

# Nebengesetze, Systematische Darstellungen I

Langheid / Wandt

3. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-73043-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wird „und nicht gegen Entgelt tätig wird“. <sup>223</sup> Entsprechendes gilt für den Ausschluss der Leistungspflicht in der **Ratenschutz-Versicherung** für Bankkredit bei „ernstlichen Erkrankungen“. <sup>224</sup> Wegen Intransparenz kassierte der BGH schließlich die in der **Kaskoversicherung** übliche Umsatzsteuerklausel. <sup>225</sup> Auch hier tritt ein vergleichsweise strenger Maßstab zutage, dessen Tragfähigkeit unter neuem Recht sorgfältiger Prüfung bedarf. Ein Ausschluss von Schäden aus Anlass von Fahrten auf Motorsport-Rennstrecken kann hinreichend transparent sein. <sup>226</sup> Für wirksam befand der BGH zudem eine „Entwertungsklausel“ in der **Feuerversicherung** zum Neuwert. <sup>227</sup>

Eine weitere Entwicklungslinie der Transparenzkontrolle von AVB betrifft **Bedingungsanpassungsklauseln**. Hier nahm die Verwerfung von AVB wegen Intransparenz durch den BGH ihren Ausgang. Zunächst erklärte der BGH unter altem Recht eine Prämien-, Tarifbestimmungs- und Bedingungsanpassungsklausel eines VVaG, die dem Vorstand mit Zustimmung der Hauptversammlung ein uneingeschränktes Abänderungsrecht einräumte, für mit dem Transparenzgebot unvereinbar und unwirksam. <sup>228</sup> Dieses Ergebnis ließe sich letztlich auch mit inhaltlicher Unangemessenheit begründen. Der Rekurs auf das Transparenzgebot ist fragwürdig, weil klar war, dass ein uneingeschränktes Änderungsrecht bestehen sollte. Die Klausel war deshalb auch juristischen Laien ohne weiteres verständlich. Im konkreten Fall hätte es eines Rückgriffs auf das Transparenzgebot nicht bedurft. Umso bedenklicher sind die später in der Folge eingetretenen Weiterungen. In einer zweiten Entscheidung zur Bedingungsanpassung bestätigte der BGH seine Grundlinie und erklärte eine Anpassungsklausel in der Rechtsschutzversicherung für intransparent (§ 10 Abschn. A ARB 1994). <sup>229</sup> Der Versicherer war nach der Klausel ua „im Fall der Unwirksamkeit von Bedingungen“ zur Änderung berechtigt. Die geänderten Bedingungen sollten Vertragsbestandteil werden, falls der Versicherungsnehmer nicht innerhalb eines Monats schriftlich widersprach. Im Fall fristgerechten Widerspruchs sollten die Verträge „mit den ursprünglichen Bedingungen weiter“ laufen. Der BGH stützt sich zur Begründung der Unwirksamkeit zu Recht in erster Linie auf inhaltliche Unangemessenheit und bemüht das Transparenzgebot lediglich ergänzend. <sup>230</sup> Gleichwohl wird auch hier ein sehr strenger und weitgehender Transparenzmaßstab sichtbar, dessen Fortgeltung unter dem neuen Versicherungsvertragsrecht mit seinen Informations- und Beratungspflichten nicht frei von Zweifel ist (→ Rn. 90 ff.).

**b) Einzelne Versicherungszweige. aa) Haftpflichtversicherung.** Zulässig ist die sog. **„Kleine Benzinklausel“** in der Privathaftpflichtversicherung. <sup>231</sup> **96**

**bb) Rechtsschutzversicherung.** Die sog. Vorerstreckungsklausel in § 4 Abs. 3 lit. a ARB 08 ist nach der Rspr. des BGH aufgrund von Intransparenz unwirksam, <sup>232</sup> ebenso die Schadensminderungsklausel in § 17 Abs. 1 lit. c bb ARB 2010. <sup>233</sup> Der BGH kassierte überdies eine „**Effektenklausel**“ sowie eine „**Prospekthaftungsklausel**“ als intransparent, da die Konturen der Begrifflichkeiten nicht hinreichend eindeutig festgelegt seien. <sup>234</sup> Wirksam ist hingegen der Leistungsausschluss im Hinblick auf Beteiligungen. <sup>235</sup> Nach obergerichtlicher Rspr. ist auch eine Bestimmung, welche dem Versicherungsnehmer aufgab, „alles zu vermeiden, was eine unnötige Erhöhung oder Kosten oder eine Erschwerung ihrer Erstattung durch die Gegenseite verursachen könnte“, intransparent und unwirksam. <sup>236</sup> **97**

**cc) Gebäudefeuerversicherung.** Das OLG Schleswig erachtete die Vereinbarung einer Obliegenheit in der **Wohngebäudeversicherung**, wonach „die Einhaltung aller gesetzlichen, behördlichen sowie vertraglich vereinbarten Sicherheitsvorschriften zu erfüllen“ ist, mangels eigenständigen Regelungsgehalts wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 als unwirksam. <sup>237</sup> **98**

<sup>223</sup> BGH NJW-RR 2005, 1189 = VersR 2005, 976 (977 f.); fragwürdig.

<sup>224</sup> BGH NJW-RR 2015, 801 = VersR 2015, 318 (320).

<sup>225</sup> BGH NJW 2006, 2545 (2546); fragwürdig; anders bei einer im Wortlaut abweichenden Klausel KG VersR 2010, 1633 (1634).

<sup>226</sup> Beispielsfall: OLG Karlsruhe VersR 2015, 62 (64).

<sup>227</sup> BGH NJW 2010, 294 = VersR 2009, 1622 (1624).

<sup>228</sup> BGHZ 136, 394 (401 f.) = NJW 1998, 454 (456) zu § 9 AGBG aF

<sup>229</sup> BGHZ 141, 153 (157 ff.) = NJW 1999, 1865 (1866) zu § 9 AGBG aF; s. auch Bruns in Bruck/Möller ARB § 10 Rn. 1.

<sup>230</sup> BGHZ 141, 153 (154 ff., 157 ff.) = NJW 1999, 1865.

<sup>231</sup> OLG München VersR 2013, 1168 (1169).

<sup>232</sup> BGH NJW 2018, 2710 = VersR 2018, 992; s. auch Bruns in Bruck/Möller ARB § 4 Rn. 42.

<sup>233</sup> BGH NJW 2019, 3582 = VersR 2019, 1284 Rn. 14 ff.; zu dieser Bestimmung bereits Bruns in Bruck/Möller ARB § 17 Rn. 7.

<sup>234</sup> BGH NJW 2013, 2739 = VersR 2013, 995.

<sup>235</sup> BGH NJW 2013, 2742 = VersR 2013, 853 (855 f.).

<sup>236</sup> OLG München NJW 2012, 1664 = VersR 2012, 313 (314).

<sup>237</sup> OLG Schleswig BeckRS 2017, 158399 = VersR 2019, 1557.

- 99 **dd) Lebensversicherung.** Der BGH kassierte **Rückkaufswertklauseln** in der Kapitallebensversicherung als mit dem Transparenzgebot unvereinbar.<sup>238</sup> Hierzu ist das Notwendige bereits gesagt (→ Rn. 90 f., → Rn. 92, → Rn. 33 ff.). Der angelegte Maßstab ist überaus streng, und die Folgen für das Versicherungsverhältnis sind besonders gravierend, zumal der BGH in einer Folgeentscheidung die Klauselanpassung im Treuhänderverfahren für unzulässig erklärte.<sup>239</sup> Die Entscheidungen sind letztlich eher als Ausreißer anzusehen, die durch die gesetzliche Neuregelung in § 169 VVG praktisch überholt sind.<sup>240</sup> Auch Klauseln, die nicht in hinreichender Weise zwischen dem Rückkaufswert als versicherungsmathematisch zu berechnendem Zeitwert iSd § 174 Abs. 2 VVG aF, § 176 Abs. 3 VVG aF und einem gesondert zu vereinbarenden angemessenen Stornoabzug iSd § 174 Abs. 4 VVG, § 176 Abs. 4 VVG aF differenzieren, sind unwirksam.<sup>241</sup>
- 100 Intransparent ist nach der Rspr. des BGH vor der VVG-Novelle auch eine Klausel über die **Abschlusskosten**.<sup>242</sup> Der BGH begründet die Intransparenz entsprechend den an die Rückkaufswertklausel angelegten Maßstäben. Die Entscheidung ist aus den genannten Gründen abzulehnen (→ Rn. 90 ff.). Intransparenz bescheinigte der BGH darüber hinaus einer Bestimmung in den AVB, welche für Abzüge bei der Berechnung des Rückkaufswertes pauschal auf die Tarifbestimmungen verweist.<sup>243</sup> Zudem verstößen Klauseln über die Erhebung von **Ratenzahlungszuschlägen** bei unterjährlicher Zahlung von Versicherungsbeiträgen ohne konkrete Nennung der Zuschläge nicht gegen das Transparenzgebot des § 307.<sup>244</sup>
- 101 Die AVB zu **Überschussermittlung und Überschussbeteiligung** wurden dagegen vom BGH bislang zu Recht nicht wegen Intransparenz kassiert.<sup>245</sup> Nach den Umständen sei hier keine transparentere Gestaltung geboten, weil §§ 140 Abs. 2 VAG, § 145 Abs. 2, 3 VAG und die dazu ergangene Rechtsverordnung über die Gewinnbeteiligung so komplex und kompliziert seien, dass sie einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht mehr weiter erklärt werden könnten (sic!). Spötter mögen denken, der BGH habe bei der Bestimmung des Transparenzmaßstabes in Gestalt des Verständnishorizonts möglicherweise einen durchschnittlichen Richter in der Position des Versicherungsnehmers vor Augen gehabt (iudex non calculat). Doch ginge solche Kritik fehl. Vielmehr ist die Entscheidung in der Sache zu begrüßen, weil sie den Transparenzmaßstab realistisch wählt. Die vom BVerfG in diesem Zusammenhang gehegten Transparenzbedenken<sup>246</sup> dürften durch die Neuregelung im Zuge der VVG-Reform erledigt sein (§ 153 VVG). – Im Zusammenhang mit den sog. „**Rürup-Verträgen**“ erklärte der BGH eine Klausel für mit dem Transparenzgebot vereinbar, welche die Rechtsfolgen einer ordentlichen Kündigung auf eine Beitragsfreistellung begrenzt.<sup>247</sup>
- 102 **ee) Unfallversicherung.** Keine Intransparenz stellte der BGH bei Überprüfung von in der Unfallversicherung üblichen Klauseln fest, nach denen die Invalidität innerhalb eines Jahres seit dem Unfall eingetreten und innerhalb von 15 oder 18 Monaten ärztlich festgestellt und beim Versicherer geltend gemacht werden muss.<sup>248</sup> Hinreichend transparent ist auch die Formulierung „erhöhte Kraftanstrengung“ in Nr. 1.4 AUB 10.<sup>249</sup> Unter geltendem Recht ist bei der **Transparenzbetrachtung** zudem die Hinweispflicht des Versicherers aus § 186 VVG zu berücksichtigen.<sup>250</sup> Die Abgeltung von Ausstrahlungswirkungen auf rumpffernere Gliedmaßen nach der Gliedertaxe wird von der hM nicht als intransparent eingestuft.<sup>251</sup>
- 103 **ff) Krankenversicherung.** Der BGH erklärte in der Auslandsreisekrankenversicherung eine Klausel für intransparent, die vom Ausland das Staatsgebiet ausnahm, „dessen Staatsangehörigkeit
- <sup>238</sup> BGHZ 147, 354 (361 ff.) = NJW 2001, 2014 (2016 ff.); BGHZ 373, 377 f. = NJW 2001, 2012 (2013 f.); mit Recht abl. zB Reiff in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Klauseln (V) Rn. 192.
- <sup>239</sup> BGHZ 164, 297 (315 f.) = NJW 2005, 3559 (3562 ff.).
- <sup>240</sup> Vgl. aber OLG Köln NJW 2017, 1039.
- <sup>241</sup> BGH NJW 2012, 3023 = VersR 2012, 1149 (1155 ff.); r+s 2014, 29 = VersR 2013, 1116 (1119 f.).
- <sup>242</sup> BGHZ 147, 354 (366) = NJW 2001, 2014 (2017); BGHZ 373, 379 = NJW 2001, 2012 (2014); s. auch BGH NJW 2012, 3023 = VersR 2012, 1149 (1153 f.) zur Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2.
- <sup>243</sup> BGH NJW-RR 2013, 146 = VersR 2013, 213 (217).
- <sup>244</sup> OLG Hamburg GRUR-RS 2012, 09865 – insoweit nicht behandelt in BGHZ 196, 150 = VersR 2013, 341.
- <sup>245</sup> BGHZ 147, 354 (372) = NJW 2001, 2014 (2019).
- <sup>246</sup> BVerfGE 114, 73 (95 f.) = NJW 2005, 2376 (2381).
- <sup>247</sup> BGH NJW-RR 2012, 161 = VersR 2012, 302.
- <sup>248</sup> BGHZ 162, 210 (213 ff.) = NJW-RR 2005, 902 = VersR 2005, 639 zu § 7 AUB 1994; BGH NJW 2012, 3184 = VersR 2012, 1113 (1114 f.) zu AUB 2002 Nr. 7, Ziff. 2.1.1.1; aA noch OLG Hamm VersR 2008, 811; → Rn. 80.
- <sup>249</sup> BGH NJW-RR 2020, 92 = VersR 2020, 95; s. auch OLG Hamm VersR 2019, 611.
- <sup>250</sup> BGH NJW 2012, 3184 = VersR 2012, 1113 (1114) mwN aus dem Schrifttum.
- <sup>251</sup> BGH NJW-RR 2012, 486 = VersR 2012, 351, ohne Bezugnahme auf § 307 Abs. 1 S. 2; OLG Hamm VersR 2011, 1433 (1434).

die versicherte Person besitzt oder in dem sie einen ständigen Wohnsitz hat“, um anschließend Doppelstaatern, die neben der ausländischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit haben, und Personen, die einem EU-Staat angehören, Versicherungsschutz zuzusagen.<sup>252</sup> Die Klausel ist in der Tat nicht ohne weiteres verständlich; ob es einer richterlichen Intervention über das Transparenzgebot indessen wirklich bedurfte, ist ein weites Feld. Zwingend war die Annahme von Intransparenz letztlich nicht. Unter neuem Recht könnte angesichts **intensivierter vorvertraglicher Informations- und Beratungspflichten** die Abwägung auch hier anders ausfallen (→ Rn. 90 ff.). Eine Regelung über die Herabsetzung des Krankentagegeldes und des Versicherungsbeitrages, die – über § 4 Abs. 4 MB/KT 2009 hinausgehend – die Klausel enthält „Bei Tarifen für Selbstständige und freiberuflich Tätige gilt als Nettoeinkommen der Gewinn (§ 2 Abs. 1 EStG) aus dem im Versicherungsvertrag angegebenen Tätigkeit“, im Übrigen jedoch der Regelung in § 4 Abs. 4 der MB/KT 2009 entspricht, hat das OLG Koblenz wegen Intransparenz für unwirksam befunden.<sup>253</sup> Die Mahnkostenpauschale in § 8 Abs. 6 S. 2 MB/KK ist wegen Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 193 Abs. 4 VVG nach Ansicht des OLG Köln unwirksam.<sup>254</sup> Das OLG Dresden hat Sonderbedingungen eines Versicherers für die Krankentagegeldversicherung für Berufssportler, die ohne nähere Erläuterung an den Begriff des Nettoeinkommens in § 4 MB/KT 09 anknüpfen, für intransparent erklärt.<sup>255</sup>

**gg) Im VVG nicht typisierte Versicherungszweige.** Für die Klausel einer **Ratenschutz-** **Arbeitsunfähigkeitsversicherung** stellte der BGH fest, dass der Versicherungsnehmer hinreichend klar erkennen könne, dass Versicherungsschutz lediglich für den Fall vorübergehender Unfähigkeit zur Ausübung der bisherigen oder einer vergleichbaren Tätigkeit des Versicherten bestehe, während der Versicherungsschutz für den Fall unbefristeter Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit erlösche.<sup>256</sup> Einer sehr weit und konturenlos gefassten Obliegenheit über den Nachweis der Vollinvalidität in der **Marktwertversicherung** für Fußballer attestierte der BGH hingegen zu Recht Intransparenz.<sup>257</sup> In der **Forderungsausfallversicherung** verstößt die Klausel „Inhalt und Umfang der versicherten Schadensersatzansprüche richten sich nach dem Deckungsumfang der Privathaftpflichtversicherung dieses Vertrages“ gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2, soweit durch eine berufliche Tätigkeit des Schädigers verursachte Schäden nicht versichert sein sollen.<sup>258</sup> In der Reiserücktrittsversicherung ist die Voraussetzung einer „unerwarteten und schweren“ Erkrankung weder intransparent (§ 307 Abs. 3 S. 2) noch unterliegt sie der Kontrolle auf inhaltliche Unangemessenheit (§ 307 Abs. 1 S. 1).<sup>259</sup> Die in den Bedingungen einer **Reiseabbruchversicherung** enthaltene Pflicht zur Einreichung eines ärztlichen Attests mit Diagnose und Behandlungsdaten eines Arztes am Aufenthaltsort verstößt dagegen nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2.<sup>260</sup> Die Regelung in einer **Satzung einer kommunalen Zusatzversorgungskasse**, wonach ein Mitglied verpflichtet ist, einen Ausgleichsbetrag in Höhe des Barwerts der im Zeitpunkt der Beendigung der Mitgliedschaft auf der Kasse lastenden Verpflichtungen zu zahlen, ist wegen Intransparenz unwirksam, wenn nicht alle Berechnungsgrundlagen des Ausgleichsbetrags offengelegt werden und Berechnungsmethode und Rechnungsgrundlagen wie die zugrunde gelegten Sterbetafeln weder aus der Satzung noch aus veröffentlichten Ausführungsbestimmungen vollständig ersichtlich sind.<sup>261</sup>

**3. Würdigung.** Insgesamt zeigt sich teilweise eine fragwürdige Tendenz der höchstrichterlichen Rspr. zur **Überspannung von Transparenzanforderungen**. Das gilt sowohl im Hinblick auf den grundsätzlichen Maßstab als auch in Einzelfällen. Die VVG-Reform gibt mit der Abschaffung des Policen-Modells und der Verstärkung von Informationspflichten Anlass, überkommene Kontrollstandards einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Überzogene Anforderungen an die Transparenz von AVB werden den Besonderheiten der Privatversicherung als Produkt der Kautelarjurisprudenz (→ Vor § 307 Rn. 75) nicht gerecht. Im Grenzbereich ist die Schwelle zur verfassungsrechtlich zweifelhaften richterlichen Intervention uU rasch überschritten. Die Aufgabe der höchstrichterlichen

<sup>252</sup> BGH NJW 2001, 1132 = VersR 2001, 184 (185 f.).

<sup>253</sup> OLG Koblenz r+s 2017, 198 im Anschluss an BGH r+s 2016, 466.

<sup>254</sup> OLG Köln r+s 2019, 211.

<sup>255</sup> OLG Dresden NJW-RR 2017, 413 = VersR 2017, 542: Anordnung der Anrechnung von Verletztengeld ist ebenfalls intransparent, wenn unklar bleibt, wie sie rechnerisch iE erfolgen soll.

<sup>256</sup> BGH NJW 2014, 377 = VersR 2013, 1397 (1398 f.).

<sup>257</sup> BGH NJW-RR 2010, 99 = VersR 2009, 1659 (1661 ff.).

<sup>258</sup> BGH NJW 2017, 3711 = VersR 2017, 1330; vgl. aber BGH NJW-RR 2017, 994: Sehen die AVB einer Forderungsausfallversicherung Deckung nur für die Nichtzahlung nicht bestrittener Forderungen vor, so wird dadurch der Versicherungsschutz nicht unangemessen ausgehöhlt.

<sup>259</sup> BGH NJW 2023, 208 = VersR 2022, 1585.

<sup>260</sup> BGH NJW 2018, 1544 = VersR 2018, 532.

<sup>261</sup> KG BeckRS 2018, 32062 = VersR 2019, 836.

Zurückhaltung bei der Vorlagepraxis ist im Bereich der Transparenzkontrolle wie bei der Inhaltskontrolle von AVB ein Desiderat (→ Rn. 85). Letztlich zeigen sich auch hier die Grenzen der Rechtsverwirklichung, die auf volle Implementierung allgemeiner Transparenzstandards im Sinne flächendeckenden Schutzes der Versicherungsnehmer ausgerichtet sind (→ Vor § 307 Rn. 91 f.).

## D. Unangemessenheitsvermutungen des Abs. 2

### I. Allgemeines

106 Die Regelung des § 307 Abs. 2 konkretisiert die Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 in Gestalt zweier gesetzlicher Vermutungen (→ Rn. 32). Die Anwendungsbereiche der beiden Vermutungen bilden zwei sich überschneidende Kreise: Eine Klausel kann den Tatbestand der einen oder der anderen Vermutung erfüllen oder beide.<sup>262</sup> Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Vermutungen obliegt dem Verwender der Beweis des Gegenteils,<sup>263</sup> der allerdings praktisch kaum je gelingen dürfte. Vermutet wird nach dem Wortlaut der Vorschrift die unangemessene Benachteiligung, nicht die Unwirksamkeit, so dass der Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben gesonderter Prüfung und Feststellung bedarf.<sup>264</sup> Schon wegen der Schwierigkeit tatbestandsmäßiger Abgrenzung der unangemessenen Benachteiligung von dem Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben (→ Rn. 57 ff., → Rn. 61) wird die Unwirksamkeitsprüfung in aller Regel mit der Unangemessenheitsvermutung parallel verlaufen und in die Feststellung der Unwirksamkeit münden.<sup>265</sup> Das ist zwar nicht zwingend, doch hat der BGH – soweit ersichtlich – noch kaum je anders entschieden. Damit wird die Unangemessenheitsvermutung in ihrer Handhabung durch den BGH und die hM praktisch zur Unwirksamkeitsvermutung und erlangt damit eine Bedeutung, die im Gesetzeswortlaut so nicht angelegt ist. Die weitreichenden praktischen Folgen der Vermutungswirkung sprechen für besonders sorgfältige Prüfung der Vermutungsbasis. Im Bereich der Inhaltskontrolle von AVB läuft das angesichts der uU gravierenden Konsequenzen der Klauselunwirksamkeit für Versicherer und Versichertengemeinschaft auf die **Notwendigkeit besonders maßvoller Handhabung** hinaus (→ Vor § 307 Rn. 77). Das Gebot maßvoller Handhabung der Vermutungen bei der AVB-Kontrolle entspricht im Kern einer verfassungsmäßigen Gewährleistung (→ Vor § 307 Rn. 67 ff.).

### II. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (Abs. 2 Nr. 1)

107 **1. Tatbestand. a) Gesetzliche Regelung.** Die Unangemessenheitsvermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 knüpft die Vermutungswirkung an die Abweichung von der einschlägigen gesetzlichen Regelung. **Gesetzliche Regelung ist jede Rechtsnorm** (Art. 2 EGBGB), dh EU-Recht, formelle Parlamentsgesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen sowie ungeschriebenes Recht, etwa in Gestalt von Gewohnheitsrecht. Der BGH rechnet hierzu auch Analogien,<sup>266</sup> allgemeine Grundgedanken eines Normenkomplexes oder Rechtsgebietes<sup>267</sup> sowie die Natur eines Schuldverhältnisses.<sup>268</sup> In Betracht kommen also insbes. auch Vorschriften des VVG.<sup>269</sup> Der BGH zählt zu den maßgebenden Regelungen zB auch Grundsätze der Repräsentantenhaftung<sup>270</sup> und seine Relevanzrechtsprechung zu § 6 Abs. 3 VVG aF,<sup>271</sup> die durch die VVG-Reform überholt ist (§ 28 Abs. 3 VVG, § 32 VVG). Tatbestandsmäßig ist nur die Abweichung von Regelungen, die bei Fehlen der betreffenden Klausel anwendbar wären. Deshalb bilden die Normen des Sozialrechts, soweit sie sich auf die Sozialversicherung beziehen, wegen abweichenden Anwendungsbereichs grundsätzlich

<sup>262</sup> Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 97; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen Rn. 197 mwN.

<sup>263</sup> Statt vieler Thole in Stein/Jonas ZPO § 292 Rn. 17 ff. mwN; s. auch Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 103.

<sup>264</sup> Zutr. Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 101; aA Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen Rn. 194; Fritzsche in Soergel Rn. 71 unter irreführendem Hinweis auf BGHZ 102, 41 (50) = NJW 1988, 258 (260).

<sup>265</sup> IERG gleich Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 101.

<sup>266</sup> BGH NJW 1984, 1184 (1186); 2005, 2919 (2922 f.) zur in privatrechtlichen Formen handelnden Verwaltung.

<sup>267</sup> ZB BGHZ 89, 206 (211) = NJW 1984, 1182; BGH NJW 1991, 1886 (1887); 1991, 2414 (2415); NJW-RR 1993, 1049 (1050); BGHZ 114, 238 (240) = NJW 1991, 1886; BGHZ 115, 38 (42) = NJW 1991, 2414; BGH NJW 1997, 1700 (1701).

<sup>268</sup> BGH NJW 1985, 2585 (2586); 1993, 721 (722); zum Ganzen Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 105 ff. mwN.

<sup>269</sup> BGH NJW-RR 1993, 1049 (1050).

<sup>270</sup> BGH NJW-RR 1993, 1049 = VersR 1993, 830 (831).

<sup>271</sup> BGH NJW-RR 1993, 1049 = VersR 1993, 830 (832) re. Sp.

keinen tauglichen Maßstab für die Inhaltskontrolle privatversicherungsrechtlicher AVB.<sup>272</sup> Besonderheiten können uU im Recht der privaten Pflegeversicherung gelten, die auf einer normativen Gemengelage aus Privatversicherungsrecht und Sozialversicherungsrecht basiert.<sup>273</sup>

**b) Wesentliche Grundgedanken. aa) Grundsätze.** Weiteres Element der Vermutungsbasis ist die Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung bestimmen sich **nach dem Regelungszweck und den in der Regelung getroffenen Wertentscheidungen.**<sup>274</sup> Grundlage für die Ermittlung der maßgebenden Grundgedanken sind zunächst die im Rahmen der Inhaltskontrolle zu berücksichtigenden Interessen des Vertragspartners (→ Rn. 42 ff., → Rn. 45 ff.).<sup>275</sup> Drittinteressen sind zumindest bei der Versicherung für fremde Rechnung berücksichtigungsfähig,<sup>276</sup> ihre Berücksichtigung dürfte aber etwa auch bei mitversicherten Personen nicht a priori ausgeschlossen sein (zB Krankenversicherung).<sup>277</sup> Die Rspr. des BGH und die hM unterscheiden dabei zwischen Normen mit Gerechtigkeitsgehalt und solchen mit bloßem Zweckmäßigkeitgehalt<sup>278</sup> – eine dogmatisch wie praktisch schwer durchführbare und letztlich dornenvolle Differenzierung. Im Grundsatz anerkannt ist auch im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 die abgestufte Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern, Unternehmern und Kaufleuten.<sup>279</sup>

Der Gesetzeswortlaut, dem in Rspr. und Lit. hier wie andersorts letztlich nicht immer die gebotene Aufmerksamkeit zuteilwird, verlangt die Abweichung von Grundgedanken: Es genügt zur Begründung der Vermutungswirkung also streng genommen nicht die Abweichung von einem einzelnen Grundgedanken, sondern es ist die **Abweichung von mindestens zwei Grundgedanken** erforderlich. Offen ist dabei die Frage, ob jeder Grundgedanke, von dem das Klauselwerk abweicht, für sich genommen die Wesentlichkeitsschwelle erreicht oder ob die Grundgedanken in ihrer Bündelung das Wesentlichkeitskriterium erfüllen können. Der Schutzzweck der Vermutung spricht grds. eher für die Möglichkeit gebündelter Betrachtungsweise. Dagegen dürfte bei Beachtung des Erfordernisses doppelter Abweichung auch von Verfassungen wegen nichts zu erinnern sein.

**bb) Wesentliche versicherungsrechtliche Grundgedanken.** Welche versicherungsrechtlichen Regelungen in den **Kreis wesentlicher Grundgedanken** einbezogen sind, ist bislang allenfalls ansatzweise geklärt. Bereits erwähnt sind die Grundsätze der Repräsentantenhaftung (→ Rn. 106).<sup>280</sup> Die Rspr. zur Relevanz von Obliegenheitsverletzungen dürfte dagegen ganz oder teilweise überholt sein (→ Rn. 104). Andere wesentliche Grundgedanken sind im VVG typischerweise halbzwangend gestellt, so dass dem Versicherungsnehmer ungünstige Abweichungen ohnehin unwirksam sind. Das mag mit ein Grund dafür sein, dass die praktische Bedeutung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 für die Inhaltskontrolle von AVB eher gering ist.

**c) Unvereinbare Abweichung.** Schließlich muss die Abweichung mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regel unvereinbar sein. Unvereinbarkeit ist gegeben, wenn die Abweichung **nicht lediglich Randbereiche der Grundgedanken betrifft, sondern den Kernbereich.**<sup>281</sup> Keine unvereinbare Abweichung liegt vor, soweit der gesetzliche Schutzzweck mit anderen Mitteln erreicht werden kann.<sup>282</sup> Zulässig sind durch Einräumung von Vorteilen kompensierte sowie unerhebliche und geringfügige Abweichungen (zB Leistungskürzungen im Promillebereich). In Betracht kommt auch die Rechtfertigung der Abweichung durch überwiegende Belange des Versicherers bzw. der Gefahrengemeinschaft (→ Rn. 57 ff.), die freilich uU auch im Rahmen der Treuwidrigkeitsprüfung nach § 307 Abs. 1 S. 1 zu verorten sein kann, die an die Unangemessenheitsvermutung anknüpft (→ Rn. 57 ff., → Rn. 61).<sup>283</sup>

<sup>272</sup> IERG gleich BGH NJW-RR 2005, 1189 (1190); 2006, 750 = VersR 2006, 497 (498 f.); Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 109: „wegen ihrer andersartigen Zielsetzung“.

<sup>273</sup> Hierzu im Überblick Bruns PrivVersR § 30 Rn. 1 ff.

<sup>274</sup> Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 114.

<sup>275</sup> Zutr. insoweit Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 115.

<sup>276</sup> AA offenbar Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 115, Drittinteressen nur geschützt, soweit zumindest auch die Interessen des Vertragspartners geschützt sind.

<sup>277</sup> Zur terminologischen Unterscheidung zwischen der „versicherten Person“ (§ 193 Abs. 1 S. 2 VVG) und der „Person des Versicherten“ (§ 43 Abs. 1 VVG) in der Krankenversicherung Bruns PrivVersR § 29 Rn. 13.

<sup>278</sup> BGHZ 89, 206 (211) = NJW 1984, 1182; BGH NJW 1991, 2414 (2415); NJW-RR 1996, 1009; 2004, 1206 (1207); aA Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 117.

<sup>279</sup> ZB Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 118.

<sup>280</sup> BGH NJW-RR 1993, 1049 = VersR 1993, 830 (831).

<sup>281</sup> Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 125.

<sup>282</sup> Zutr. Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 126 mwN, auch zum Folgenden.

<sup>283</sup> Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 129 ff.

- 112 **2. Kasuistik.** Die **Auswahl der Judikatur** konzentriert sich auf die höchstrichterliche Rspr. Entscheidungen, die eine Klauselunwirksamkeit insgesamt verneinen, sind in aller Regel auch Beispiele für eine Verneinung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 (→ Rn. 62 ff., → Rn. 126 ff.). Die Darstellung der Kasuistik bemüht sich – soweit möglich – um Einordnung nach Maßgabe der Systematik des VVG.
- 113 **a) Allgemeiner Teil. aa) Alle Versicherungszweige.** Die **Ausgestaltung des Versicherungsscheins als qualifiziertes Legitimationspapier** begründet nach zutreffender Ansicht des BGH nicht die Unangemessenheitsvermutung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1.<sup>284</sup> Eine Anpassungsklausel, die eine **Änderungsmöglichkeit bei Auslegungszweifeln** eröffnet, verstößt nach der Rspr. des BGH gegen wesentliche Grundgedanken des § 305c Abs. 2.<sup>285</sup> Gestützt auf die Vermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 hat der BGH auch eine Klausel kassiert, nach welcher der Versicherungsnehmer für das Fehlverhalten von Personen verantwortlich sein sollte, die nicht **Repräsentanten** iSd höchstrichterlichen Rspr. waren.<sup>286</sup>
- 114 Im Bereich versicherungsrechtlicher Obliegenheiten ist eine Bestimmung, welche grds. bei grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers Leistungsfreiheit des Versicherers vorsieht, wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Leitbild unwirksam.<sup>287</sup> Handelt es sich um Altverträge und hat der Versicherer von der ihm in Art. 1 Abs. 3 EGVVG eingeräumten Möglichkeit zur Anpassung seiner AVB keinen Gebrauch gemacht, so kann auch nicht § 28 Abs. 2 S. 2 VVG zur Lückenfüllung herangezogen werden.<sup>288</sup> Entsprechendes dürfte bei fehlender vertraglicher Vereinbarung der differenzierten Verletzungsfolgen auch für die Ergänzung von Neuverträgen über § 306 Abs. 2 gelten.<sup>289</sup> Die Rspr. des BGH zur Unwirksamkeit von Abweichungen der AVB von den Grundsätzen der **Relevanzspr.** gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1<sup>290</sup> ist durch die Neuregelung in § 28 Abs. 3 VVG und ihre halbzwingende Ausgestaltung (§ 32 VVG) praktisch teilweise überholt; eine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht kommt jedoch unter dem Gesichtspunkt der Meistbegünstigung in Betracht (→ Rn. 115, → Rn. 138).
- 115 Unter Geltung des alten VVG erklärte der BGH eine Klausel, die dem Versicherer bei **Zahlungsverzug mit der Folgeprämie** ein Rücktrittsrecht einräumte, gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 für unangemessen und unwirksam.<sup>291</sup> Ebenso erachtete der BGH eine AVB, die bei Verzug des Versicherungsnehmers mit den **Zinszahlungen für ein Policen-Darlehen** die Rechtsfolgen des § 39 VVG aF auslöste, aufgrund von Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1) für unwirksam.<sup>292</sup> Diese Entscheidungen sind in der Sache nicht zu beanstanden, wenn man davon ausgeht, dass § 42 VVG aF der die Berufung des Versicherers auf Abweichung von halbzwingenden Vorschriften ausschloss, die Inhaltskontrolle nach AGB-Recht nicht sperrte, sondern frei konkurrieren ließ. Die Neuregelung schreibt die Rechtsfolgen des Folgeprämienverzuges im Wesentlichen unverändert fort (§ 38 VVG), doch formuliert § 42 VVG die Rechtsfolge kundenungünstiger Abweichung jetzt anders: Danach „**kann nicht** zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden“. Wenn daraus Unwirksamkeit der Klausel zu folgern ist, stellt sich die Frage der Kontrollfähigkeit künftig neu. Eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle kommt dann nur unter dem Aspekt der Meistbegünstigung in Betracht, die von Klauselwirksamkeit als Grundvoraussetzung der Inhaltskontrolle absieht (→ Rn. 138).
- 116 AVB, die eine uneingeschränkte **Datenübermittlung** ohne Interessenabwägung im Einzelfall vorsehen, verstoßen gegen wesentliche Grundgedanken des Datenschutzrechts und sind unwirksam.<sup>293</sup> Unangemessenheit hat der BGH auf der Grundlage von § 307 Abs. 2 Nr. 1 auch vermutet, wenn nach einer Klausel in Höhe der vom Versicherer finanzierten Versorgung kein **Ausgleichsanspruch des Versicherungsvertreters** nach § 89b HGB entsteht.<sup>294</sup> Im Formularvertrag des Versicherungsmaklers ist die Entkoppelung von Provisionsanspruch und vorzeitiger Änderung oder Been-

<sup>284</sup> BGH NJW 2000, 2103 = VersR 2000, 709 f. zur Lebensversicherung.

<sup>285</sup> BGH NJW-RR 2008, 834 (835) zur Krankheitskostenversicherung, fragwürdig.

<sup>286</sup> BGH NJW-RR 1993, 1049 = VersR 1993, 830 (831) zur Hausratversicherung.

<sup>287</sup> BGH NJW 2012, 217 = VersR 2011, 1550 (1551); NJW 2012, 222 = VersR 2011, 1524 (1525) zu § 81 Abs. 2 VVG; NJW 2012, 2501 = VersR 2012, 1573 (1575) zu § 28 Abs. 2 S. 2 VVG.

<sup>288</sup> BGH NJW 2012, 217 = VersR 2011, 1550 (1552).

<sup>289</sup> Wandt VersR 2015, 265 (268 f.); aA OLG Naumburg VersR 2015, 102 (106).

<sup>290</sup> BGH NJW-RR 1993, 1049 = VersR 1993, 830 (831).

<sup>291</sup> BGH NJW-RR 1988, 819 (821).

<sup>292</sup> BGH NJW 1999, 1335 = VersR 1999, 433 (434); zust. Reiff in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Klauseln (V) Rn. 169.

<sup>293</sup> BGH NJW 1986, 46 (47) zu „Schufa-Klauseln“ in der Kreditversicherung und § 14 BDSG 2003 (aF); zum Datenschutz ferner BVerfG r+s 2007, 29 = VersR 2006, 1669 (1671 ff.).

<sup>294</sup> BGHZ 153, 6 (16) = NJW 2003, 1241.

digung des Versicherungsvertrages nicht unangemessen gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, weil die kautelarjuristische Gestaltung der Regelung des § 652 entspricht.<sup>295</sup>

**bb) Schadensversicherung.** Die Regelung in der **Kraftfahrzeug-Kaskoversicherung**, dass der Versicherer **Umsatzsteuer** nur ersetzt, wenn der Versicherungsnehmer sie tatsächlich bezahlt hat, fällt nicht unter § 307 Abs. 2 Nr. 1 (zum möglichen Transparenzverstoß → Rn. 94).<sup>296</sup> Hingegen ist eine Vertragsstrafeklausel für unterlassene Mitteilung der Jahreskilometerleistung nach obergerichtlicher Judikatur jedenfalls dann unwirksam, wenn der Versicherer nicht gleichzeitig auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zur Gefahrerhöhung verzichtet.<sup>297</sup> Unangemessenheit hat der BGH dagegen vermutet, sofern die AVB in der **Hausratversicherung** dem Versicherungsnehmer entgegen § 85 Abs. 2 VVG (§ 66 Abs. 2 VVG aF) Sachverständigenkosten auch dann überbürden, wenn er zur Zuziehung vertraglich verpflichtet ist oder vom Versicherer dazu aufgefordert wird.<sup>298</sup>

**b) Einzelne Versicherungszweige. aa) Rechtsschutzversicherung.** Werden Obliegenheiten des Versicherungsnehmers nach Eintritt des Versicherungsfalls zu weit gefasst und nicht konkret umschrieben, so steht dies nach oberlandesgerichtlicher Rspr. im **Widerspruch zu §§ 28, 82 VVG**.<sup>299</sup>

**bb) Lebensversicherung.** In der Lebensversicherung verstoßen Klauseln, wonach bestimmte Willenserklärungen oder Anzeigen des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer der **Schriftform** bedürfen, nicht gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und sind wirksam.<sup>300</sup> Hingegen sind einen Auszahlungsvorbehalt statuierende Bedingungen unzulässig.<sup>301</sup> Bei „**Rürup-Verträgen**“ verstößt die Begrenzung der ordentlichen Kündigung auf eine Beitragsfreistellung nicht gegen das gesetzliche Leitbild des § 168 Abs. 3 VVG.<sup>302</sup>

**cc) Krankenversicherung.** Kein Leitbildverstoß liegt nach der Rspr. des BGH in der Einführung von Höchstgrenzen in der **Krankheitskostenversicherung** in Gestalt von **Sachkostenlisten**, die an den Tarif angehängt werden.<sup>303</sup> Eine Kostenbegrenzung in den AVB einer Krankheitskostenversicherung bis zu den Höchstsätzen der jeweils gültigen, amtlichen ärztlichen Gebührenordnungen ist ebenfalls wirksam.<sup>304</sup> Bedingungsanpassungsklauseln, die eine Änderung von AVB ua auch bei Änderungen der höchstrichterlichen Rspr. erlauben, hat der BGH unter altem Recht für mit wesentlichen Grundgedanken des § 178g Abs. 3 VVG aF für unvereinbar und unwirksam erklärt.<sup>305</sup> Die Fortgeltung dieser Rspr. ist – entsprechend der im Zusammenhang mit dem Folgeprämienverzug dargelegten Rechtslage (→ Rn. 115) – angesichts der neuen Formulierung in § 208 VVG („kann nicht“) nicht frei von Zweifel, weil eine AGB-rechtliche Kontrolle möglicherweise künftig ausscheidet und allenfalls nach dem Meistbegünstigungsprinzip denkbar bleibt. Dabei spricht für die Meistbegünstigung insbes. der Vorteil prozessualer Durchsetzung des Schutzzwecks halbzwingender Normen im Verbandsklageverfahren (→ Rn. 130; → Vor § 307 Rn. 81 f.). Nach neuerer Rspr. des BGH verstößt § 8b Abs. 2 MB/KK 2009 gegen § 208 S. 1 VVG und § 307, weil er die Möglichkeit einer Prämienanpassung auch bei lediglich vorübergehender Veränderung der Versicherungsleistungen eröffnen wolle.<sup>306</sup> Hingegen ist § 8b Abs. 1 MB/KK 2009 Ansicht des BGH wirksam, weil er keine dem Versicherungsnehmer ungünstige Abweichung vom Gesetzesrecht enthält und als Teilklausel nach dem „blue pencil test“ Restgeltung erheischt.<sup>307</sup> Nicht gegen das gesetzliche Leitbild des § 207 Abs. 2 S. 2 VVG verstößt eine Regelung, die dem Versicherungsnehmer den Nachweis der Kenntnis des Versicherten von einer Kündigung auferlegt.<sup>308</sup>

**dd) Im VVG nicht typisierte Versicherungszweige.** Werden die Abschluss- und Vertriebskosten bei zertifizierten Altersvorsorgeverträgen („**Riester-Rente**“) gleichmäßig auf die ersten fünf

<sup>295</sup> BGH BeckRS 2005, 1493 = VersR 2005, 404 (405); NJW 2005, 1357 = VersR 2005, 406 (407): kein Verstoß gegen den Grundsatz der Schicksalsteilung.

<sup>296</sup> BGH NJW 2006, 2545 = VersR 2006, 1066 (1067); NJW-RR 2010, 455 = VersR 2010, 208.

<sup>297</sup> OLG Stuttgart r+s 2014, 61 = VersR 2013, 1528 (1529 f.).

<sup>298</sup> BGH NJW 1982, 1391 = VersR 1982, 482 (483 f.).

<sup>299</sup> OLG München NJW 2012, 1664 = VersR 2012, 313 (315); OLG Saarbrücken r+s 2019, 507.

<sup>300</sup> BGHZ 112, 387 (391) = NJW 1991, 559; BGH NJW-RR 1992, 790 = VersR 1992, 561 (562).

<sup>301</sup> BGH NJW 2012, 3023 = VersR 2012, 1149 (1157 f.); NJW-RR 2013, 146 = VersR 2013, 213 (217).

<sup>302</sup> BGH NJW-RR 2012, 161 = VersR 2012, 302.

<sup>303</sup> BGH NJW-RR 2006, 750 = VersR 2006, 497 (498 f.).

<sup>304</sup> BGH NJW-RR 2019, 605 = VersR 2019, 806.

<sup>305</sup> BGH NJW-RR 2008, 834 (835).

<sup>306</sup> BGH NJW 2022, 3358 Rn. 31 f.; aA Bruns VersR 2021, 541 (542 ff., 547 ff.).

<sup>307</sup> BGH NJW 2022, 3358 Rn. 33 ff.; mit anderem Ausgangspunkt insoweit iErg gleich Bruns VersR 2021, 541 ff.

<sup>308</sup> BGH NJW 2013, 181 = VersR 2013, 305 (307).

Laufzeitjahre verteilt, so weicht dies nicht von wesentlichen Grundgedanken der maßgeblichen gesetzlichen Regelung ab.<sup>309</sup> Eine Regelung in den AVB einer **Pensionskasse**, wonach beim Versterben des Mitglieds vor Eintritt des Versicherungsfalls lediglich Sterbegeld gezahlt wird, aber keine Beitragsrückerstattung erfolgt, ist nach einer jüngeren Entscheidung des OLG Hamm grundsätzlich wirksam.<sup>310</sup> Auch der in der Satzung einer **Unterstützungskasse** iSv § 1b Abs. 4 S. 1 BetrAVG enthaltene Verzicht auf Rückforderungsansprüche hält der Inhaltskontrolle stand.<sup>311</sup> Gegen die wesentlichen Grundgedanken des § 305 Abs. 2 verstößt eine Klausel in der **Betriebsschließungs-Pauschalversicherung**, welche mehrfach auf das IfSG verweist ohne Angabe einer konkreten Gesetzesfassung oder Angabe eines Zeitpunkts, der der Bewertung des Rechtszustandes zugrunde zu legen ist.<sup>312</sup>

- 122 **3. Würdigung.** Die Handhabung der Unangemessenheitsvermutung durch BGH und hM zeugt teilweise von einer gewissen **Laxheit im Umgang mit der konkreten tatbestandlichen Ausformung der Regelung**. Darin offenbart sich eine fragwürdige Nonchalance im Umgang mit dem Gesetz und der Vertragsfreiheit. Insbesondere angesichts der weitreichenden Folgen der Unwirksamkeit von AVB kann diese Tendenz nicht befriedigen. Der legere Umgang mit dem Gesetz und der Vertragsfreiheit steht dabei in augenfälligem Gegensatz zu den strengen Anforderungen, die BGH und hM teilweise an die Ausgestaltung der Klauselwerke durch die Verwender stellen.

### III. Vertragszweckgefährdende Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten (Abs. 2 Nr. 2)

- 123 **1. Tatbestand. a) Natur des Vertrages.** Die wesentlichen Rechte und Pflichten, deren Hinterrückstellung durch das Klauselwerk die Unangemessenheitsvermutung nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 begründet, müssen sich aus der Natur des Vertrages ergeben. Die Konkretisierung und Bestimmung der Vertragsnatur bereitet bisweilen erhebliche Schwierigkeiten. Einigkeit besteht darin, dass die in Anlehnung an die Rspr. des BGH vor Inkrafttreten des AGB-Rechts sog. Kardinalrechte und Kardinalpflichten nicht aus der allgemeinen Natur jedes Vertrages, die in der Bindung an das gegebene Versprechen iSd Grundsatzes *pacta sunt servanda* liegt, abgeleitet werden können.<sup>313</sup> Maßgeblich sind vielmehr die **jeweiligen vertragspezifischen Zwecke**, wobei streitig ist, ob diese Zwecke vorrangig aus der individuellen Vereinbarung oder objektiviert aus dem typischen Regelungsinteresse der Parteien abzuleiten sind.<sup>314</sup> Der objektiven Anknüpfung an die Rechtsnatur des Vertrages und dem Regelungsziel des § 307 Abs. 2 Nr. 2 entspricht am ehesten eine objektiviert Bestimmung des Vertragszwecks. Die Rechtsnatur des Vertrages wird durch die objektivierten spezifischen Zwecke bestimmt, die dem Vertrag seine Eigenart verleihen, wie zB einem Haftpflicht-, einem Kaskoversicherungs-, einem Lebens- oder Krankenversicherungsvertrag.<sup>315</sup> Dabei bedarf die Natur bzw. der Zweck des Vertrages keiner ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, so dass auch nicht gesetzlich typisierte und typengemischte Verträge grds. unter § 307 Abs. 2 Nr. 2 fallen können. Andererseits schadet gesetzliche Regelung der vertragswesentlichen Pflichten nicht, nur kann uU die Vermutung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 konkurrieren (→ Rn. 106).

- 124 **b) Wesentliche Rechte und Pflichten.** Wesentlich sind diejenigen Rechte und Pflichten, die für das Programm der wechselseitigen Rechte und Pflichten typisch und prägend sind.<sup>316</sup> Das sind **Rechte und Pflichten, auf deren Gewährung und Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf**.<sup>317</sup> Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang die vertragspezifische Risikoverteilung: Je stärker eine Klausel die vertragspezifische Risikoverteilung verändert, umso eher liegt eine vertragszweckgefährdende Abweichung von vertragswesentlichen Rechten und Pflichten vor.<sup>318</sup> Vertragswesentlich sind Hauptrechte und Hauptpflichten.<sup>319</sup> Im Versicherungsvertrag sind Versi-

<sup>309</sup> BGH NJW 2013, 368 = VersR 2013, 88.

<sup>310</sup> OLG Hamm VersR 2020, 471 = BeckRS 2019, 35808.

<sup>311</sup> BGH NJW-RR 2017, 496 = VersR 2017, 1421.

<sup>312</sup> BGH NJW 2023, 684 = VersR 2023, 380 (382).

<sup>313</sup> Statt vieler Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 134.

<sup>314</sup> Für vorrangig individualisierten Maßstab etwa Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 135; für eine objektiv-generalisierende Betrachtungsweise dagegen zB Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen Rn. 239.

<sup>315</sup> BGH NJW 1993, 2369 (2370).

<sup>316</sup> Etwas anders zB Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 138: „solche, die die Parteien selbst als wesentlich angesehen haben oder die zum Schutz der objektiv zur Vertragsnatur gehörenden Interessen erforderlich sind“.

<sup>317</sup> ZB BGHZ 89, 363 (367 ff.) = NJW 1984, 1350; BGH NJW-RR 2006, 267 (269); ähnlich statt vieler Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen Rn. 248 mwN.

<sup>318</sup> Ähnlich Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 140.

<sup>319</sup> Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer Rn. 142.