



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 62/16s

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Primus als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts Mag. Rendl und Dr. Stefula in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die KOSESNIK-WEHRLE & LANGER RECHTSANWÄLTE KG in Wien, wider die beklagte Partei **Generali Versicherung Aktiengesellschaft**, Landskronngasse 1-3, 1011 Wien, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert restlich EUR 15.250,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert restlich EUR 2.750,--; Gesamtstreitwert restlich EUR 18.000,-- s.A.) über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 18.000,--) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 9.3.2016, GZ: 39 Cg 77/14p-8, in nichtöffentlicher Sitzung

I.) den

Beschluss

gefasst:

Im letzten Absatz auf Seite 5 der Ausfertigung des angefochtenen Urteils hat es richtigerweise zu lauten „Der Beklagte unterlegte ...“ (statt: Der Beklagte unterlegt ...“). Der Vollzug der Berichtigung obliegt dem

Erstgericht.

II.) zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.740,72 (darin USt EUR 290,12) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Der Kläger ist ein klagebefugter Verein im Sinne des § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte ist eine zu FN 38641a im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien protokollierte Aktiengesellschaft. Sie betreibt als Unternehmerin das Versicherungsgeschäft und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an, wo ihr Marktanteil mehr als 15 % beträgt und sie mehr als zwei Millionen Kunden hat. Sie tritt laufend mit Verbrauchern im Sinne von § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt.

Die Beklagte unterlegte von ihr abgeschlossen Unfallversicherungsverträgen ihre „Allgemeinen Bedingungen für die Unfallvorsorge (AUVB 2006)“ (Beilage ./1). Darin enthalten waren auch die folgenden beiden Klauseln:

Klausel 1 (= Punkt T.1.):

Wann kann der Vertrag gekündigt werden?

Wann erlischt der Vertrag ohne Kündigung?

1. Beträgt die vereinbarte Versicherungsdauer mindestens ein Jahr, verlängert sich der Ver-

trag jeweils um ein Jahr, wenn nicht ein Monat vor Ablauf gekündigt wird. [...]

Klausel 2 (= Punkt Q.):

Was ist bei Versicherungen für erwachsene Personen („Einzelunfallvorsorge“) zu beachten?

Für einen Vertrag, der nicht als Unfallvorsorge „Fit lang leben“ oder als „Seniorenunfallvorsorge abgeschlossen wurde, gelten die vereinbarten Versicherungssummen bis zum Ende des Monats, in dem die versicherte Person das **70. Lebensjahr** vollendet. Ab diesem Zeitpunkt erfolgt eine Umstellung des Vertrages auf eine Unfallvorsorge „Fit lang leben“.

Zu diesem Zweck erstellen wir für Sie eine Neufassung der Polizze mit den geänderten Leistungen und Prämien für Unfallvorsorge „Fit lang leben“. Sie können innerhalb eines Monats ab Erhalt des Dokuments der Vertragsänderung widersprechen.

Der Vertrag wird in diesem Fall mit unveränderten Prämien und reduzierten Versicherungssummen fortgesetzt. Die Versicherungssummen reduzieren sich für die betreffende Frau um 50 % bzw. für den betreffenden Mann um 25 %.

Der Kläger richtete mit eingeschriebenem Brief vom 3.11.2014 ein Schreiben an die Beklagte, worin diese aufgefordert wurde, eine strafbewehrte Unterlassungspflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Dieser Aufforderung kam die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist nicht nach.

Der **Kläger** begehrte mit seiner Klage die Verpflichtung der Beklagten zur Unterlassung der Verwendung [auch] der beiden vorangeführten oder ihnen sinngleicher Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Beklagte von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern, sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Unterlassung der Berufung

auf diese oder sinngleiche Klauseln. Weiters beehrte er die Erteilung der Ermächtigung, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen. Eventualiter beehrte er - in Bezug auf das Medium - eine inhaltsgleiche Veröffentlichung im redaktionellen Teil der Samstagsausgabe einer bundesweit erscheinenden österreichischen Tageszeitung.

Darüber hinaus stellte der Kläger ein Unterlassungs- und Urteilsveröffentlichungsbegehren hinsichtlich zweier weiterer Klauseln; insofern schlossen die Streitteile in der Tagsatzung vom 8.4.2015 einen Vergleich.

In Bezug auch die oben zitierten beiden Klauseln begründete der Kläger sein Unterlassungsbegehren damit, die Klausel 1 verletze § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und die Klausel 2 § 6 Abs 1 Z 2 und 5, Abs 2 Z 3 und Abs 3 KSchG sowie die §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und § 1c VersVG. Da die Beklagte die Klauseln im geschäftlichen Verkehr laufend verwende und die ihr abverlangte Unterlassungserklärung nicht abgegeben habe, bestehe Wiederholungsgefahr.

Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung sei berechtigt, weil ein Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten bestehe. Es gelte über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Die **Beklagte** bestritt die behaupteten Gesetzesverletzungen. Gegen das Urteilsveröffentlichungsbegehren wandte sie ein, die Verbraucher könnten durch eine Urteilsveröffentlichung in jeder anderen österreichweit erscheinenden Tageszeitung ausreichend über eine allfällige Unwirksamkeit der Klauseln informiert werden. Dass wie verlangt die Veröffentlichung unbedingt in der „Kronen-Zeitung“ geschehen müsse, gestatte dieser, die Monopolstellung zulasten der Beklagten preislich auszunützen. Das Urteilsbegehren müsste daher richtigerweise auf die Veröffentlichung in einer [beliebigen] österreichweit erscheinenden Tageszeitung lauten.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Unterlassungs- und dem Veröffentlichungsbegehren zur Gänze statt. Es ging dabei von dem aus der Seite 2 (erster Absatz der „Entscheidungsgründe“) und den Seiten 5 bis 6 ersichtlichen, im Wesentlichen bereits eingangs des Berufungsurteils wiedergegebenen Sachverhalt aus, auf den verwiesen wird. Diesen beurteilte das Erstgericht rechtlich wie folgt:

Allgemeines:

§ 29 Abs 1 KSchG ermächtige bestimmte Institutionen dazu, den Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG gerichtlich durchzusetzen. § 29 Abs 1 KSchG normiere, dass jemand auf Unterlassung geklagt werden könne, wenn er im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde lege, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsehe, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstießen, oder wenn er solche Bedingungen für den Verkehr empfehle. Das

Kontrollverfahren auf Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln im Rahmen von Verbandsklagen erfolge abstrakt. Die Auslegung von Klauseln habe im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen; danach sei zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliege. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingung könne nicht Bedacht genommen werden. Es finde also keine geltungserhaltende Reduktion statt. Ziel des KSchG sei es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken.

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet habe, würden gemäß § 864a ABGB nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Vertragspartner nachteilig seien und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil habe den anderen besonders darauf hingewiesen („Geltungskontrolle“). Verstöße eine Vertragsbestimmung gegen diese Vorschrift, so gelte der Vertrag ohne sie. Als objektiv ungewöhnlich sei eine Klausel dann zu beurteilen, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweiche, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen brauche. Einer solchen Vertragsbestimmung müsse somit ein Überraschungs- oder gar Übertölpelungseffekt innewohnen.

§ 879 Abs 3 ABGB normiere, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiden Hauptleistungen festlege, jedenfalls nichtig sei, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil

gröblich benachteilige („Inhaltskontrolle“).

Unwirksam sei eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung gemäß § 6 Abs 3 KSchG dann, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst sei („Transparenzgebot“). Als Einzelwirkung des Transparenzgebots zeigten sich 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. Maßstab für die Transparenz sei das Verständnis eines für den jeweiligen Vertrag typischen Durchschnittskunden.

Zur Wiederholungsgefahr:

Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG bestehe nur, soweit die Gefahr künftigen Zuwiderhandelns gegeben ist. Eine solche Gefahr bestehe nach § 28 Abs 2 leg cit nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 Abs 1 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgebe. Der Unternehmer müsse, wolle er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach einer Abmahnung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben.

Derartiges sei hier nicht geschehen, sodass es vorweg Wiederholungsgefahr anzunehmen gelte; dies umso mehr, als die Beklagte die beiden von ihr verwendeten Klauseln im Verfahren (vehement) verteidige.

Zur Klausel 1:

Die Klausel 1 sehe eine Vertragsverlängerung vor, sofern nicht der Vertrag vor Ablauf zur Kündigung gelange. Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG müsse aber der Unternehmer den Verbraucher bei Beginn der vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinweisen, und er habe dem Verbraucher zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist zur Verfügung zu stehen. Sohin sei für die wirksame Vereinbarung einer Erklärungsfiktion zweierlei Voraussetzung: Einerseits müsse der Vertrag eine Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung vorsehen (was hier der Fall sei), und andererseits müsse der Vertrag die Verpflichtung des Unternehmers beinhalten, den Verbraucher zu Beginn der Frist - also nicht bereits im Vertrag selbst - auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Im Zusammenhang mit Verlängerungsklauseln bestehe die Gefahr, dass ein befristetes Vertragsverhältnis sich entgegen erstem Anschein als unbefristetes entpuppe. Daher habe der Unternehmer den Verbraucher zum entsprechenden Zeitpunkt - nach Vertragsabschluss - auf die Bedeutung und die Folgen seines Verhaltens hinzuweisen und ihm sodann Gelegenheit zu einer ausdrücklichen Erklärung zu geben, die andere als die im Vertrag primär vorgesehene Rechtsfolge herbeizuführen. Diesem - zweiten - Erfordernis werde hier nicht Genüge getan. Aus diesem Grund sei die beanstandete Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unwirksam, weshalb klagsstattgebend vorzugehen gewesen sei.

Zur Klausel 2:

Eine Reduktion der Versicherungssumme bei gleichbleibender Prämie, wenn der Versicherte das 70. Lebens-

jahr vollendet habe, erscheine in der Regel sachlich vertretbar, zumal es für den Versicherungsnehmer grundsätzlich von Vorteil sei, fortlaufenden Versicherungsschutz zu genießen. Ein durchschnittlich verständiger Versicherungsnehmer müsse aber bei der Unfallversicherung mit einer Risikoverschiebung aufgrund erhöhten Alters rechnen. Bekannterweise bestünden unter anderem erhöhte Risiken für schwerwiegende Gesundheitsschäden bis zur permanenten Invalidität aufgrund von Unfällen, die bei jüngeren Versicherungsnehmern vergleichsweise folgenlos blieben. Die Fälle, in denen jemand erst im Ruhestand, relativ kurz vor Vollendung des 70. Lebensjahres, erstmals einen Unfallversicherungsvertrag schließe, seien eher die Ausnahme. Damit könne aber eine dem Umstand des erhöhten Risikos Rechnung tragende Klausel nicht von vornherein als ungewöhnlich oder überraschend im Sinne des § 864a ABGB angesehen werden, womit sich eine Prüfung des äußeren Erscheinungsbilds und der Nachteiligkeit der Klausel erübrige.

Gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstoße, wenn sie nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sei, eine Vertragsbestimmung, welche den Unternehmer ermächtige, eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig zu ändern, es sei denn, die Änderung sei dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt sei. Von Letzterem könne hier die Rede nicht sein. Zu Recht verweise der Kläger darauf, dass die nach der Klausel möglichen Änderungen, was Leistungen und Prämien betreffe, völlig unbestimmt seien und die Beklagte in keinerlei Weise beschränkten. Die für den Fall des Widerspruchs vorgesehene Vertragsänderung sei ebensowenig als geringfügig anzusehen, werde diesfalls doch eine Verringerung

der Versicherungssumme um bis zu 50 % bestimmt. Dabei handle es sich immerhin um eine einseitige Änderung der vertraglichen Hauptleistungspflichten („essentialia negotii“). Da die beanstandete Klausel der Beklagten die Möglichkeit eröffne, durch das Zusammenspiel von Vertragsanpassung und Erklärungsfiktion weitgehend neue Vertragsinhalte zu entwerfen, verstoße die Klausel nicht nur gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, sondern auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei ebenfalls gegeben. Nach dieser Bestimmung müsse, wenn eine einseitige Entgelterhöhung vorgesehen ist, auch die Möglichkeit einer Entgeltsenkung bestehen; vor allem aber müssten die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein, ihr Eintritt dürfe nicht vom Willen des Unternehmers abhängen. All dies sei hier nicht der Fall; der Versicherungsnehmer werde lediglich vor die Wahl gestellt, eine Prämienerrhöhung und/oder eine Verringerung der Versicherungssumme hinzunehmen. Die Klausel verstoße daher gegen die §§ 6 Abs 1 Z 2, 6 Abs 1 Z 5 und 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weswegen auch in diesem Punkt klagsstattgebend vorzugehen gewesen sei. Ob besagte Klausel auch gegen § 1c VersVG verstoße, könne dahingestellt bleiben.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Um den Erkenntnissen erhöhte Publizität zu verleihen, sei gemäß § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG eine Urteilsveröffentlichung möglich. Zweck der Urteilsveröffentlichung sei es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar Betroffenen - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen

geschützt zu sein. An diesen Zwecken gemessen erweise sich die vom Kläger begehrte Veröffentlichung als zweckmäßig und sinnvoll. Ein solches berechtigtes Interesse sei jedenfalls bei potenziellen neuen Kunden, aber auch bei bereits bestehenden Kunden gegeben. Das Interesse all jener Versicherungsnehmer, die einen Unfallversicherungsvertrag unter Zugrundelegung der AUVB 2006 abgeschlossen haben, an einer Veröffentlichung des Urteils sei evident. Allein im Hinblick darauf, dass die Beklagte eines der größten Versicherungsunternehmen Österreichs sei, begegne eine Veröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ - dem auflagenstärksten Medium Österreichs - keinen Bedenken.

Gegen dieses Urteil wendet sich die **Berufung** der Beklagten aus den Gründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und der unrichtigen Tatsachenfeststellung, mit einem Abänderungsantrag im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Zum Berichtigungsbeschluss und zur Tatsachenrüge:

1. Das Erstgericht stellte fest, dass die Beklagte den von ihr abgeschlossenen Unfallversicherungsverträgen ihre Allgemeinen Bedingungen für die Unfallvorsorge (AUVB 2006) (Beilage ./1) unterlegt [Gegenwartsform] und dass darin auch die beiden inkriminierten Klauseln enthalten sind (Urteilsausfertigung Seite 5).

Die Beklagte bekämpft diese Feststellung und strebt an ihrer Stelle die folgenden an:

„Die Beklagte unterlegte Unfallversicherungsverträgen, welche vor dem 20.12.2012 geschlossen wurden, ihre

„Allgemeinen Bedingungen für die Unfallvorsorge (AUVB 2006)“ (Beilage ./1). Darin enthalten sind auch die vom Kläger beanstandeten Klauseln.“

Die Beklagte wendet gegen die Feststellung ein, das Erstgericht habe sich bei ihr lediglich auf die Beilage ./1 gestützt, aus der sich aber gerade der Vertragsabschlusszeitraum nicht ergebe. Zudem habe das Erstgericht das Vorbringen der Beklagten in [gemeint] Punkt 2.9. der Klagebeantwortung nicht beachtet.

Dort hatte die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht vorgebracht,

- dass die beanstandete Klausel [gemeint: Klausel 2] letztmalig in den AUVB 2006 (in der Fassung 07/2012) verwendet worden sei,

- dass in sämtlichen danach verwendeten Fassungen [der AUVB] sich diese Klausel nicht mehr finde;

- dass bei Verträgen, welche ab dem 20.12.2012 geschlossen worden seien, die beanstandete Klausel nicht mehr in dieser Form vereinbart worden sei.

Dieses Vorbringen stellte der Kläger, worauf er in der Berufungsbeantwortung selbst aufmerksam macht, in der Tagsatzung vom 8.4.2015 außer Streit (ON 6 Seite 1).

Mangels entgegenstehender Hinweise im Berufungsurteil und im Akt ist davon auszugehen, dass das Erstgericht aufgrund der Außerstreitstellung in der Tagsatzung das Tatsachenvorbringen der Beklagten in Punkt 2.9. der Klagebeantwortung als im Sinne von § 266 Abs 1 ZPO zugestanden und damit nicht beweisbedürftig betrachtete und nur versehentlich entsprechende Feststellungen unterließ.

Hat das Erstgericht über ein Geständnis nach § 266 ZPO und die von ihm erfassten Tatsachen keinerlei Feststellungen getroffen, dann darf das Berufungsgericht

selbst dieses Geständnis verwerten (RIS-Justiz RS0040101). Die Verwertung eines im Verfahren erster Instanz erfolgten Zugeständnisses einer Partei gemäß § 266 ZPO durch das Berufungsgericht stellt, wenn das Prozessgericht darüber keine Feststellungen getroffen hat, keinen Mangel des berufsgerichtlichen Verfahrens dar (RIS-Justiz RS0040095).

Das Berufungsgericht stellt daher ergänzend fest,

- dass die Klausel 2 letztmalig in den AUVB 2006 (in der Fassung 07/2012) verwendet wurde;
- dass in sämtlichen danach verwendeten Fassungen der AUVB sich diese Klausel nicht mehr findet und
- dass bei Verträgen, welche ab dem 20.12.2012 geschlossen wurden, die Klausel 2 nicht mehr in dieser Form vereinbart wurde.

2. Da - wie bereits gesagt - davon auszugehen ist, dass das Erstgericht lediglich übersah, diese Feststellungen zu treffen, erweist sich die im Präsens getroffene Feststellung des Erstgerichts, dass die Beklagte den von ihr abgeschlossenen Unfallversicherungsverträgen ihre Allgemeinen Bedingungen für die Unfallvorsorge (AUVB 2006) (Beilage ./1) unterlegt, als berichtigungsfähiger Schreibfehler im Sinne des § 419 ZPO, dies dahingehend, dass aufgrund der Außerstreitstellung das Erstgericht unzweifelhaft nur konstatieren wollte, dass die Beklagte die AUVB 2006 den von ihr abgeschlossenen Unfallversicherungsverträgen unterlegte. Ein dem Erstgericht unterlaufener berichtigungsfähiger Fehler kann noch vom Berufungsgericht nach § 419 ZPO berichtigt werden; allein der Vollzug der Berichtigung obliegt diesfalls dem Erstgericht (*Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ § 419 Rz 9 mwN).

Damit kann die Tatsachenrüge der Beklagten auf sich

beruhen. Inhaltlich ist ihr durch die vom Berufungsgericht vorgenommenen ergänzenden Feststellungen und die Berichtigung entsprochen. Auf die Frage, ob ausgehend von den ergänzend getroffenen Feststellungen sich eine andere rechtliche Beurteilung ergibt, ist in Erledigung der Rechtsrüge zurückzukommen (siehe Punkt 7.).

Zur Rechtsrüge:

3. Vorauszuschicken ist, dass die allgemeinen Ausführungen des Erstgerichts sowie seine Ausführungen zur Wiederholungsgefahr und zur Urteilsveröffentlichung zutreffend sind, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese verwiesen werden kann (§ 500a ZPO).

Zur Klausel 1:

4. Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit der erstgerichtlichen Ansicht, § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verlange, dass der Vertrag die Verpflichtung des Unternehmers beinhalte, den Verbraucher zu Beginn der Frist - also nicht bereits im Vertrag selbst - auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

4.1. Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls 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 hiefür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist“.

§ 6 Abs 1 Z 2 KschG behandelt „Zustimmungsfiktionen“ (oder „Erklärungsfiktionen“). Die Bestimmung kommt insbesondere auch bei der Verlängerung von Vertragsverhältnis-

sen in Betracht (RIS-Justiz RS0065536). Sie gilt auch für Verlängerungsklauseln in Konsumentenversicherungsverträgen und damit neben bzw zusätzlich zu § 8 VersVG (*Mayrhofer/Tangl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ [2006] § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Rz 7 mwN; *Fornara/Woschank, Verlängerungsklausel in Konsumentenversicherungsverträgen*, VR 2009, 172 [173]); *Langer* in *Kosesnik-Wehrle, Konsumentenschutzgesetz*⁴ [2015] § 6 Rz 17; *Gruber* in *Fenyves/Schauer, VersVG* [2014] § 8 VersVG Rz 7).

4.2. Der OGH verlangt für die Gültigkeit einer solchen Zustimmungsfiktion im Lichte des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG in ständiger Rechtsprechung, dass sie vertraglich vereinbart wurde. Es muss die Möglichkeit des Widerspruchs und die Frist für dessen Ausübung in den Vertragstext (Klauseltext) aufgenommen worden sein (jüngst 5 Ob 160/15p mwN; hierzu RIS-Justiz RS0127099).

In 2 Ob 523/85 = EvBl 1987/107 = RdW 1987, 120 verlangte der OGH von einer Klausel, damit diese § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht, „das Vorsehen einer Frist, bei deren Beginn der Verbraucher auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird“. Hieran fehlte es bei der damals zu beurteilenden Klausel „*Er verlängert sich jedoch um weitere zwei Monate, wenn nicht spätestens fünf Tage vor dem Endtermin schriftlich der Widerruf bekanntgegeben wird, wobei das Einlangen des Widerrufs entscheidet*“, sodass diese als Verletzung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG qualifiziert wurde (2 Ob 523/85 = EvBl 1987/107 = RdW 1987, 120).

Die Notwendigkeit, in der Klausel selbst eine Frist vorzusehen, bei deren Beginn der Verbraucher auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird, bedeutet nichts anderes, als dass die Klausel eine Ver-

pflichtung des AGB-Verwenders vorsehen muss, den Verbraucher zur betreffenden Zeit über die Bedeutung eines allfälligen Schweigens zu informieren.

In 6 Ob 85/11k = ÖBA 2012/1784 (*Rummel*) bestätigte der OGH seine bereits in 2 Ob 523/85 vertretene „strenge Auffassung“. Dieser sei „schon allein deshalb der Vorzug zu geben, weil der Verbraucher durch die Aufnahme der Widerspruchsmöglichkeit in die Vertragsbestimmung schon bei Vertragsabschluss die Möglichkeit hat, diese kennen zu lernen und allenfalls abzulehnen“ (Punkt 1.3.1. der Entscheidung am Ende; siehe auch RIS-Justiz RS0127099). Der OGH hatte damals die Klausel *„[Die Beklagte] ist berechtigt, das Teilnehmerverhältnis auf ein verbundenes Unternehmen zu übertragen. In diesem Fall ist der Teilnehmer rechtzeitig von der Übertragung zu informieren und kann der Teilnehmer binnen einer 4-wöchigen Frist der Übertragung widersprechen. Bei Widerspruch des Teilnehmers innerhalb von 4 Wochen gilt die Übertragung als nicht erfolgt; der Teilnehmer bleibt Kunde [der Beklagten]“* zu beurteilen. Weil sie keinen Hinweis darauf enthielt, dass der Unternehmer den Verbraucher zusammen mit dem Änderungsanbot auf die Wirkungen seines Schweigens hinweisen werde, erkannte der OGH auf ihre Unwirksamkeit.

4.3. Auch die **zweitinstanzliche Judikatur** verlangt von einer Verlängerungsklausel, um gültig zu sein, dass sich der Unternehmer in ihr zugleich verpflichtet, den Verbraucher innerhalb einer konkret ausgedrückten und angemessenen Zeitspanne auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen und ihm mitzuteilen, welche Frist dafür eingeräumt wird (LG Linz 12 R 30/95 = KRES 1d/28a; LG Salzburg 53 R 350/96v = KRES 1d/35).

Dieser Ansicht schloss sich in einer unveröffent-

licht (und insoweit unangefochten) gebliebenen Entscheidung auch der Berufungssenat zumindest für den Bereich von Verbandsprozessen an, nämlich dass vom Erfordernis auszugehen ist, „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“. Die Klausel des 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.“* wurde daher als Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG qualifiziert (OLG Wien 4 R 53/11k).

4.4. In der **Lehre** wird die Notwendigkeit, dass der Unternehmer sich bereits in der AGB-Klausel dazu verpflichtet, dass er bei Beginn der Widerspruchsfrist den Verbraucher auf die Bedeutung eines allfälligen Schweigens hinweisen wird, überwiegend bejaht (Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft [Teil 2], JBl 1980, 72 [73 f]; Welser, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in Krejci [Hrsg], Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz [1981] 333 [345 ff]); Mayrhofer/Tangl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ [2006] § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Rz 20 f; Ertl/Gschweitl, Verfallsregelungen in Mobilfunkverträgen, MR 2005, 404 [407 f]; Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁴ [2014] § 6 KSchG Rz 7; Langer in Kosesnik-Wehrle, Konsumentenschutzgesetz⁴ [2015] § 6 Rz 15, 17; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht¹⁴ II [2015]

Rz 1223; zumindest für den Bereich der Verbandsklage auch *Geist*, Verlängerungsklauseln in Konsumentenversicherungsverträgen, RdW 1988, 189 [190] und *Kiendl*, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen [1997] 139 f; aA *Nowotny*, Versicherungsdauer und Konsumentenschutzgesetz, RdW 1987, 364 [364]; *Fornara/Woschank*, VR 2009, 173; *Krejci* in *Rummel*³ II/4 [2002] § 6 Rz 44; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*⁴ Va [2015] § 6 KSchG Rz 13).

4.5. In der **Klauselpraxis** wurde eine solche Verpflichtung, um der dargestellten herrschenden „strengen Ansicht“ zu entsprechen, in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (ABB, siehe Z 2 Abs 2 Satz 1) aufgenommen (*Iro* in *Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte [2001] Ziff 1 Rz 3 und Ziff 2 Rz 11; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I [2006] Rz 1/62; *Iro*, Zur Wirksamkeit formularmäßiger Änderungsvorbehalte, in *FS Koziol* [2010] 147 [148]). In den AGB der Banken ist seither in der betreffenden Klausel ausdrücklich vorgesehen, dass die Bank den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung sowie darauf aufmerksam machen wird, dass sein Still-schweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Damit entspricht die in den AGB der Banken enthaltene Zustimmungsfiktion „den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG“ (siehe 1 Ob 210/12g [in Punkt 2.15]; 1 Ob 146/15z [in Punkt 7.6.1.]).

Im Unterschied zur beanstandeten Klausel in den Unfallversicherungsbedingungen der Beklagten findet sich in den aktuellen (Version 02/2015) „Allgemeinen Bedingungen für die Unfallversicherung (AUVB 2008)“ des Versicherungsverbandes Österreich in Punkt 2.2. eine Klausel, nach der zwar, wenn die vereinbarte Vertragsdauer mindes-

tens ein Jahr beträgt, der Versicherungsvertrag zunächst für die vertraglich vereinbarte Dauer gilt und die Vertragslaufzeit sich jeweils automatisch um ein weiteres Jahr verlängert, wenn der Vertrag nicht spätestens einen Monat vor Ablauf gekündigt wird, wobei für den Zugang der Erklärung der Ablaufkündigung die gesamte Vertragslaufzeit unter Beachtung der vorerwähnten Frist von einem Monat zur Verfügung steht, dass aber für Versicherungsverträge, deren Abschluss nicht zum Betrieb eines Unternehmens des Versicherungsnehmers gehört (Verbraucherverträge), vereinbart ist, „*dass der Versicherer den Versicherungsnehmer frühestens vier Monate, spätestens aber drei Monate vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit darüber informieren wird, dass dieser den Versicherungsvertrag zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer kündigen kann; dabei wird der Versicherer auch auf die Rechtsfolgen der Vertragsverlängerung bei unterbliebener Kündigung sowie der Vertragsbeendigung bei Vornahme der Kündigung besonders hinweisen*“. Damit trägt der Versicherungsverband Österreich offenkundig der dargelegten herrschenden strengen Meinung Rechnung.

4.6. Die von der herrschenden Auffassung bejahte Notwendigkeit, in die Klausel eine Verpflichtung des AGB-Verwenders aufzunehmen, den Verbraucher zur betreffenden Zeit über die Bedeutung eines allfälligen Schweigens zu informieren, wird teleologisch begründet, und zwar zum einen damit, dass anderenfalls es viel leichter möglich wäre, dass der nicht dem Gesetz entsprechend aufgeforderte Konsument der Täuschung unterliegt, die Klausel habe ihre Wirkung entfaltet, zum anderen damit, dass anderenfalls die Verbandsklage leer zu laufen drohe (eingehend *Welser aaO*).

Letzteres Argument griff jüngst 5 Ob 160/15p (dort Punkt 2.6.) auf, indem der OGH aussprach, die Konsequenz, dass die vertraglich vereinbarte Zustimmungsfiktion der Verbandsklage entzogen sei, wäre mit der jüngeren Rechtsprechung des OGH, der die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ja im Rahmen von Verbandsprozessen überprüfe, nicht vereinbar.

4.7. Aus den dargelegten Gründen sieht das Berufungsgericht keinen Grund, im vorliegenden Verbandsprozess von der herrschenden Auffassung abzuweichen, dass in der Klausel selbst eine Verpflichtung des Unternehmers enthalten sein muss, beizeiten den Verbraucher über die Bedeutung eines allfälligen Schweigens zu informieren.

4.8. Die zu beurteilende Klausel 1 findet sich in den - als solchen im Regelfall Vertragsinhalt werdenden - AGB der Beklagten, sodass dem Erfordernis der „vertraglichen Vereinbarung“ der Zustimmungsfiktion grundsätzlich Genüge getan ist. Nach dem Text der Klausel verlängert sich der Vertrag jeweils um ein Jahr, „wenn nicht ein Monat vor Ablauf gekündigt wird“. Damit sieht die Klausel inhaltlich eine „Möglichkeit des Widerspruchs“ vor, nämlich eine Kündigung, und die Klausel nennt die Frist für deren Ausübung, sodass auch dem betreffenden Erfordernis entsprochen wäre.

Die Klausel sieht aber keine Verpflichtung vor, bei Beginn der einmonatigen Kündigungsfrist (Widerspruchsfrist) den Verbraucher über sein Recht auf Kündigung (Widerspruch) in Kenntnis zu setzen und ihm vor allem über die Bedeutung eines allfälligen Schweigens zu informieren. In Übereinstimmung mit der Entscheidung 2 Ob 523/85 und der zitierten zweitinstanzlichen Rechtsprechung sowie der überwiegenden Literatur muss die

Klausel daher - wie bereits vom Erstgericht zutreffend erkannt - als unzulässig gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG qualifiziert werden.

Zur Klausel 2:

5. Das Erstgericht bejahte auch einen Verstoß der Klausel 2 gegen die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Dagegen wendet die Beklagte in der Berufung im Wesentlichen ein, die Klausel 2 entspräche sämtlichen Erfordernissen der gesetzlichen Bestimmung.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

5.1. Abs 2 der Klausel sieht vor, dass die Beklagte eine Neufassung der Polizze mit den geänderten Leistungen und Prämien erstellt und dass der Versicherungsnehmer innerhalb eines Monats ab Erhalt des Dokuments der Vertragsänderung widersprechen kann. Sein mehr als einmonatiges Schweigen wird also als Zustimmung qualifiziert, sodass auch die Klausel 2 eine am Maßstab des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zu prüfende Zustimmungsfiktion enthält.

5.2. Abs 2 der Klausel enthält keine Verpflichtung der Beklagten, wenn sie dem Versicherungsnehmer die neue Polizze zusendet und damit die einmonatige Widerspruchsfrist in Lauf setzt, den Versicherungsnehmer darauf hinzuweisen, dass er ein Widerspruchsrecht hat und dass ein einmonatiges Schweigen als Zustimmung zur Vertragsänderung gälte.

Wie bereits unter Punkt 4. ausgeführt, muss aber nach herrschender Auffassung in der Klausel selbst eine Verpflichtung des AGB-Verwenders enthalten sein, den Verbraucher zur betreffenden Zeit (hier: bei Erhalt der neuen Polizze) entsprechend zu informieren, ansonsten gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoßen wird.

Es steht daher auch die Klausel 2 mit der genannten

Verbraucherschutznorm in Konflikt.

6. Ob die Klausel 2 gegen die weiteren vom Kläger ins Treffen geführten Vorschriften des KSchG, ABGB und VersVG verstößt, kann dahingestellt bleiben. Der Kläger ist dadurch, dass das Berufungsgericht sein Unterlassungsbegehren schon aufgrund des Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG als berechtigt ansieht und mangels Relevanz für den Urteilsspruch nicht mehr auf die in der Klage weiters geltend gemachten Rechtsgründe eingeht, nicht beschwert (1 Ob 210/12g [in Punkt 1.3.] unter Berufung auf *Fasching in Fasching/Konecny* IV/1 [2005] Einl Rz 102). Das Berufungsgericht bestätigt bereits aufgrund der von ihm bejahten Verstöße beider Klauseln gegen die Vorschrift des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG das erstgerichtliche Urteil zur Gänze.

Zur Wiederholungsgefahr:

7. Die ergänzenden Feststellungen des Berufungsgerichts ändern nichts an der vom Erstgericht zu Recht (§ 500a ZPO) bejahten Wiederholungsgefahr. Dass die Klausel 2 letztmalig in den AUVB 2006 (in der Fassung 07/2012) verwendet wurde, sich in sämtlichen danach verwendeten Fassungen der AUVB nicht mehr findet und bei Verträgen, welche ab dem 20.12.2012 geschlossen wurden, nicht mehr in dieser Form vereinbart wurde, ändert nichts daran, dass aufgrund des Massengeschäfts der Beklagten davon auszugehen ist, dass nach wie vor von ihr mit Verbrauchern eingegangene Vertragsverhältnisse bestehen, denen die AUVB in der gesetzwidrigen Fassung zugrunde liegen. Dass dem nicht so ist, wurde von der Beklagten weder behauptet noch ist dies im Verfahren hervorgekommen. Die Wiederholungsgefahr wäre erst dann zu verneinen gewesen, wenn sowohl die Verwendung der allgemeinen

Geschäftsbedingungen bei weiteren Vertragsschlüssen als auch ihre Geltendmachung in bereits bestehenden Vertragsbeziehungen auszuschließen wäre (RIS-Justiz RS0111640 [T1]).

Hinzu kommt - wie vom Erstgericht zutreffend erkannt - die vehemente Verteidigung der Zulässigkeit auch der Klausel 2 durch die Beklagte. Wer im Prozess weiterhin die Auffassung vertritt, zu der beanstandeten Handlung berechtigt zu sein, und seinen Wettbewerbsverstoß verteidigt, gibt im Allgemeinen schon dadurch zu erkennen, dass es ihm um die Vermeidung weiterer Eingriffe dieser Art nicht ernstlich zu tun ist (RIS-Justiz RS0079692 [T14]). Wenn das Verhalten des Beklagten auch nur unklar und zwiespältig ist, ist die Gewähr für das Unterbleiben künftiger Verstöße nicht gegeben (RIS-Justiz RS0012087 [T7]).

Der Berufung der Beklagten war daher der Erfolg zu versagen.

8. Die **Kostenentscheidung** gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

9. Bei der **Bewertung** des Entscheidungsgegenstandes nach § 500 Abs 2 ZPO ist das Berufungsgericht an die Streitwertangabe in der Klage (EUR 36.000,-- für das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren für alle vier damals inkriminierten Klauseln gemeinsam, also für die vor dem Berufungsgericht noch strittigen beiden Klauseln EUR 18.000,--) nicht gebunden. Das Berufungsgericht kann sowohl eine höhere als auch niedrigere Bewertung vornehmen (*Gitschthaler in Fasching/Konecny*³ § 56 JN Rz 7). Das Berufungsgericht orientierte sich bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes für die beiden noch strittigen Klauseln am Umstand, dass diese wohl noch

zahlreichen Verträgen zugrunde liegen, sodass das wirtschaftliche Interesse der Beklagten an der Beibehaltung der Klauseln entsprechend hoch ist.

10. Die **ordentliche Revision** war nach § 502 Abs 1 ZPO in Hinsicht auf die zitierte höchstgerichtliche Judikatur nicht zuzulassen. Der Oberste Gerichtshof ist auch zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht „jedenfalls“, sondern nur dann berufen, wenn die zweite Instanz Grundsätze höchstgerichtlicher Rechtsprechung missachtete oder für die Rechtseinheit und Rechtsentwicklung bedeutsame Fragen zu lösen sind (RIS-Justiz RS0121516 [T3]). Es genügt für die Anrufbarkeit des Obersten Gerichtshofs nicht schon der Umstand, dass es an einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu gleichen oder ähnlichen Klauseln mangelt (RIS-Justiz RS0121516 [T4]). Dies gilt auch im Verbandsprozess (RIS-Justiz RS0121516 [T5, T25]).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 15. Juni 2016

Dr. Dorit Primus
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG