



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 93/17m

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger (Vorsitzender) sowie die Richter Dr. Teply und Mag. Hofmann in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Generali Bank AG**, Landskron-gasse 1-3, 1010 Wien, vertreten durch DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500, Gesamtstreitwert EUR 36.000) über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 11.619,05) gegen das Teilurteil des Handelsgerichtes Wien vom 24. April 2017, 11 Cg 72/16z-10, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.194,72 (darin EUR 199,12 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die beklagte Bank verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern diverse Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter iSd § 28 Abs 1 KSchG.

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG klagebefugter Verband. Er strebt mit seinem Unterlassungs- (samt korrespondierendem Veröffentlichungs-) -begehren an, der beklagten Partei die Verwendung einer Reihe von konkret zitierten oder sinngleichen Klauseln zu verbieten und sich auf unzulässig vereinbarte Klauseln zu berufen.

Gegenstand des Berufungsverfahrens sind jene im Spruch des angefochtenen Teilurteils ersichtlichen acht Klauseln (Nummern 2, 3, 7, 10, 12, 14, 20 und 21 des Unterlassungsbegehrens), zu denen die Beklagte nach Klagseinbringung einen Unterlassungsvergleich samt Formulierung hievon nicht umfasster, weil nicht als sinngleich zu qualifizierender Ersatzklauseln angeboten hat. Sie vertritt die Rechtsauffassung, dass hiedurch die Wiederholungsfahr weggefallen sei. Die dies verneinende Judikatur des OGH sei nicht einschlägig, weil sie nur Vergleichsanbote im Rahmen des vorprozessualen Abmahnverfahrens betreffe.

Mit dem angefochtenen Teilurteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren in Ansehung dieser acht Klauseln statt. Ausgehend vom unstrittigen Sachverhalt führte es in rechtlicher Hinsicht zusammengefasst aus, werde ein Vergleich mit Einschränkungen um Ersatzklauseln angeboten, trage der Kläger - statt wie üblich der AGB-Verwender - die Last der materiellrechtlich richtigen Beurteilung der Ersatzklauseln. Während die Sinngleichheit von Ersatzklauseln bei einem stattgebenden Urteil durch die Gerichte im Zuge des Exekutionsverfahrens beurteilt

werde, obläge diese Beurteilung mit dem Risiko einer Falschbeurteilung dem Kläger im Titelverfahren. Das Vergleichsanbot verschaffe dem Kläger somit nicht die selben Rechte wie ein klagsstattgebendes Urteil. Lauterkeitsrechtliche Erwägungen seien im Verbandsverfahren nach der Rechtsprechung des OGH nicht geboten. Die Wiederholungsgefahr sei somit nicht weggefallen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren in Ansehung jener acht Klauseln abzuweisen.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

In ihrer Rechtsrüge vertritt die Beklagte weiterhin die Auffassung, die Entscheidung des verstärkten Senats 6 Ob 24/11i sei anhand deren Punkte 2.3.4. (richtig wohl: 2.4.3.) und 2.4.7. dahin zu verstehen, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen einerseits der außergerichtlichen Unterlassungserklärung nach § 28 KSchG und andererseits dem Anbot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs im Prozess bestehe, und dass Letzterer die Wiederholungsgefahr sehr wohl auch dann beseitige, wenn er zutreffende Vorbehalte setze. Dem kann nicht gefolgt werden:

Der verstärkte Senat des Obersten Gerichtshofs hat folgenden Rechtssatz formuliert (6 Ob 24/11i, Punkt 3. = RIS-Justiz RS0111637 T20):

„Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine voll-

ständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht 'sinngleich' sind".

Die Beklagte hat Punkt 3. des Klagsvorbringens gar nicht bestritten, wonach sie der vorprozessualen Abmahnung nicht fristgerecht nachgekommen ist. Sie hat demnach - ganz im Sinne des Rechtssatzes des verstärkten Senats - nach Abmahnung eine Unterlassungserklärung mit neu formulierten Ersatzklausel abgegeben und hiedurch die Wiederholungsgefahr gerade nicht beseitigt. Dass sich Unterwerfungserklärungen mit denselben inhaltlichen Vorbehalten je nach dem Zeitpunkt ihrer Abgabe auf die Beurteilung der Wiederholungsgefahr unterschiedlich auswirken würden, kann dem Rechtssatz des verstärkten Senats weder anhand des Wortlautes noch der tragenden Begründung entnommen werden. Im Gegenteil erschiene es geradezu erstaunlich, dass einem Verband aufgrund einer solchen Unterwerfungserklärung - vorprozessual bzw. im Zeitpunkt der Klageeinbringung - der Unterlassungsanspruch mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr zunächst noch zustünde, hingegen im Stadium nach Klageeinbringung die inhaltsgleichen Vorbehalte des Klauselverwenders im Rahmen eines Vergleichsangebotes nunmehr zum Anspruchsverlust infolge Wegfalls der Wiederholungsgefahr führen sollten. Weder kann ein tragfähiger Grund für eine solche Differenzierung erkannt werden, noch wäre es mit den Zielen des Konsumentenschutzes vereinbar, wenn der Verband bereits bei Klageeinbringung das Erfordernis einer umgehenden Klageeinschränkung für den Fall ins Kalkül ziehen müsste, dass der Gegner eine vorprozessual jedenfalls unzureichende Erklärung

einfach im Prozess sei es erstmals abgibt, sei es schlicht wiederholt.

Somit besteht für eine unterschiedliche Beurteilung der Wiederholungsgefahr je nach dem, ob der Beklagte seine Unterwerfungserklärung vor oder nach Klagseinbringung abgibt, kein Anlass. Soweit die Berufungswerberin auf lauterkeitsrechtliche Judikatur hinweist, bleibt ihr gerade die höchstgerichtliche Entscheidung 6 Ob 24/11i (verst Senat) entgegenzuhalten, wonach die Unterschiede zwischen Lauterkeitsrecht einerseits und Verbandsklage und Abmahnverfahren andererseits - insbesondere auch wegen der überragenden Bedeutung des Verbraucherschutzes im Verbandsklageverfahren - die unterschiedliche Behandlung der Wiederholungsgefahr rechtfertigen (RIS-Justiz RS0111637 T22).

Der Berufung musste daher ein Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Beim Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO war zu berücksichtigen, dass das wirtschaftliche Gewicht einer jeden einzelnen Klausel beträchtlich höher einzuschätzen ist als das mathematische Ergebnis einer anteilmäßigen des vom Kläger bewerteten, auf das Unterlassungsbegehren entfallenden Streitgegenstands.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil in Hinblick auf die zitierte Judikatur des OGH Rechtsfragen von der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität nicht

zu beurteilen waren.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 6. September 2017

Dr. Klaus Dallinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG