichen Versicherungsvertrag einbezogen wäre oder es diesbezüglich einer Vereinbarung der Vertragsparteien bedarf (vgl. *Kath*, aaO Seite 237f). Da die Leistungsfreiheit bei Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit keineswegs automatisch, sondern nur bei entsprechender Vereinbarung dieser Rechtsfolge eintritt, handelt es sich bei den bei Festschreibung der Obliegenheiten des Versicherungsnehmers gebräuchlichen Verweisungen auf § 6 VersVG um solche konstitutiver Art (*Kath*, aaO Seite 243). Wenn zwar auch keine generelle Pflicht besteht, den Vertragspartner über alle ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte zu informieren, so darf dem Verbraucher dennoch kein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt werden, das bewirken könnte, dass er in Unkenntnis der gesetzlichen Regelung an der Ausübung seiner Rechte gehindert wird (vgl. 4 Ob 179/02f). Gerade das wäre aber bei Nichterwähnung der durch § 6 Abs 3 VersVG normierten Ausnahmen von der Leistungsfreiheit des Versicherers bei Verletzung vertraglich vereinbarter Obliegenheiten, die zentraler Bestandteil des den Versicherungsnehmern durch das VersVG eingeräumten Schutzes sind, der Fall, kann doch die Kenntnis des Inhalts des § 6 Abs 3 VersVG beim durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht vorausgesetzt werden. Das Fehlen eines entsprechenden Hinweises führt somit zur Verletzung des aus § 6 Abs 3 KSchG abgeleiteten

Transparenzgebotes.

Die Frage, ob die Wiedergabe des Textes einer verwiesenen Bestimmung in jener Klausel zu erfolgen hat, welche die Verweisung anordnet, oder auch am Schluss des Bedingungswerkes bzw. in einem gesonderten Beiblatt erfolgen kann, ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, weil beide Methoden die Gefahr der Intransparenz in sich bergen und daher im Einzelfall beurteilt werden muss, welcher Methode der Vorzug zu geben ist und ob die allenfalls gewählte andere Methode eine unter Transparenzgesichtspunkten nicht hinnehmbare Verschleierung des Klauselinhalts bewirkte (vgl. *Kath*, aaO, Seite 240). Letzteres trifft aber auf den inkriminierten Verweis zu, nachdem der durchschnittliche Versicherungsnehmer bei konsumentenfeindlichster Auslegung aus der Klausel nur den Eindruck erhält, der Versicherer habe von einem ihm durch § 6 Abs 3 VersVG eingeräumten Recht Gebrauch gemacht, Obliegenheiten und die an einen Verstoß geknüpfte Rechtsfolge der Leistungsfreiheit vereinbaren zu dürfen, während er nicht erkennt, dass die verwiesene Norm im Anhang abgedruckt ist und von ihm nachgelesen werden sollte, weil sie wesentliche Ausnahmen von der an die Obliegenheitsverletzung geknüpften, weitreichenden Rechtsfolge des Entfalls jeglichen Versicherungsschutzes anordnet. Die Klausel verschleiern daher, dass Leistungsfreiheit des Versicherers nur nach Maßgabe des § 6 Abs 3 VersVG eintritt. Gegen eine Klausel, nach der sich der Versicherer Leistungsfreiheit im Rahmen der Grenzen des § 6 Abs 3 VersVG vertraglich ausbedingt, bestehen somit nur insoweit keine Bedenken, als dies in den Bedingungen klar zum Ausdruck kommt. Nachdem dies auf die inkriminierte Klausel nicht zutrifft, hat sie das Erstgericht zutref-

fend als intransparent und gemäß § 6 Abs 3 KSchG unzulässig beurteilt.

2.3. (Art 17 AKKB 2008/A):

*„Alle Mitteilungen und Erklärungen des Versicherungsnehmers und sonstiger anspruchsberechtigter Personen bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Schriftform.“*

Der Kläger erachtet diese Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil sie Mitteilungen und Erklärungen des Versicherungsnehmers im Falle einer Verletzung der in der Klausel vereinbarten Schriftform auch in den Fällen für unverbindlich erkläre, in denen für den Versicherer kein Zweifel daran bestehe, dass eine elektronisch, telefonisch oder unter persönlich Anwesenden mündlich abgegebene Erklärung oder Mitteilung vom Versicherungsnehmer stamme, oder in denen eine rechtzeitige schriftliche Erklärung nicht mehr möglich gewesen sei. Die Klausel sehe daher für die Verletzung der vereinbarten Schriftform eine völlig unangemessene und undifferenzierte Sanktion vor.

Die Beklagte erwiderte, dass die Klausel keine besonderen Zugangserfordernisse enthalte und damit von § 6 Abs 1 Z 4 KSchG gedeckt sei. Aufgrund der besonderen Eigenart des Versicherungsgeschäftes als Massengeschäft habe sie ein gerechtfertigtes Interesse daran, dass die Versicherungsnehmer sämtliche Mitteilungen und Erklärungen schriftlich verfassten, um Missverständnisse und spätere Beweisschwierigkeiten möglichst zu vermeiden.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als § 6 KSchG entsprechend. Mit der Bestimmung der Schriftlichkeit als Formerfordernis gehe sie nicht über § 6 Abs 1 Z 4 KSchG hinaus. Nur eine Vertragsbestimmung, nach der Erklärungen des Verbrauchers an den Unternehmer einer strengeren Form

als der Schriftform oder besonderen Zugangserfordernissen zu genügen hätten, sei nichtig.

Die Berufung des Klägers rügt, das Erstgericht habe übersehen, dass sich § 6 Abs 1 Z 4 KSchG nicht mit den Rechtsfolgen beschäftige, die an die Verletzung der vertraglich vereinbarten Schriftform geknüpft werden dürften. Bei kundenfeindlichster Auslegung sehe die Klausel für den Fall einer Verletzung des Schriftformvorbehalts die Rechtsfolge vor, dass eine nicht schriftliche Erklärung oder Mitteilung des Verbrauchers für den Versicherer unverbindlich sei. Dem Versicherer sei es damit erlaubt, eine bei ihm rechtzeitig elektronisch eingelangte Kündigung schlicht zu ignorieren und den Versicherungsnehmer zunächst in dem Glauben zu lassen, seine Kündigung sei rechtzeitig erfolgt und von ihm angenommen worden, solle er doch berechtigt sein, eine formwidrige, ihm aber tatsächlich zugegangene Mitteilung des Verbrauchers so zu behandeln, als hätte er von ihr nie Kenntnis erlangt. Eine derartige Rechtsfolge sei für den Verbraucher unangemessen benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, zumal er im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen regelmäßig zahlreiche gesetzliche und vertragliche Anzeige- und Mitteilungspflichten zu erfüllen habe und es häufig im Interesse des Versicherers liege, rasch von bestimmten Umständen Kenntnis zu erlangen. Es wäre daher absurd, dem Verbraucher derartige Nachteile aufzuerlegen, wenn er eine Anzeige so schnell als möglich erstatten wolle und sie daher elektronisch oder telefonisch übermittle. Außerdem widerspreche es dem für das Versicherungsverhältnis tragenden Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Versicherer formlose Erklärungen ohne Weiteres als unverbindlich ansehen könnte.

Auch wenn die Vereinbarung eines Schriftformgebotes grundsätzlich zulässig sein möge, sei die Vereinbarung der vollständigen Unverbindlichkeit formloser Erklärungen des Kunden als Rechtsfolge der Verletzung des Schriftformgebotes unangemessen und gröblich benachteiligend. Es entspreche der Rechtsprechung und Lehre, dass der Versicherer aufgrund der ihn treffenden zwingenden Schutz- und Sorgfaltspflichten eine formwidrige Kündigung nicht als unverbindlich ansehen dürfe, sondern den Versicherungsnehmer unverzüglich auf den Formmangel hinweisen müsse, damit dieser Gelegenheit habe, ihn rechtzeitig zu beheben. Unterlasse es der Versicherer, eine unwirksame Kündigung ohne Verzug zurückzuweisen, werde sie für ihn wirksam. Im Ergebnis sei daher eine formwidrige Kündigung für den Versicherer nur dann unverbindlich, wenn er sie unverzüglich zurückweise, er also den Mangel sofort rüge. Es sei kein sachlicher Grund erkennbar, warum das nicht auch auf andere Willenserklärungen des Verbrauchers zutreffen sollte. Bei Wissenserklärungen sei die Abweichung vom dispositiven Recht sogar noch größer. Der Versicherer müsse auch bei Vereinbarung der Schriftform formlose Anzeigen des Versicherungsnehmers gegen sich gelten lassen, wenn er von ihnen fristgerecht und zuverlässig Kenntnis erlangt habe. Es liege daher eine sachlich nicht zu rechtfertigende Abweichung vom dispositiven Recht vor, wenn formlose Mitteilungen im Gegensatz dazu für den Versicherer in jedem Fall unverbindlich sein sollten und der Versicherer nicht verpflichtet sei, den Verbraucher im Anlassfall darauf hinzuweisen.

Auch könne der Fall eintreten, dass es dem Versicherer unter Verweis auf die Klausel gelinge, sich gegenüber dem rechtsunkundigen Versicherungsnehmer, der eine Scha-



densmeldung nur telefonisch oder elektronisch erstattet habe, erfolgreich auf eine Obliegenheitsverletzung und damit Leistungsfreiheit zu berufen. In Wahrheit sei der Versicherer aber nicht leistungsfrei, weil er die formwidrige Anzeige entweder gegen sich gelten lassen müsse oder zumindest verpflichtet gewesen wäre, die formwidrige Anzeige sofort zu rügen. Die Klausel schieße daher in der angeordneten Rechtsfolge der Unwirksamkeit der formlosen Erklärung des Verbrauchers über das Ziel hinaus.

Sie sei auch schon allein deshalb gröblich benachteiligend, weil in ihr ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung alleine der Verbraucher zur Einhaltung der Schriftform bei sonstiger Unverbindlichkeit seiner Erklärung oder Mitteilung verpflichtet werde, während der Versicherer seine Mitteilungen und Erklärungen weiterhin in jeder beliebigen Form verbindlich abgeben könne. Es liege eine unwirksame Benachteiligung des Verbrauchers im Verhältnis zur Rechtsposition des Versicherers vor.

Hinzu komme, dass die Klausel entgegen den gemäß § 15a VersVG zwingenden Vorgaben des § 8 Abs 2 VersVG auch für die Kündigung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Versicherungsverhältnisses die Schriftform vorschreibe, die das Gesetz gerade nicht verlange.

Das sachlich gerechtfertigte Interesse des Versicherers an einer Schriftformklausel liege in erster Linie darin, dass er als Erklärungsempfänger das Risiko zu tragen habe, dass die Erklärung zwar im Namen des Versicherungsnehmers abgegeben worden sei, tatsächlich aber nicht von ihm stamme, und er den genauen Inhalt der Erklärung oder Mitteilung des Verbrauchers beweisen könne. Beide Interessen könne der Versicherer dadurch wahren, dass er sich formlose Erklärungen vom Versicherungsnehmer

schriftlich bestätigen lasse.

Nach § 6 Abs 1 Z 4 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen eine vom Verbraucher dem Unternehmer oder einem Dritten abzugebende Anzeige oder Erklärung einer strengeren Form als der Schriftform oder besonderen Zugangserfordernissen zu genügen hat. In Betracht kommen Erklärungen, die bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses notwendig werden oder dieses beenden sollen; zB Mahnungen, Nachfristsetzungen, Kündigungen, Rücktrittserklärungen, Mängelrügen und sonstige geschäftsähnliche Erklärungen (Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 74). Ziffer 4 betrifft aber auch Schadensmeldungen und sonstige Mitteilungen (Apathy, aaO Rz 21 mwN).

Verpönt ist nur eine vom Verbraucher abverlangte „strengere Form als die Schriftform“ (7 Ob 130/07d). Die Vereinbarung (einfacher) Schriftlichkeit (§ 886 ABGB: Unterschrift) ist demnach erlaubt und verstößt nach dem klaren Wortlaut der Norm nicht gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG (Apathy aaO Rz 20 mwN). Dabei ist im Auge zu behalten, dass es in Z 4 um die Wirkung einer Erklärung gegenüber dem Unternehmer geht; dh dass er sich nicht darauf berufen kann, ihm sei nichts mitgeteilt oder angezeigt worden, weil die Erklärung nicht der vereinbarten Form entsprach (Welser, aao S 75).

Dass der Schriftformvorbehalt nicht auch für Erklärungen des Versicherers gelten soll, stellt keine einseitige Benachteiligung des Versicherungsnehmers dar, sondern trägt der Bestimmung des § 10 Abs 3 KSchG Rechnung, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Ver-

brauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. Abs 3 wendet sich damit gegen Vorbehalte einer gewillkürten Schriftform mit der Ausnahme, dass Formvorbehalte für Verbrauchererklärungen zulässig bleiben (*Krejci in Rummel*<sup>3</sup> KSchG § 10 Rz 30).

Richtig weist die Berufung des Klägers darauf hin, dass sich der Versicherer gemäß § 15a VersVG nicht auf eine Vereinbarung berufen kann, die zum Nachteil des Versicherungsnehmers von der Vorschrift des § 8 Abs 2 VersVG abweicht, die für auf unbestimmte Zeit eingegangene Versicherungsverträge ein (formfreies) Kündigungsrecht für beide Teile für den Schluss der laufenden Versicherungsperiode vorsieht. Für solche Kündigungen in den AVB die Schriftform vorzusehen, ist daher unzulässig (*Gruber in Berliner Kommentar*, § 8 Rn 43). Anderes gilt aber - worauf die Beklagte hinweist - im Anwendungsbereich des § 8 Abs 3 VersVG, der im Gegensatz dazu für Kündigungen von befristeten Versicherungsverträgen die Schriftform vorschreibt. Dass die Beklagte die AKKB 2008 auch - was die Beklagte in der Berufungsbeantwortung unter Hinweis auf Art 4 Z 1 und Art 13 AKKB 2008 bestreitet - auf unbefristete Versicherungsverträge anwendet, hat der Kläger in erster Instanz aber nicht behauptet. Sein insoweit neues Vorbringen verstößt daher gegen das Neuerungsverbot und ist unbeachtlich (*Kodek in Rechberger*<sup>3</sup>, § 482 Rz 3).

Der Argumentation des Klägers, die Anordnung der an die Missachtung des Schriftformgebotes anknüpfenden Rechtsfolge der - bei kundenfeindlichster Auslegung sowohl für den Versicherungsnehmer als auch gegenüber dem Versicherer geltenden - Unverbindlichkeit formloser Erklärungen und Mitteilungen bedeute eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, entgeht,

dass genau diese Rechtsfolge dem dispositiven Recht entspricht. Haben die Parteien für einen Vertrag die Anwendung einer bestimmten Form vorbehalten, gilt gemäß § 884 ABGB die Vermutung, dass sie vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen. Nichts anderes aber besagt die angefochtene Klausel, wenn sie jene Rechtsfolge ausdrücklich anordnet, die mangels anderer Vereinbarung bei jedem Schriftformvorbehalt stets vermutet wird. Dass die Klausel diese Rechtsfolge ausdrücklich anführt, schadet nicht, ist sie doch nicht anders zu verstehen als eine Klausel, die diese gesetzliche Rechtsfolge nicht erwähnt. Die Frage der sachlichen Rechtfertigung einer vom dispositiven Recht abweichenden Vereinbarung stellt sich damit nicht. Die Klausel ist nicht als gröblich benachteiligend zu beurteilen. Sie hindert weder die Anwendung der von der Rechtsprechung anerkannten Möglichkeit, von der Schriftform einvernehmlich wieder abzugehen, noch beeinträchtigt sie das im Versicherungsvertragsverhältnis aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Erfordernis, formungültige Erklärungen des Versicherungsnehmers zurückzuweisen, damit sie keine Wirksamkeit entfalten. Dass die Klausel diese Rechtsfolge nicht erwähnt, schadet auch unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes nach § 6 Abs 3 KSchG nicht. Schließlich soll der Durchschnittskunde durch die AGB-Gestaltung nur in die Lage versetzt werden, seine Rechtsstellung im Kern zu erkennen. Nur wenn für ihn die Auswirkung einer Klausel im Ungewissen bleibt, trifft den Verwender eine entsprechende Hinweispflicht. Nicht erforderlich ist allerdings, dass der Kunde jede Rechtsfolge bis ins kleinste Detail erkennt und jeden Sachverhalt präzise unter die entsprechende AGB-Norm subsumieren kann. Übermäßige Kommentie-

rungen und Erläuterungen tragen nicht notwendigerweise zur Transparenz bei, sondern können im Gegenteil durch den erhöhten Textumfang die Kenntnisnahme erschweren (Leitner, Erscheinungsformen intransparenter AGB-Gestaltung, RdW 2003/125).

Indem die Klausel für die vom Versicherungsnehmer abzugebenden Erklärungen die Schriftform vorschreibt, stellt sie die zu wahrende Form klar. Vom Versicherer bei Vereinbarung eines Schriftformvorbehalts zu fordern, er müsse den Versicherungsnehmer zugleich darüber belehren, dass und unter welchen Umständen die Rechtsprechung von der Wirksamkeit formungültiger Erklärungen des Versicherungsnehmers ausgehe, würde gerade unter dem Gesichtspunkt der Transparenz zu einer der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit abträglichen Überfrachtung der Klausel führen. Eine - wenn auch überblicksmäßige - Darstellung der versicherungsrechtlichen Judikatur zur Frage der Wirksamkeit von Kündigungen oder sonstiger Erklärungen im Fall der Missachtung von Formvorschriften ist im Rahmen von AGB nicht zu verlangen.

Der Berufung des Klägers war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen, der Berufung der Beklagten aber teilweise Folge zu geben und das angefochtene Urteil hinsichtlich der Klausel 1.4. im klageabweisenden Sinn abzuändern. Die Abänderung der Kostenentscheidung ist eine notwendige Folge der Abänderung des Ersturteils.

Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gründet auf § 43 Abs 1 ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf §§ 50 iVm 41, 43 Abs 1 ZPO. Die Beklagte ist im Verfahren erster Instanz mit fünf von neun Klauseln unterlegen, sodass sie dem Kläger vier Neuntel der Pauschalgebühr und ein Neuntel der Kos-

ten seiner anwaltlichen Vertretung zu ersetzen hat.

Nachdem die Beklagte gegen die in erster Instanz gelegte Kostennote des Klagevertreters keine Einwendungen erhob, war diese der Kostenentscheidung gemäß § 54 Abs 1a ZPO zugrunde zu legen; sie wies auch keine offenbaren Unrichtigkeiten im Sinne der Entscheidung des VfGH vom 3.12.2010, G280/09-7, auf.

Der Kläger ist mit seiner Berufung unterlegen, sodass er der Beklagten die von ihr verzeichneten tarifmäßigen Kosten der Berufungsbeantwortung (EUR 650,16) zu ersetzen hat. Die Beklagte war mit ihrer Berufung hinsichtlich einer von drei streitverfangenen Klauseln erfolgreich. Sie kann daher den Ersatz eines Drittels der Pauschalgebühr (EUR 328,66) beanspruchen, hat dem Kläger aber ein Drittel der von ihm verzeichneten Kosten der Berufungsbeantwortung (EUR 388,02) zu ersetzen.

Eine Entscheidung über den Wert des Entscheidungsgegenstandes ist aufgrund § 502 Abs 5 Z 3 ZPO entbehrlich.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil die Auslegung von Klauseln in AGB von Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (2 Ob 142/06f mwN). Die vorliegend zu beurteilenden Geschäftsbedingungen sind aufgrund der praktischen Bedeutung von Kaskoversicherungsbedingungen für einen größeren Verbraucherkreis relevant. Eine Beurteilung der hier behandelten Klauseln durch den Obersten Gerichtshof liegt bisher - soweit überblickbar -

überwiegend nicht vor.

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt 4, am 28. Juni 2011

Dr. Curd Steinhauer  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG