



# RSS

Rechtsservice- und Schlichtungsstelle  
des Fachverbandes der Versicherungsmakler und  
Berater in Versicherungsangelegenheiten

Stubenring 16 / Top 7  
1010 Wien  
Tel: 05 - 90 900 - DW 5085 (Fax DW 118225)  
schlichtungsstelle@ivo.or.at

eine Einrichtung der



RSS-0127-20-13  
= RSS-E 15/21

## Empfehlung der Schlichtungskommission vom 23.4.2021

Vorsitzender	Dr. Ilse Huber
Beratende Mitglieder	Helmut Bauer Johann Mitmasser Dr. Wolfgang Reisinger (Versicherer)
Schriftführer	Mag. Christian Wetzelsberger

Antragstellerin	(anonymisiert)	Versicherungs- nehmerin
vertreten durch	(anonymisiert)	Versicherungs- makler
Antragsgegnerin	(anonymisiert)	Versicherer
vertreten durch	-----	

### Spruch

Der Antragsgegnerin wird die Deckung des Rechtsschutzfalls (*anonymisiert*) aus der Ausfallsversicherung zur Polizzennr. (*anonymisiert*) dem Grunde nach empfohlen.

### Begründung

Die Antragstellerin hat bei der antragsgegnerischen Versicherung eine Rechtsschutzversicherung zur Polizzennr. (*anonymisiert*) abgeschlossen. Vereinbart sind die ARB 2014 sowie die Besondere Bedingung RS 202-4, welche auszugsweise lautet:

*„Ausfallsversicherung*

*(...)2. Was ist versichert?*

*2.1 In Ergänzung des in Art. 6 der ARB vorgesehenen Versicherungsschutzes ersetzt der Versicherer in Versicherungsfällen des Schadenersatz-Rechtsschutzes mit Körperschäden des Versicherungsnehmers dessen höchstpersönliche Ansprüche auf Schmerzensgeld (§ 1325 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) und Verunstaltungentschädigung (§ 1326 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), die beim Schädiger uneinbringlich sind.*

*2.2 Ersatzfähig sind Ansprüche gemäß Pkt. 2.1., die*

*- im Rahmen eines Zivilprozesses gegen den Verursacher des Körperschadens durch gerichtlich beauftragte Sachverständige festgestellt und durch ein staatliches Gericht mit Streiturteil zuerkannt werden. Kein Versicherungsschutz besteht bei Versäumungsurteilen; (...)*“

Der mitversicherte (*anonymisiert*) wurde nach eigenen Angaben bei einer Auseinandersetzung am 7.12.2018 durch (*anonymisiert*) verletzt. Im Strafverfahren gegen diesen zu (*anonymisiert*) kam es zu einem (im Schlichtungsantrag nicht näher ausgeführten) Schuldspruch gegen den Angeklagten samt einem Privatbeteiligtenzuspruch für den Geschädigten iHv € 1.000,--.

Der Mitversicherte ließ über seinen Rechtsfreund (*anonymisiert*) zwei Privatgutachten erstellen, die den Umfang seiner Verletzungen darstellen. Im unfallchirurgischen Gutachten (*anonymisiert*) vom 22.4.2019 führt dieser zusammengefasst aus, dass es durch den Vorfall zu Prellungen an den Schultern, im Brustkorbbereich und am linken Oberschenkel gekommen sei, die fast vollständig verheilt seien. Die Läsion dreier Schneidezähne seien noch mittels Überkronung bzw. Stiftzahn zu versorgen. Gemeinsam mit einer posttraumatischen Belastungsreaktion seien 14 Tage starke, 10 Tage mittlere Schmerzen und 21 Tage leichte Schmerzen anzunehmen, für die derzeit nicht abzuschätzenden Zahnbehandlungen müsste pro Behandlungstag 1 Tag starke Schmerzen veranschlagt werden.

Das neurologisch-psychiatrische Gutachten (*anonymisiert*) vom 30.8.2019 schildert eine posttraumatische Belastungsreaktion samt darauf folgender depressiver Verstimmung, eine Anpassungsstörung in Verbindung mit Schlafstörungen. Unter Berücksichtigung der im unfallchirurgischen Gutachten dargestellten Schmerzperioden sei gesamt von 35 Tagen starken Schmerzen, 32 Tagen mittleren Schmerzen und 45 Tagen leichten Schmerzen auszugehen.

Der Mitversicherte brachte in weiterer Folge gegen (*anonymisiert*) eine Klage auf Schadenersatz iHv € 30.266,30 ein. Mit Versäumungsurteil vom 10.6.2020, (*anonymisiert*) wurde (*anonymisiert*) zur Zahlung des Klagsbetrages samt Zinsen und zum Ersatz der Prozesskosten verurteilt. Die darauffolgenden Betreibungsversuche blieben erfolglos. Es ist unstrittig, dass der Klagsbetrag aufgrund einer Vielzahl an vorrangigen Exekutionsverfahren uneinbringlich ist.

Die Antragsgegnerin lehnte eine Deckung aus der Ausfallsversicherung mit Schreiben vom 26.8.2020 mit folgender Begründung ab (Schadennr. (*anonymisiert*)):

*„(...)Nach den Bedingungen kommt die Ausfallsversicherung zum Zug, wenn die Verletzung durch gerichtlich beauftragte Sachverständige festgestellt wird und durch ein staatliches Gericht mit Streiturteil zuerkannt wird.*

*Explizit ausgeschlossen ist der Versicherungsschutz bei Versäumungsurteilen.(...)“*

Die Antragsgegnerin bot in weiterer Folge unpräjudiziell einen Ablöse von € 5.000,-- an.

Die Antragstellerin brachte dagegen am 1.12.2020 den gegenständlichen Schlichtungsantrag ein. Der Rechtsfreund der Antragstellerin, (*anonymisiert*), brachte darin auszugsweise vor:

*„(...)Diese Ablehnung des Versicherungsschutzes sowie Leistungsanspruches ist jedoch nicht gerechtfertigt, widerspricht zudem der diesbezüglichen Judikatur des Obersten Gerichtshofes und ist aufgrund gröblicher Benachteiligung des Versicherungsnehmers auch rechtsunwirksam bzw. nichtig im Sinne § 879 Abs 3 ABGB. (...)*

*Gemäß der höchstgerichtlichen diesbezüglichen Rechtsprechung ist es jedoch so, dass die in den „Besonderen Bedingungen RS 202-4“ unter Punkt 2.2 enthaltene Klausel - auf welche sich die (anonymisiert) Versicherung bei deren ungerechtfertigter Deckungs- und Leistungsablehnung bezieht - entsprechend den Vertragsauslegungsgrundsätzen nach §914f ABGB auszulegen ist. Dabei hat sich nach ständiger Rechtsprechung die Auslegung am Maßstab eines durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers zu orientieren (RIS-Justiz RS0050063), wobei die einzelnen Klauseln, wenn sie - wie hier - nicht auch Gegenstand und Ergebnis von Vertragsverhandlungen waren, objektiv unter Beschränkung auf ihren Wortlaut auszulegen sind (RIS-Justiz RS0008901), wobei aber stets auch der einem objektiven Beobachter erkennbare Zweck einer Bestimmung zu berücksichtigen ist (7 Ob 58/05p mwN; uva). Gemäß der zu 7 Ob 243/07x ergangenen Entscheidung liegt der - einem verständigen Versicherungsnehmer ohne weiteres erkennbare - Sinn der Klausel in einer den Versicherer vor ausufernder Geltendmachung solcher Ersatzansprüche sichernden Objektivierung. Diese soll nach dem Wortlaut der Klausel durch ein entsprechendes gerichtliches Erkenntnis gewährleistet werden, das auf dem Gutachten eines vom Gericht beauftragten Sachverständigen beruht. Dadurch soll der Versicherungsnehmer veranlasst werden, seinen Schadenersatzanspruch durch das Gutachten eines vom Gericht beauftragten Sachverständigen unter Beweis zu stellen. Entsprechend diesem Erfordernis hat (anonymisiert) in seiner Schadenersatzklage zu (anonymisiert) gegen den Täter (anonymisiert) Altan zum Beweis seines Schmerzensgeldanspruches auch die Beiziehung eines medizinischen Sachverständigen beantragt, wobei es zu dieser Beweisaufnahme nur deshalb nicht gekommen ist, weil der Täter eben (anonymisiert) nach entsprechender Einspruchserstattung sodann zur Tagsatzung vom 10.6.2020 nicht erschienen ist und hier das angesprochene Versäumungsurteil erging.*

*Das im Verfahren (anonymisiert) ergangene Versäumungsurteil ist jedoch nicht der Sphäre von (anonymisiert) zuzurechnen, da basierend auf vorstehend bereits zitierte Entscheidung zu 7 Ob 243/07x ein Schädiger nur dann auf Einwendungen verzichtet und ein Versäumungsurteil gegen sich ergehen lässt, wenn er annimmt, der gegen ihn klagsweise geltend gemachten Forderung dem Grund, aber auch der Höhe nach nicht aussichtsreich entgegentreten zu können. Die Auslegung der Versicherungsbedingungen wie es die (anonymisiert) mit ihrer Deckungsablehnung und Ablehnung des Leistungsanspruches bei Versäumungsurteilen vermeint, steht daher mit den in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen nicht im Einklang und ist auch höchst unbillig.*

*Gemäß der beiden beiliegenden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes 7 Ob 139/09f sowie 7 Ob 243/07x bestätigt und urteilt der OGH hier klar, dass die Deckungspflicht für Schmerzensgeld bei Versäumungsurteil aus der Ausfallsversicherung für den Versicherer gegeben ist.*

*Darüber hinaus ist eine derartige Versicherungsklausel, die eben eine Leistungspflicht des Versicherers in Ansehung eines dem Versicherungsnehmer Schmerzensgeld zuzuerkennendem Versäumungsurteil verneint bzw. Ausschluss des Versicherungsschutz bei Versäumungsurteil bestimmen würde, jedenfalls auch iSd § 879 Abs. 3 ABGB als gröblich benachteiligend und rechtsunwirksam anzusehen. Demnach ist eine in den AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der Hauptleistungen betrifft, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände den Versicherungsnehmer gröblich benachteiligend, wobei - um Doppelnennungen zu vermeiden - auf vorstehende Ausführungen, insbesondere auch Judikatur OGH 7 Ob 139/09 f sowie 7 Ob 243/07 x verwiesen werden darf, insbesondere da ein solcher Ausschluss überhaupt nicht in der Sphäre des Versicherungsnehmers, sprich (anonymisiert), liegt und begründet ist, vor allem auch dieser keinen Einfluss darauf hat, ob der Täter zum Gerichtsverfahren erscheint bzw. Einwendungen erstatet,*

*Auch ist eine solche Klausel und Formulierung eines Ausschlusses von Versicherungsschutz bei Versäumungsurteil, welches nicht in der Sphäre des Versicherungsnehmers liegt und er hier somit keinerlei Dispositionsfähigkeit hat, auch im Sinne § 6 KSchG und § 879 Abs. 3 ABGB intransparent und gröblichst benachteiligend.*

*Bei einer Klage mit entsprechender Streiteinlassung des Täters als Beklagter, welcher Umstand auch nicht in der Sphäre des verletzten Versicherungsnehmers als Kläger liegt, und ergehendem Gerichtsurteil, hat der Versicherer zu decken und im Falle der Ergebnislosigkeit des Exekutionsverfahrens sodann aus der Ausfallsversicherung das zugesprochene Schmerzensgeld zu decken, zu leisten und zu regulieren. Beim selben Verfahren nach Klage des verletzten Versicherungsnehmers und keiner Streiteinlassung oder Nichterscheinen des Täters als Beklagter, welcher Umstand auch nicht in der Sphäre des verletzten Versicherungsnehmers als Kläger liegt, und sodann prozess- bzw. ZPO-folglich ergehendem Versäumungsurteil, hätte der Versicherungsnehmer als Verletzter nunmehr plötzlich keine Versicherungsdeckung und keinen Leistungsanspruch mehr, obwohl er dafür nichts kann und diese Umstände weder in seiner Sphäre liegen noch von ihm irgendwie beeinflusst werden können, sodass er her klar und deutlich gröblichst benachteiligt ist und daher Rechtswidrigkeit, Nichtigkeit und Sittenwidrigkeit im Sinne § 6 KSchG und § 879 Abs. 3 ABGB gegeben ist.*

*Klar und deutlich hat der OGH hierzu gemäß obiger Judikatur die Deckungspflicht des Versicherers bei Versäumungsurteil bejaht, da der Sachverständigenbeweis sodann im Deckungsprozess bzw. Deckungsverfahren nachgeholt werden kann, wenn sich der Versicherer in den Deckungsprozess einlässt.(...)“*

Die Antragsgegnerin nahm zum Schlichtungsantrag mit Schreiben vom 4.1.2021 wie folgt Stellung:

*„(...)Der Versicherungsschutz ergibt sich aus dem Polizzentext. Dieser ist nach Möglichkeit entsprechend dem Wortlaut zu interpretieren. Nur wo der Wortlaut unklar ist, sind andere Interpretationsmethoden heran zu ziehen. Anders als in der vom Antragsteller zitierten OGH-Entscheidung 7Ob243/07x ist in der hier*

*vorliegenden Polizze ausdrücklich festgehalten, dass Versicherungsschutz im Falle eine Versäumungsurteiles nicht besteht.*

*Analog zum Judikat weisen wir darauf hin, dass die Anspruchshöhe wegen des ergangenen Versäumungsurteils in keiner Weise geprüft wurde. Wie im von Ihnen angeführten Judikat ausgeführt, stellt hierbei ein Privatgutachten keinen Ersatz dar für ein Gutachten im Zivilprozess.*

*Angesichts der klaren Definition im Poliztext gehen wir weiterhin davon aus, dass für den Ersatz des Schmerzensgeldes kein Versicherungsschutz bei uns besteht.(...)“*

Die Antragsgegnerin wiederholte ihr Anbot eines Ablöse iHv € 5.000,--, welches von der Antragstellerin jedoch abgelehnt wurde.

### **Rechtlich folgt:**

Der vom Antragsteller zitierten Entscheidung des OGH 7 Ob 243/07x und der Folgeentscheidung 7 Ob 139/09f, die im zweiten Rechtsgang in derselben Streitsache erging, lag insofern eine andere Bedingungslage als hier zugrunde, als Punkt 2.2. lautete: „2.2. Ersatzfähig sind Ansprüche gemäß Pkt. 2.1., die im Rahmen eines Zivilprozesses durch gerichtlich beauftragte Sachverständige festgestellt und durch ein staatliches Gericht zuerkannt werden; ...“ Es fehlte also, dass die Ansprüche „mit Streiturteil“ festgestellt werden müssen und „bei Versäumungsurteilen“ kein Versicherungsschutz besteht.

Der OGH führte in 7 Ob 243/07x sinngemäß aus, es wäre höchst unbillig, wenn der Versicherungsschutz im Fall eines Versäumungsurteils, das dem Versicherten die Möglichkeit der Erlangung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens nimmt, entfielen. Der OGH ging des Weiteren davon aus, dass die Möglichkeit der Fällung eines Versäumungsurteils gegen den Schädiger offensichtlich nicht bedacht worden sei, weshalb die Klausel ergänzend dahin zu interpretieren sei, was redliche Parteien andernfalls vereinbart hätten. Da es ebenfalls unbillig wäre, die der Objektivierung dienende Deckungsvoraussetzung des gerichtlichen Gutachtens ganz entfallen zu lassen, liege die Lösung nahe, dass die Nachholung des Sachverständigenbeweises im Deckungsprozess vereinbart worden wäre. Eine Auslegung der Klausel dahin, dass die Leistungspflicht des Versicherers im Fall eines dem Versicherungsnehmer Schmerzensgeld zuerkennenden Versäumungsurteils grundsätzlich zu verneinen sei, sei als den Versicherungsnehmer gröblich benachteiligend abzulehnen.

Damit verweist der OGH auf § 879 Abs 3 ABGB, der lautet: „Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt“.

Nunmehr stellt die Klausel Punkt 2.2 ausdrücklich klar, dass für die Deckungserlangung die Zuerkennung der Ansprüche durch ein Streiturteil erforderlich ist und bei Zuerkennung (bloß) durch ein Versäumungsurteil keine Deckungspflicht besteht. Der Versicherer hat demnach jetzt den Fall, dass ein Versäumungsurteil ergeht, bedacht und eine entsprechende Regelung

- den Deckungsentfall - vorgesehen. Der Begriff des Versäumungsurteils stellt einen Rechtsbegriff dar, er ist daher im Sinn der Rechtssprache auszulegen (RS0123773); auf das Verständnis eines durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers kommt es nicht an. Nach dem daher klaren Wortlaut der Klausel steht dem Antragsteller keine Deckung zu, weil der Schmerzensgeldanspruch durch ein Versäumungsurteil erfolgte.

Da der OGH die Auslegung der Klausel eben in dem Sinn, wie sie nun lautet, nämlich dass ein Versäumungsurteil für den Deckungsanspruch nicht genügt, als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB beurteilt hat, ist davon auszugehen, dass er auch den nun vorliegenden Wortlaut der Klausel, der ausdrücklich das Versäumungsurteil für den Deckungsanspruch nicht genügen lässt, sondern ein Streiturteil fordert, als gröblich benachteiligend ansehen wird. Die Bestellung von Sachverständigen durch das Gericht, um die eingeklagten Ansprüche zu beurteilen, hängt in einem Zivilprozess ja gerade davon ab, ob die Ansprüche überhaupt vom Prozessgegner bestritten werden. Das ist etwa bei einem zu einem Anerkenntnisurteil führenden Anerkenntnis, aber auch bei einer Außerstreitstellung der Höhe des begehrten Schmerzensgeldes, wenn der Verletzungshergang keine Sachverständigenfrage darstellt, und insbesondere bei einem Versäumungsurteil der Fall. Der verletzte Versicherte/der Versicherungsnehmer wird also in bestimmten Fällen keinen Einfluss darauf nehmen können, ob sein Anspruch durch einen gerichtlich beauftragten Sachverständigen geprüft wird und ob über seinen Anspruch überhaupt ein Streiturteil ergeht. Jedenfalls hängen die nun in Punkt 2.2 der Ausfallsversicherung kumulativ aufgezählten Voraussetzungen der Deckungspflicht, nämlich die positiven Voraussetzungen der Feststellung durch einen von einem Zivilgericht beauftragten Sachverständigen und in einem Streiturteil und die negative Voraussetzung, dass die Zuerkennung nicht durch ein Versäumungsurteil, sondern durch ein Streiturteil zu erfolgen hat, untrennbar zusammen. Die Klausel, in der nun klargestellt wurde, dass der Versicherer insbesondere Versäumungsurteile als nicht ausreichend für die Deckungspflicht ansieht, lässt keine Interpretation mehr dahin zu, dass die Möglichkeit des Versäumungsurteils nicht bedacht worden sei. Im Sinn der Ausführungen des OGH in 7 Ob 243/07x ist gerade dieser Deckungsausschluss im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wegen gröblicher Benachteiligung des Versicherungsnehmers nichtig.

Eine geltungserhaltende Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln im Individualprozess über ein Verbrauchergeschäft kommt aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH 14. 6. 2012, C-618/10 [Banco Espanol de Crédito]) nun nicht mehr in Frage (2 Ob 22/12t). Damit ist die frühere Rechtsprechung des OGH, wonach derart unwirksame Klauseln zwar im Verbandsprozess (RS0038205), nicht aber auch bei Verbrauchergeschäften im Individualprozess (vgl RS0016420 [T14]) geltungserhaltend zu reduzieren seien, überholt.

Punkt 2.2 der Ausfallsversicherung lässt sich infolge des aufgezeigten Zusammenhangs der Aufzählung, wann uneinbringliche Ansprüche nach Punkt 2.1 ersatzfähig sind und wann nicht, nicht in eigenständige, getrennt voneinander zu beurteilende Klauseln zerlegen. Punkt 2.2 ist daher insgesamt unwirksam und kann nicht geltungserhaltend reduziert werden.

Nach der Rechtsprechung des OGH kommt jedenfalls im Verbandsprozess auch keine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Die Frage hingegen, ob im Individualprozess über Verbraucherrechte im Licht der Judikatur des EuGH bei Entfall einer rechtsmissbräuchlichen AGB-Klausel eine ergänzende Vertragsauslegung zulässig ist, hat der OGH bisher nicht entschieden (vgl. RS0129406).

Ob es der OGH nach der nunmehr durch die EuGH-Judikatur geänderten Rechtslage als zulässig ansehen würde, die durch den Entfall von Punkt 2.2 eingetretene Regelungslücke durch eine ergänzende, an redlichen Parteien orientierte Auslegung dahin zu schließen, dass der Sachverständigenbeweis im Deckungsprozess nachgeholt werden kann, ist daher höchst zweifelhaft.

Der verbleibende Punkt 2.1 der Ausfallsversicherung lässt offen, wie im Streitfall Grund und Höhe der dort genannten Ansprüche (im vorliegenden Fall ist offenbar die Höhe strittig) ermittelt werden soll.

Die in 7 Ob 243/07x vertretene Ansicht, das Erfordernis der Prüfung der Anspruchshöhe durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen sei im Fall eines im Haftpflichtprozess ergangenen Versäumungsurteils in den Deckungsprozess zu verlagern, ist durchaus naheliegend. Analoges bietet sich insbesondere auch bei dem gänzlichen Entfall des Punktes 2.2 an, nämlich dass die Prüfung des Anspruchs im Deckungsprozess zu erfolgen hat. Diese Lösung kann aber auch auf anderem Weg als durch ergänzende Vertragsauslegung gefunden werden:

Bei der Ausfallsversicherung handelt es sich materiell nicht um eine Rechtsschutzversicherung im eigentlichen Sinn (vgl. § 158j VersVG), sondern eher um einen Unterfall der Unfallversicherung (vgl. § 179 VersVG). Demgemäß liegt auf der Hand, dass die Prüfung des Anspruchs auf Schmerzensgeld und Verunstaltungsentschädigung im Deckungsprozess zu erfolgen hat, und zwar jedenfalls dann, wenn das Urteil im Haftpflichtprozess keine Bindungswirkung für den Deckungsprozess entfalten kann. Eine solche Bindungswirkung ist hier schon deshalb auszuschließen, weil die Antragsgegnerin nicht in den Haftpflichtprozess, der mit Versäumungsurteil endete, einbezogen war. Mangels Bindungswirkung steht der Antragsgegnerin daher im Deckungsprozess insbesondere auch die Bestreitung der Höhe des Deckungsanspruchs zu.

Gegen den Deckungsanspruch - auch im Deckungsprozess - jedenfalls mögliche und beachtliche Einwendungen - etwa die Verletzung der Aufklärungsobliegenheit, das kollusive Zusammenwirken mit dem (angeblichen) Schädiger (vgl. 7 Ob 139/09f) - hat die Antragsgegnerin nicht erhoben. Unbestritten blieb auch der Anspruch dem Grunde nach und des Weiteren, dass der Anspruch auf Schmerzensgeld beim Schädiger uneinbringlich ist.

Infolge Entfalls der weiteren in Punkt 2.2 genannten Voraussetzungen für die Deckungspflicht ist daher der Deckungsanspruch des Antragstellers dem Grunde nach zu bejahen. Die strittige

Anspruchshöhe wäre in einem Deckungsprozess zu klären. Es war daher spruchgemäß zu empfehlen.

**Für die Schlichtungskommission:**

**Dr. Huber eh.**

**Wien, am 23. April 2021**