

TE OGH 2013/9/4 7Ob118/13y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.09.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei W***** Versicherung AG *****, vertreten durch Mag. Dr. Lothar Wiltschek und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 9. April 2013, GZ 3 R 12/13a-12, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28. November 2012, GZ 11 Cg 60/12d-8, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.961,64 EUR (darin 326,94 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte ist ein österreichweit tätiges Versicherungsunternehmen, das mit Konsumenten in Geschäftsbeziehungen tritt. Die Beklagte verwendete bis Juli 2010 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die Klauseln 1 und 2 und schloss mit Verbrauchern auch die Klausel 3 ab. Nicht festgestellt werden kann, dass die Beklagte nach dem Jahr 2010 die nachstehend angeführten Klauseln in Vertragsformblättern verwendete oder sich darauf berief.

Klausel 1 [Dauerrabatt]: „Im Hinblick auf die beantragte Versicherungsdauer wird auf die Prämien ein Dauerrabatt von 20 % gewährt. Die in der Polizze angeführten Prämien sind bereits um diesen Prozentsatz ermäßigt. In jedem Fall einer Verkürzung der Vertragsdauer sind 25 % der ermäßigten Prämie für die gesamte (tatsächliche) Vertragsdauer nachzuzahlen. Beträgt die vereinbarte Vertragsdauer mindestens 9 Jahre, reduziert sich der Prozentsatz der nachzuzahlenden Prämien nach mindestens sechsjährigem Bestand des Vertrages auf 12,5 %.“

Klausel 2 [Treuebonus]: „Beträgt die vereinbarte Vertragsdauer mindestens 6 Jahre, wird auf die durch den Dauerrabatt reduzierte Prämie ein Treuebonus von weiteren 10 % berechnet, der ebenfalls in jedem Fall der Verkürzung der Vertragsdauer nachzuzahlen ist. Für Treuebonus und Dauerrabatt gemeinsam sind 37,5 % der ermäßigten Prämie für die gesamte tatsächliche Vertragsdauer nachzuzahlen. Beträgt die vereinbarte Vertragsdauer mindestens 9 Jahre, reduziert sich dieser Prozentsatz nach mindestens 6-jährigem Bestand des Vertrages auf 25 %.“

Klausel 3 [Rückzahlung des übernommenen Dauerrabatts]: „Die W***** Versicherung AG hat für den Versicherungsnehmer die Nachzahlung des Dauerrabattes, zu deren Bezahlung der Versicherungsnehmer wegen

vorzeitiger Beendigung eines mit einem anderen Versicherer auf 10 Jahre abgeschlossenen Versicherungsvertrags verpflichtet ist, übernommen. Endet der gegenständliche Versicherungsvertrag vor Ablauf von 10 Jahren, ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, den von der W***** zur Zahlung übernommenen Dauerrabatt zu refundieren. Der zu refundierende Betrag vermindert sich für jedes volle Vertragsjahr des gegenständlichen Vertrages um ein Zehntel.“

Der Kläger forderte die Beklagte vor Klagseinbringung auf, hinsichtlich der drei Klauseln eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Das lehnte die Beklagte ab, weil sie die Klauseln seit rund zwei Jahren nicht mehr verwende. Zudem bestritt sie die Unzulässigkeit der Klausel 3.

Der Kläger, eine gemäß § 29 KSchG klagslegitimierte Einrichtung, begehrte mit der am 1. 6. 2012 eingebrachten Klage, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung der drei oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern sowie die Berufung darauf zu unterlassen. Weiters wurde ein Urteilsveröffentlichungsbegehren gestellt. Die von der Beklagten verwendeten Klauseln seien gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Mit der dritten Klausel werde keine gemäß § 8 Abs 3 VersVG unzulässige Nachforderung einer von der Laufzeit abhängigen Prämienermäßigung vereinbart. Die Klausel höhle gemeinsam mit den ersten beiden Klauseln das gesetzliche Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers massiv aus. Es handle sich außerdem um eine gemäß § 41b VersVG unzulässige Kündigungsgebühr. Die Beklagte habe die Klauseln in einer Vielzahl von Verträgen verwendet und unmittelbar vor Klagseinbringung die Abgabe einer Unterlassungserklärung verweigert, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Die von der Beklagten im gerichtlichen Verfahren angebotene Unterlassungserklärung sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, umfasse diese doch nicht den berechtigten Veröffentlichungsanspruch. Bezüglich der dritten Klausel beharre die Beklagte überdies auf ihrem unrichtigen Rechtsstandpunkt, dass diese nicht gegen Versicherungsvertragsrecht verstoße. Auf diese Klausel habe sich die Beklagte noch im Februar 2012 gegenüber einer Konsumentin berufen. Der Kläger, eine gemäß Paragraph 29, KSchG klagslegitimierte Einrichtung, begehrte mit der am 1. 6. 2012 eingebrachten Klage, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung der drei oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern sowie die Berufung darauf zu unterlassen. Weiters wurde ein Urteilsveröffentlichungsbegehren gestellt. Die von der Beklagten verwendeten Klauseln seien gröblich benachteiligend im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Mit der dritten Klausel werde keine gemäß Paragraph 8, Absatz 3, VersVG unzulässige Nachforderung einer von der Laufzeit abhängigen Prämienermäßigung vereinbart. Die Klausel höhle gemeinsam mit den ersten beiden Klauseln das gesetzliche Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers massiv aus. Es handle sich außerdem um eine gemäß Paragraph 41 b, VersVG unzulässige Kündigungsgebühr. Die Beklagte habe die Klauseln in einer Vielzahl von Verträgen verwendet und unmittelbar vor Klagseinbringung die Abgabe einer Unterlassungserklärung verweigert, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Die von der Beklagten im gerichtlichen Verfahren angebotene Unterlassungserklärung sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, umfasse diese doch nicht den berechtigten Veröffentlichungsanspruch. Bezüglich der dritten Klausel beharre die Beklagte überdies auf ihrem unrichtigen Rechtsstandpunkt, dass diese nicht gegen Versicherungsvertragsrecht verstoße. Auf diese Klausel habe sich die Beklagte noch im Februar 2012 gegenüber einer Konsumentin berufen.

Die Beklagte wendete ein, die Wiederholungsgefahr sei im Zeitpunkt ihrer Abmahnung durch den Kläger und daher auch bei Klagseinbringung bereits weggefallen gewesen. Sobald sie von der Entscheidung 7 Ob 266/09g Kenntnis erlangt habe, habe sie die Verwendung der Klauseln eingestellt und sich entschieden, neuen Versicherungsverträgen keine dieser Entscheidung widersprechenden Dauerrabattklauseln mehr zu Grunde zu legen und sich bei den bestehenden Versicherungsverträgen ausnahmslos auch nicht auf solche zu berufen. Sie habe ihre Entscheidung in persönlichen Gesprächen und in einer E-Mail vom 1. 7. 2010 allen mit der Gestaltung und Abwicklung von Versicherungsverträgen betrauten Mitarbeitern mitgeteilt und somit schon vor mehr als zwei Jahren alle in ihrem Unternehmen mit Versicherungsverträgen befassten Personen angewiesen, künftig in Versicherungsverträgen keine dem genannten Urteil widersprechenden Dauerrabattklauseln aufzunehmen und bei Kündigungen aller Art keine Dauerrabatt-Rückforderung mehr zu stellen, die auf eine diesem Urteil widersprechende Klausel zu stützen wäre. Diese Anweisung sei strikt eingehalten worden. In der Folge habe sie durch Änderungen in ihrer EDV auch technisch ausgeschlossen, dass in den Versicherungsverträgen die beanstandeten Dauerrabattklauseln aufgenommen oder in Abrechnungen die alten Klauseln berücksichtigt werden. Seit Juli 2010 sei ausgeschlossen, dass in irgendeinem Versicherungsvertrag eine Dauerrabatt-Klausel aufgenommen werde oder sie sich bei einer Kündigung auf die alten

Klauseln berufe. Seit 1. 1. 2011 verwende sie eine neue, völlig rechtskonforme Laufzeitklausel. Da sie das beanstandete Verhalten schon im Juli 2010 eingestellt habe, sei die Abmahnung durch den Kläger im Mai 2012 unzulässig gewesen und sie sei zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht verpflichtet gewesen. Sie biete - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für andere Ansprüche, insbesondere den Kostenersatzanspruch - den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs im Sinn des Unterlassungsklagebegehrens samt Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 720 EUR für jedes Zuwiderhandeln an. Da sie die Klauseln seit zwei Jahren nicht mehr verwende, bestehe kein Interesse des Klägers an der Veröffentlichung eines Vergleichs. Die Beklagte wendete ein, die Wiederholungsgefahr sei im Zeitpunkt ihrer Abmahnung durch den Kläger und daher auch bei Klagseinbringung bereits weggefallen gewesen. Sobald sie von der Entscheidung 7 Ob 266/09g Kenntnis erlangt habe, habe sie die Verwendung der Klauseln eingestellt und sich entschieden, neuen Versicherungsverträgen keine dieser Entscheidung widersprechenden Dauerrabattklauseln mehr zu Grunde zu legen und sich bei den bestehenden Versicherungsverträgen ausnahmslos auch nicht auf solche zu berufen. Sie habe ihre Entscheidung in persönlichen Gesprächen und in einer E-Mail vom 1. 7. 2010 allen mit der Gestaltung und Abwicklung von Versicherungsverträgen betrauten Mitarbeitern mitgeteilt und somit schon vor mehr als zwei Jahren alle in ihrem Unternehmen mit Versicherungsverträgen befassten Personen angewiesen, künftig in Versicherungsverträgen keine dem genannten Urteil widersprechenden Dauerrabattklauseln aufzunehmen und bei Kündigungen aller Art keine Dauerrabatt-Rückforderung mehr zu stellen, die auf eine diesem Urteil widersprechende Klausel zu stützen wäre. Diese Anweisung sei strikt eingehalten worden. In der Folge habe sie durch Änderungen in ihrer EDV auch technisch ausgeschlossen, dass in den Versicherungsverträgen die beanstandeten Dauerrabattklauseln aufgenommen oder in Abrechnungen die alten Klauseln berücksichtigt werden. Seit Juli 2010 sei ausgeschlossen, dass in irgendeinem Versicherungsvertrag eine Dauerrabatt-Klausel aufgenommen werde oder sie sich bei einer Kündigung auf die alten Klauseln berufe. Seit 1. 1. 2011 verwende sie eine neue, völlig rechtskonforme Laufzeitklausel. Da sie das beanstandete Verhalten schon im Juli 2010 eingestellt habe, sei die Abmahnung durch den Kläger im Mai 2012 unzulässig gewesen und sie sei zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht verpflichtet gewesen. Sie biete - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für andere Ansprüche, insbesondere den Kostenersatzanspruch -, den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs im Sinn des Unterlassungsklagebegehrens samt Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 720 EUR für jedes Zuwiderhandeln an. Da sie die Klauseln seit zwei Jahren nicht mehr verwende, bestehe kein Interesse des Klägers an der Veröffentlichung eines Vergleichs.

Die dritte Klausel sei nicht in ihren Antragsformularen enthalten, sondern fuße auf einer mit dem jeweiligen Kunden im Einzelnen ausgehandelten Verpflichtungserklärung, die nicht automatisch mit der Polizzierung des Antrags, sondern nur bei Einreichung eines gesonderten Antrags auf Grund einer Einzelfallentscheidung durch einen eigenen technischen Vorgang übernommen werde. Die Verbandsklage betreffend die dritte Klausel sei schon deshalb unberechtigt, weil diese immer im Einzelnen mit dem Kunden ausgehandelt werde. Zwischen dieser Klausel und den beiden anderen, von ihr seit langer Zeit nicht mehr verwendeten Klauseln bestehe auch kein Zusammenhang. Sie wolle diese Klausel aber weder verteidigen noch in Zukunft gegenüber Verbrauchern jemals wieder verwenden. Die Klausel sei aber auch nicht rechtswidrig und verstoße insbesondere nicht gegen § 8 Abs 3 und § 41b VersVG. Die dritte Klausel sei nicht in ihren Antragsformularen enthalten, sondern fuße auf einer mit dem jeweiligen Kunden im Einzelnen ausgehandelten Verpflichtungserklärung, die nicht automatisch mit der Polizzierung des Antrags, sondern nur bei Einreichung eines gesonderten Antrags auf Grund einer Einzelfallentscheidung durch einen eigenen technischen Vorgang übernommen werde. Die Verbandsklage betreffend die dritte Klausel sei schon deshalb unberechtigt, weil diese immer im Einzelnen mit dem Kunden ausgehandelt werde. Zwischen dieser Klausel und den beiden anderen, von ihr seit langer Zeit nicht mehr verwendeten Klauseln bestehe auch kein Zusammenhang. Sie wolle diese Klausel aber weder verteidigen noch in Zukunft gegenüber Verbrauchern jemals wieder verwenden. Die Klausel sei aber auch nicht rechtswidrig und verstoße insbesondere nicht gegen Paragraph 8, Absatz 3 und Paragraph 41 b, VersVG.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Beklagte habe einen mit dem Unterlassungsbegehren identen Unterlassungsvergleich angeboten. Schon deshalb sei die Wiederholungsgefahr weggefallen. Der Kläger hätte das Klagebegehren nach Annahme des Unterlassungsvergleichs auf das Veröffentlichungsbegehren einschränken können. Dass er grundsätzlich nicht zur Annahme eines Vergleichsangebots verpflichtet sei, das neben der Unterlassung nicht auch die Veröffentlichung anbiete, könne nur dann gelten, wenn ihm ein Veröffentlichungsanspruch tatsächlich zustehe. Das dafür vorauszusetzende Interesse der Allgemeinheit, die Gesetzesverletzung in der Öffentlichkeit aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären und einer Weiterverbreitung

unrichtiger Ansichten entgegenzuwirken, sei hier nicht gegeben. Die Beklagte habe sich darauf berufen, die Klauseln nicht mehr zu verwenden. Eine Verwendung oder Berufung auf die Klauseln habe auch nicht festgestellt werden können. Der angebotene Vergleich sei daher für die Beseitigung einer allenfalls zuvor bestehenden Wiederholungsgefahr ausreichend.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt. Rechtlich führte es aus, dass die Beklagte nicht bestreite, mit den Klauseln 1 und 2 gegen das „Transparenzgebot“ gemäß § 879 Abs 3 ABGB verstoßen zu haben und grundsätzlich zur Unterlassung der Verwendung dieser Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern sowie der Berufung darauf verpflichtet zu sein. Sie habe zwar hinsichtlich sämtlicher Klauseln einen Unterlassungsvergleich im Sinn des (Unterlassungs-)Klagebegehrens, nicht aber dessen Veröffentlichung angeboten. Hinsichtlich der dritten Klausel bestreite sie überdies deren Rechtswidrigkeit. Entgegen ihrer Ansicht könne nicht von einem Wegfall des Veröffentlichungsinteresses gesprochen werden. Ein Wegfall der Wiederholungsgefahr bezüglich der Klauseln 1 und 2 sei schon deshalb nicht gegeben, weil die Beklagte lediglich einen strafbewehrten Unterlassungsvergleich angeboten habe, ohne jedoch gleichzeitig dessen Veröffentlichung anzubieten. Ihr Vorbringen, ihre mit dem Abschluss von Versicherungsverträgen betrauten Mitarbeiter entsprechend informiert zu haben, sei nicht stichhaltig, werde dies doch dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das Klagebegehren bestehe daher jedenfalls in Bezug auf die Klauseln 1 und 2 zu Recht. Dass die Beklagte österreichweit ihre Dienste anbiete und demnach einen weit verbreiteten Kundenkreis besitze, sei evident. Schon deshalb sei eine österreichweite Urteilsveröffentlichung geboten. Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt. Rechtlich führte es aus, dass die Beklagte nicht bestreite, mit den Klauseln 1 und 2 gegen das „Transparenzgebot“ gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB verstoßen zu haben und grundsätzlich zur Unterlassung der Verwendung dieser Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern sowie der Berufung darauf verpflichtet zu sein. Sie habe zwar hinsichtlich sämtlicher Klauseln einen Unterlassungsvergleich im Sinn des (Unterlassungs-)Klagebegehrens, nicht aber dessen Veröffentlichung angeboten. Hinsichtlich der dritten Klausel bestreite sie überdies deren Rechtswidrigkeit. Entgegen ihrer Ansicht könne nicht von einem Wegfall des Veröffentlichungsinteresses gesprochen werden. Ein Wegfall der Wiederholungsgefahr bezüglich der Klauseln 1 und 2 sei schon deshalb nicht gegeben, weil die Beklagte lediglich einen strafbewehrten Unterlassungsvergleich angeboten habe, ohne jedoch gleichzeitig dessen Veröffentlichung anzubieten. Ihr Vorbringen, ihre mit dem Abschluss von Versicherungsverträgen betrauten Mitarbeiter entsprechend informiert zu haben, sei nicht stichhaltig, werde dies doch dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das Klagebegehren bestehe daher jedenfalls in Bezug auf die Klauseln 1 und 2 zu Recht. Dass die Beklagte österreichweit ihre Dienste anbiete und demnach einen weit verbreiteten Kundenkreis besitze, sei evident. Schon deshalb sei eine österreichweite Urteilsveröffentlichung geboten.

Hinsichtlich der Klausel 3, die nach Ansicht der Beklagten nicht rechtswidrig sei, sei festzuhalten, dass es sich bei der von ihr an den Vorversicherer des Kunden ausbezahlten Dauerrabattforderung nicht um einen von § 8 Abs 3 VersVG erfassten „Vorteil“ handle, der dem Kunden auf Grund der vereinbarten längeren Laufzeit zuteil werde, sondern um freiwillig übernommene Aufwendungen, um dem Kunden den Wechsel „schmackhaft“ zu machen. Derartige Aufwendungen zählten nicht zu den bereits angefallenen, aber noch nicht durch Prämien hereingebrachten Kostenanteilen, die der Versicherer gemäß § 8 Abs 3 VersVG fordern könne, wenn der Versicherungsnehmer vor dem Ablauf des der Prämienkalkulation zu Grunde liegenden Zeitraums kündige. Diese Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinn von § 879 Abs 3 ABGB, weil sie einerseits einen „Ausspannungswettbewerb“ unter den Versicherern fördere, andererseits das gesetzliche Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers beeinträchtige, der etwa bei Kündigung des Versicherungsvertrags nach drei Jahren nicht nur die Dauerrabattnachforderung aus dem laufenden Vertrag, sondern zusätzlich auch noch 70 % der Dauerrabattnachforderung des Vorversicherers an die Beklagte zu zahlen hätte. Auch hinsichtlich dieser Klausel sei die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen und auch das Veröffentlichungsbegehren berechtigt. Hinsichtlich der Klausel 3, die nach Ansicht der Beklagten nicht rechtswidrig sei, sei festzuhalten, dass es sich bei der von ihr an den Vorversicherer des Kunden ausbezahlten Dauerrabattforderung nicht um einen von Paragraph 8, Absatz 3, VersVG erfassten „Vorteil“ handle, der dem Kunden auf Grund der vereinbarten längeren Laufzeit zuteil werde, sondern um freiwillig übernommene Aufwendungen, um dem Kunden den Wechsel „schmackhaft“ zu machen. Derartige Aufwendungen zählten nicht zu den bereits angefallenen, aber noch nicht durch Prämien hereingebrachten Kostenanteilen, die der Versicherer gemäß Paragraph 8, Absatz 3, VersVG fordern könne, wenn der Versicherungsnehmer vor dem Ablauf des der Prämienkalkulation zu Grunde liegenden Zeitraums kündige.

Diese Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinn von Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, weil sie einerseits einen „Ausspannungswettbewerb“ unter den Versicherern fördere, andererseits das gesetzliche Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers beeinträchtige, der etwa bei Kündigung des Versicherungsvertrags nach drei Jahren nicht nur die Dauerrabattnachforderung aus dem laufenden Vertrag, sondern zusätzlich auch noch 70 % der Dauerrabattnachforderung des Vorversicherers an die Beklagte zu zahlen hätte. Auch hinsichtlich dieser Klausel sei die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen und auch das Veröffentlichungsbegehren berechtigt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige, und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Die Zulässigkeit der Klausel 3 sei bisher in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs noch nicht geprüft worden.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit einem Abänderungsantrag, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Sie ist jedoch nicht berechtigt.

1. Zur Unzulässigkeit der einzelnen Klauseln:

1.1. Die Beklagte behauptet zutreffend nicht die Zulässigkeit der Klauseln 1 und 2. Nach der jüngeren Rechtsprechung (7 Ob 266/09g = SZ 2010/39 = EvBl 2010/141 [krit Rami]; 7 Ob 211/12y) und den übereinstimmenden Standpunkten von Palten (Neues vom Dauerrabatt, VR 2010 H 7-8, 31 [34]; dieselbe, Ersatzloser Entfall „böser“ Dauerrabattklauseln: Wunschtraum oder Realität?, VR 2012 H 4, 26), Gruber (Der Dauerrabatt, wbl 2011, 187 [191]) und Schauer (Der Dauerrabatt beim Versicherungsvertrag nach der E OGH 7 Ob 266/09g, RdW 2011/261, 267) widersprechen Klauseln, die eine (Treuebonus- oder) Dauerrabattrückvergütung mit gleichbleibenden jährlichen Beträgen vorsehen, sodass der rückforderbare Betrag mit längerer Vertragsdauer steigt statt sinkt, mangels sachlicher Rechtfertigung dem Verbot der Benachteiligung des Versicherungsnehmers gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Sie widersprechen auch § 8 Abs 3 VersVG, weil sie insbesondere bei relativ langer Vertragsdauer einerseits den herauszugebenden „Vorteil“ übersteigen und andererseits das gesetzliche Kündigungsrecht des Konsumenten mit wirtschaftlichen Mitteln untergraben. 1.1. Die Beklagte behauptet zutreffend nicht die Zulässigkeit der Klauseln 1 und 2. Nach der jüngeren Rechtsprechung (7 Ob 266/09g = SZ 2010/39 = EvBl 2010/141 [krit Rami]; 7 Ob 211/12y) und den übereinstimmenden Standpunkten von Palten (Neues vom Dauerrabatt, VR 2010 H 7-8, 31 [34]; dieselbe, Ersatzloser Entfall „böser“ Dauerrabattklauseln: Wunschtraum oder Realität?, VR 2012 H 4, 26), Gruber (Der Dauerrabatt, wbl 2011, 187 [191]) und Schauer (Der Dauerrabatt beim Versicherungsvertrag nach der E OGH 7 Ob 266/09g, RdW 2011/261, 267) widersprechen Klauseln, die eine (Treuebonus- oder) Dauerrabattrückvergütung mit gleichbleibenden jährlichen Beträgen vorsehen, sodass der rückforderbare Betrag mit längerer Vertragsdauer steigt statt sinkt, mangels sachlicher Rechtfertigung dem Verbot der Benachteiligung des Versicherungsnehmers gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Sie widersprechen auch Paragraph 8, Absatz 3, VersVG, weil sie insbesondere bei relativ langer Vertragsdauer einerseits den herauszugebenden „Vorteil“ übersteigen und andererseits das gesetzliche Kündigungsrecht des Konsumenten mit wirtschaftlichen Mitteln untergraben.

Jedenfalls im Verbrauchergeschäft sind auch sogenannte „gemäßigt“ oder „gemildert progressive“ Klauseln unzulässig (Schauer aaO 271; Palten aaO VR 2012 H 4, 28). Nach den Klauseln 1 und 2 steigt die Rückzahlung des gewährten Dauerrabatts und Treuebonus über die ersten sechs Jahre hinweg laufend an. Nach dem Sprung reduziert sich die Belastung für den Konsumenten zwar auf die Hälfte, um sodann wieder anzusteigen. Im Verbrauchergeschäft steht dies schon im klaren Widerspruch zum zwingenden Kündigungsrecht gemäß § 8 Abs 3 VersVG (Palten aaO 28). Auch mit dem Zweck der Treuebonus- und Dauerrabattvereinbarung, der darin besteht, dem Versicherer Gelegenheit zu geben, die Fixkosten auf die Summe aller Versicherungsprämien zu verteilen, die während der vereinbarten Vertragszeit anfallen, stehen „gemildert progressive“ Klauseln nicht im Einklang. Mögen sie auch für den Konsumenten weniger belastend sein als „streng progressive“ Klauseln, so fehlt es doch an der sachlichen Rechtfertigung für sie, sodass sie mit § 879 Abs 3 ABGB unvereinbar sind (Schauer aaO 271). Jedenfalls im Verbrauchergeschäft sind auch sogenannte „gemäßigt“ oder „gemildert progressive“ Klauseln unzulässig (Schauer aaO 271; Palten aaO VR 2012 H 4, 28). Nach den Klauseln 1 und 2 steigt die Rückzahlung des gewährten Dauerrabatts und Treuebonus über die ersten sechs Jahre hinweg laufend an. Nach dem Sprung reduziert sich die Belastung für den Konsumenten zwar auf die

Hälfte, um sodann wieder anzusteigen. Im Verbrauchergeschäft steht dies schon im klaren Widerspruch zum zwingenden Kündigungsrecht gemäß Paragraph 8, Absatz 3, VersVG (Palten aaO 28). Auch mit dem Zweck der Treuebonus- und Dauerrabattvereinbarung, der darin besteht, dem Versicherer Gelegenheit zu geben, die Fixkosten auf die Summe aller Versicherungsprämien zu verteilen, die während der vereinbarten Vertragszeit anfallen, stehen „gemildert progressive“ Klauseln nicht im Einklang. Mögen sie auch für den Konsumenten weniger belastend sein als „streng progressive“ Klauseln, so fehlt es doch an der sachlichen Rechtfertigung für sie, sodass sie mit Paragraph 879, Absatz 3, ABGB unvereinbar sind (Schauer aaO 271).

1.2. Die Beklagte erachtet die Klausel 3 für nicht rechtswidrig.

Ihr Einwand, sie habe die Klausel 3 nicht in AGB und/oder Vertragsformblättern verwendet (vgl§ 28 Abs 1 KSchG), sondern darüber individuelle Vereinbarungen getroffen, übergeht die gegenteilige ergänzende Feststellung des Berufungsgerichts. Zudem hat die Beklagte weder behauptet, dass ein Konsument auf den Inhalt dieser Klausel Einfluss nehmen konnte, noch bestritten, dass es sich dabei um eine von ihr vorformulierte Klausel handelt. Wann die Beklagte die (einseitig) in einem Vertragsformblatt festgelegte Nebenbestimmung mit dem Konsumenten abschließt, ist für die rechtliche Beurteilung unerheblich. Ihr Einwand, sie habe die Klausel 3 nicht in AGB und/oder Vertragsformblättern verwendet (vergleiche Paragraph 28, Absatz eins, KSchG), sondern darüber individuelle Vereinbarungen getroffen, übergeht die gegenteilige ergänzende Feststellung des Berufungsgerichts. Zudem hat die Beklagte weder behauptet, dass ein Konsument auf den Inhalt dieser Klausel Einfluss nehmen konnte, noch bestritten, dass es sich dabei um eine von ihr vorformulierte Klausel handelt. Wann die Beklagte die (einseitig) in einem Vertragsformblatt festgelegte Nebenbestimmung mit dem Konsumenten abschließt, ist für die rechtliche Beurteilung unerheblich.

Ist der Versicherungsnehmer Verbraucher, so kann er ein Versicherungsverhältnis, das er für eine Dauer von mehr als drei Jahren eingegangen ist, zum Ende des dritten Jahres oder jedes darauffolgenden Jahres unter Einhaltung einer Frist von einem Monat kündigen. Eine allfällige Verpflichtung des Versicherungsnehmers zum Ersatz von Vorteilen, besonders Prämiennachlässen, die ihm wegen einer vorgesehenen längeren Laufzeit des Vertrags gewährt worden sind, bleibt unberührt (§ 8 Abs 3 VersVG idF VersRÄG 2012, BGBl I 2012/34). Das Kündigungsrecht nach § 8 Abs 3 VersVG ist auf den Verbraucher im Sinn des KSchG zu beschränken, weil einem Unternehmer zugesonnen werden kann, dass er die Tragweite langfristiger vertraglicher Bindungen richtig einschätzt (RIS-Justiz RS0112255). Die Bestimmung regelt nicht, nach welchen Kriterien die Prämienrückvergütung zu berechnen ist. Sie legt aber fest, dass der Versicherungsnehmer (nur) zum Ersatz von „Vorteilen“ verpflichtet werden kann, die ihm auf Grund der vereinbarten längeren Laufzeit zuteil wurden (7 Ob 266/09g = SZ 2010/39). Ist der Versicherungsnehmer Verbraucher, so kann er ein Versicherungsverhältnis, das er für eine Dauer von mehr als drei Jahren eingegangen ist, zum Ende des dritten Jahres oder jedes darauffolgenden Jahres unter Einhaltung einer Frist von einem Monat kündigen. Eine allfällige Verpflichtung des Versicherungsnehmers zum Ersatz von Vorteilen, besonders Prämiennachlässen, die ihm wegen einer vorgesehenen längeren Laufzeit des Vertrags gewährt worden sind, bleibt unberührt (Paragraph 8, Absatz 3, VersVG in der Fassung VersRÄG 2012, BGBl I 2012/34). Das Kündigungsrecht nach Paragraph 8, Absatz 3, VersVG ist auf den Verbraucher im Sinn des KSchG zu beschränken, weil einem Unternehmer zugesonnen werden kann, dass er die Tragweite langfristiger vertraglicher Bindungen richtig einschätzt (RIS-Justiz RS0112255). Die Bestimmung regelt nicht, nach welchen Kriterien die Prämienrückvergütung zu berechnen ist. Sie legt aber fest, dass der Versicherungsnehmer (nur) zum Ersatz von „Vorteilen“ verpflichtet werden kann, die ihm auf Grund der vereinbarten längeren Laufzeit zuteil wurden (7 Ob 266/09g = SZ 2010/39).

In Klausel 3 ist festgehalten, dass die Beklagte für den Versicherungsnehmer die Nachzahlung des Dauerrabatts, zu deren Bezahlung er wegen vorzeitiger Beendigung seines mit einem Vorversicherer auf zehn Jahre abgeschlossenen Versicherungsvertrags verpflichtet ist, übernimmt. Endet der nunmehr mit der Beklagten abgeschlossene Versicherungsvertrag vor Ablauf von zehn Jahren, hat der Versicherungsnehmer den von der Beklagten zur Zahlung übernommenen Dauerrabatt zu refundieren, wobei sich dieser Betrag für jedes volle Vertragsjahr um ein Zehntel vermindert. Die Beklagte räumt in der Revision ein, dass sie diese Aufwendungen gegenüber dem Vorversicherer deshalb übernimmt, damit der Kunde seinen Versicherungsvertrag ohne finanzielle Nachteile beenden und mit ihr einen neuen Versicherungsvertrag abschließen kann, wodurch sie dem Versicherungsnehmer den Wechsel erheblich erleichtert. Damit trifft die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts zu, dass es sich dabei nicht um einen von § 8 Abs 3 VersVG erfassten „Vorteil“ handelt, der dem Kunden auf Grund der vereinbarten längeren Laufzeit zuteil wird,

sondern um freiwillig übernommene Aufwendungen der Beklagten, um dem Kunden den Wechsel „schmackhaft“ zu machen. Dass die Beklagte - wie sie behauptet - im Rahmen ihrer unternehmerischen Kalkulation diese Aufwendungen den Kosten des Abschlusses des neuen Versicherungsvertrags zuordnet, führt nicht zu einem Vorteil des Konsumenten, den ihm die Beklagte im Sinn des § 8 Abs 3 zweiter Satz VersVG wegen der vorgesehenen längeren Laufzeit des Versicherungsvertrags gewährt. Dass sie die (zulässige) Nachzahlung des Dauerrabatts an den Vorversicherer übernommen hätte, um vergleichbar einem Langfristrabatt die Nichtausübung des Kündigungsrechts durch den Versicherungsnehmer über Prämienanreize zu honorieren (vgl ErläutRV 1553 BlgNR XVIII. GP 16), behauptet sie gerade nicht. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann daher die Zulässigkeit der Klausel 3 nicht mit § 8 Abs 3 zweiter Satz VersVG begründet werden. In Klausel 3 ist festgehalten, dass die Beklagte für den Versicherungsnehmer die Nachzahlung des Dauerrabatts, zu deren Bezahlung er wegen vorzeitiger Beendigung seines mit einem Vorversicherer auf zehn Jahre abgeschlossenen Versicherungsvertrags verpflichtet ist, übernimmt. Endet der nunmehr mit der Beklagten abgeschlossene Versicherungsvertrag vor Ablauf von zehn Jahren, hat der Versicherungsnehmer den von der Beklagten zur Zahlung übernommenen Dauerrabatt zu refundieren, wobei sich dieser Betrag für jedes volle Vertragsjahr um ein Zehntel vermindert. Die Beklagte räumt in der Revision ein, dass sie diese Aufwendungen gegenüber dem Vorversicherer deshalb übernimmt, damit der Kunde seinen Versicherungsvertrag ohne finanzielle Nachteile beenden und mit ihr einen neuen Versicherungsvertrag abschließen kann, wodurch sie dem Versicherungsnehmer den Wechsel erheblich erleichtert. Damit trifft die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts zu, dass es sich dabei nicht um einen von Paragraph 8, Absatz 3, VersVG erfassten „Vorteil“ handelt, der dem Kunden auf Grund der vereinbarten längeren Laufzeit zuteil wird, sondern um freiwillig übernommene Aufwendungen der Beklagten, um dem Kunden den Wechsel „schmackhaft“ zu machen. Dass die Beklagte - wie sie behauptet - im Rahmen ihrer unternehmerischen Kalkulation diese Aufwendungen den Kosten des Abschlusses des neuen Versicherungsvertrags zuordnet, führt nicht zu einem Vorteil des Konsumenten, den ihm die Beklagte im Sinn des Paragraph 8, Absatz 3, zweiter Satz VersVG wegen der vorgesehenen längeren Laufzeit des Versicherungsvertrags gewährt. Dass sie die (zulässige) Nachzahlung des Dauerrabatts an den Vorversicherer übernommen hätte, um vergleichbar einem Langfristrabatt die Nichtausübung des Kündigungsrechts durch den Versicherungsnehmer über Prämienanreize zu honorieren vergleiche ErläutRV 1553 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode 16,), behauptet sie gerade nicht. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann daher die Zulässigkeit der Klausel 3 nicht mit Paragraph 8, Absatz 3, zweiter Satz VersVG begründet werden.

Die Klausel ist - unabhängig davon, ob sie gleichzeitig mit den Klauseln 1 und 2 vereinbart wurde oder nicht - gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes „bewegliches System“ geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB (und Vertragsformblätter) abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in der Willensbildung eingeeengt und muss sich zumindest den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 266/09g mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914 [T3, T4, T6]). Die Klausel ist - unabhängig davon, ob sie gleichzeitig mit den Klauseln 1 und 2 vereinbart wurde oder nicht - gröblich benachteiligend im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes „bewegliches System“ geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB (und Vertragsformblätter) abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner

ist in der Willensbildung eingeengt und muss sich zumindest den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 266/09g mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914 [T3, T4, T6]).

Zwar enthält Klausel 3 eine „streng degressive“ Rückforderung des von der Beklagten an den Vorversicherer gezahlten Dauerrabatts, jedoch trifft den Konsumenten in der Mehrzahl der Fälle eine längere Rückzahlungsverpflichtung gegenüber der Beklagten als der Zeitraum wäre, für den der Konsument dem Vorversicherer den Dauerrabatt rückersetzen müsste. Kündigt zum Beispiel der Konsument den Versicherungsvertrag mit dem Vorversicherer im siebenten Versicherungsjahr und müsste daher einen (zulässig vereinbarten) Verlust von Rabatten für die verbleibende Laufzeit auf zehn Jahre gewärtigen, den die Beklagte übernimmt, müsste er bei Kündigung des Versicherungsvertrags mit der Beklagten nach dem dritten Versicherungsjahr nach wie vor den übernommenen Dauerrabatt (wenn auch degressiv vermindert) zahlen. Damit wird das gesetzliche Kündigungsrecht des Konsumenten gemäß § 8 Abs 3 erster Satz VersVG mit wirtschaftlichen Mitteln untergraben. Eine sachliche Rechtfertigung für die bis zu zehn Jahre dauernde Rückzahlungsverpflichtung des Konsumenten, obwohl der Versicherungsnehmer gegenüber seinem Vorversicherer nur noch bedeutend kürzer gebunden wäre, ist nicht ersichtlich. Die Klausel 3 widerspricht daher dem Verbot der Benachteiligung des Versicherungsnehmers gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Zwar enthält Klausel 3 eine „streng degressive“ Rückforderung des von der Beklagten an den Vorversicherer gezahlten Dauerrabatts, jedoch trifft den Konsumenten in der Mehrzahl der Fälle eine längere Rückzahlungsverpflichtung gegenüber der Beklagten als der Zeitraum wäre, für den der Konsument dem Vorversicherer den Dauerrabatt rückersetzen müsste. Kündigt zum Beispiel der Konsument den Versicherungsvertrag mit dem Vorversicherer im siebenten Versicherungsjahr und müsste daher einen (zulässig vereinbarten) Verlust von Rabatten für die verbleibende Laufzeit auf zehn Jahre gewärtigen, den die Beklagte übernimmt, müsste er bei Kündigung des Versicherungsvertrags mit der Beklagten nach dem dritten Versicherungsjahr nach wie vor den übernommenen Dauerrabatt (wenn auch degressiv vermindert) zahlen. Damit wird das gesetzliche Kündigungsrecht des Konsumenten gemäß Paragraph 8, Absatz 3, erster Satz VersVG mit wirtschaftlichen Mitteln untergraben. Eine sachliche Rechtfertigung für die bis zu zehn Jahre dauernde Rückzahlungsverpflichtung des Konsumenten, obwohl der Versicherungsnehmer gegenüber seinem Vorversicherer nur noch bedeutend kürzer gebunden wäre, ist nicht ersichtlich. Die Klausel 3 widerspricht daher dem Verbot der Benachteiligung des Versicherungsnehmers gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB.

Da die Klausel nicht gemäß § 8 Abs 3 VersVG zulässig ist und gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, muss nicht weiter untersucht werden, ob sie auch § 41b VersVG widerspricht. Da die Klausel nicht gemäß Paragraph 8, Absatz 3, VersVG zulässig ist und gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB verstößt, muss nicht weiter untersucht werden, ob sie auch Paragraph 41 b, VersVG widerspricht.

2. Zum Vorliegen der Wiederholungsgefahr:

Die Beklagte hat die Verwendung der drei Klauseln bis Mitte 2010 nicht bestritten. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte „nach dem Jahr 2010“ (seit 2011) die drei Klauseln in Vertragsformblättern verwendete oder sich darauf berief. Die Beklagte hat auf die vom Kläger im Mai 2012 durchgeführte Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgegeben.

2.1. § 28 Abs 1 KSchG schließt auch das Verbot ein, sich auf eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. 2.1. Paragraph 28, Absatz eins, KSchG schließt auch das Verbot ein, sich auf eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (Paragraph 1336, ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.

2.2. Abs 2 dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-NovelleBGBl I 1997/6 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR XX. GP 31). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (6 Ob 24/11i mwN [verstärkter Senat]). Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verbands nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-JustizRS0111637 [T11]).

2.2. Absatz 2, dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-NovelleBGBl I 1997/6 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach Paragraph 29, KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR römisch zwanzig. Gesetzgebungsperiode 31,). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (6 Ob 24/11i mwN [verstärkter Senat]). Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Anspruch des gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Verbands nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637 [T11]).

Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (RIS-JustizRS0119007), und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs: RIS-Justiz RS0079899; RS0079966); weiters ist es möglich, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht aber keinesfalls aus (8 Ob 110/08x; 10 Ob 25/09p, jeweils mwN).

2.3. Nach § 28 Abs 1 KSchG kann mit Unterlassungsurteil nur die Verwendung solcher Klauseln untersagt werden, die tatsächlich verwendet oder zu verwenden beabsichtigt wurden (3 Ob 133/06i = SZ 2006/178). Da die Beklagte nicht bestritt, dass sie die drei Klauseln bis Mitte 2010 verwendete, und im „Abmahnverfahren“ keine Unterlassungserklärung abgab, besteht die Vermutung, dass sie neuerlich zuwiderhandeln wird. Besondere Umstände, wonach die Verwendung der Klauseln für die Zukunft geradezu ausgeschlossen ist und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch die Berufung darauf bei bereits bestehenden Verträgen, vermag die Beklagte nicht aufzuzeigen.

2.3. Nach Paragraph 28, Absatz eins, KSchG kann mit Unterlassungsurteil nur die Verwendung solcher Klauseln untersagt werden, die tatsächlich verwendet oder zu verwenden beabsichtigt wurden (3 Ob 133/06i = SZ 2006/178). Da die Beklagte nicht bestritt, dass sie die drei Klauseln bis Mitte 2010 verwendete, und im „Abmahnverfahren“ keine Unterlassungserklärung abgab, besteht die Vermutung, dass sie neuerlich zuwiderhandeln wird. Besondere Umstände, wonach die Verwendung der Klauseln für die Zukunft geradezu ausgeschlossen ist und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch die Berufung darauf bei bereits bestehenden Verträgen, vermag die Beklagte nicht aufzuzeigen.

2.4. Nach einer Abmahnung nach § 28 Abs 2 KSchG kann der Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klauseln vor Klagseinbringung aus seinen AGB entfernte und keine Anzeichen dafür bestehen, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen wird (8 Ob 110/08x = ÖBA 2009/1553, 469 [Apathy]). Zwar konnte hier nicht festgestellt werden, dass die Beklagte seit 2011 die drei Klauseln in Vertragsformblättern (weiterhin) verwendete oder sich darauf berief, jedoch beseitigt dieses Verhalten die Wiederholungsgefahr nicht restlos. Mit ihrem Vorbringen, sie habe die weitere Verwendung der Klauseln durch Änderung ihrer EDV ausgeschlossen und alle mit Dauerrabattklauseln betrauten Mitarbeiter angewiesen, dass in

Versicherungsverträgen die beanstandeten Rabattklauseln 1 und 2 nicht mehr aufgenommen oder in Abrechnungen diese Dauerrabattklauseln nicht berücksichtigt werden und sie habe dies auch überprüft, zeigt die Beklagte nicht auf, dass damit die Verwendung der Klauseln für die Zukunft geradezu ausgeschlossen ist, kann doch sowohl die Anweisung gegenüber den Mitarbeitern widerrufen als auch die Umstellung des EDV-Systems rückgängig gemacht werden. Da die Beklagte nicht gewillt war, auf die Abmahnung nach § 28 Abs 2 KSchG eine entsprechende Unterlassungserklärung abzugeben, besteht keine Gewähr, dass durch das behauptete Handeln die Wiederholungsgefahr auch für die Zukunft weggefallen ist. 2.4. Nach einer Abmahnung nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG kann der Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klauseln vor Klagseinbringung aus seinen AGB entfernte und keine Anzeichen dafür bestehen, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen wird (8 Ob 110/08x = ÖBA 2009/1553, 469 [Apathy]). Zwar konnte hier nicht festgestellt werden, dass die Beklagte seit 2011 die drei Klauseln in Vertragsformblättern (weiterhin) verwendete oder sich darauf berief, jedoch beseitigt dieses Verhalten die Wiederholungsgefahr nicht restlos. Mit ihrem Vorbringen, sie habe die weitere Verwendung der Klauseln durch Änderung ihrer EDV ausgeschlossen und alle mit Dauerrabattklauseln betrauten Mitarbeiter angewiesen, dass in Versicherungsverträgen die beanstandeten Rabattklauseln 1 und 2 nicht mehr aufgenommen oder in Abrechnungen diese Dauerrabattklauseln nicht berücksichtigt werden und sie habe dies auch überprüft, zeigt die Beklagte nicht auf, dass damit die Verwendung der Klauseln für die Zukunft geradezu ausgeschlossen ist, kann doch sowohl die Anweisung gegenüber den Mitarbeitern widerrufen als auch die Umstellung des EDV-Systems rückgängig gemacht werden. Da die Beklagte nicht gewillt war, auf die Abmahnung nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG eine entsprechende Unterlassungserklärung abzugeben, besteht keine Gewähr, dass durch das behauptete Handeln die Wiederholungsgefahr auch für die Zukunft weggefallen ist.

2.5. Wegfall der Wiederholungsgefahr wird unter anderem dann angenommen, wenn der Verletzer einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen. Begehrt der Kläger berechtigterweise auch die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, so muss das Vergleichsangebot auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten der Beklagten im angemessenen Umfang umfassen. Erst durch einen solchen Vergleich erhält der Kläger alles das, was er durch ein seinem Unterlassungsbegehren stattgebendes Urteil hätte erlangen können (4 Ob 287/01m mwN; in diesem Sinn 7 Ob 78/06f; Iro, Verstärkter Senat zur Wiederholungsgefahr bei KSchG-Verbandsklage - causa finita?, RdW 2012/739, 703 [704 FN 8]; vgl. RIS-Justiz RS0079180; RS0079921). 2.5. Wegfall der Wiederholungsgefahr wird unter anderem dann angenommen, wenn der Verletzer einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen. Begehrt der Kläger berechtigterweise auch die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, so muss das Vergleichsangebot auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten der Beklagten im angemessenen Umfang umfassen. Erst durch einen solchen Vergleich erhält der Kläger alles das, was er durch ein seinem Unterlassungsbegehren stattgebendes Urteil hätte erlangen können (4 Ob 287/01m mwN; in diesem Sinn 7 Ob 78/06f; Iro, Verstärkter Senat zur Wiederholungsgefahr bei KSchG-Verbandsklage - causa finita?, RdW 2012/739, 703 [704 FN 8]; vergleiche RIS-Justiz RS0079180; RS0079921).

Die Beklagte hat zwar einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten, dieser umfasste jedoch nicht das Veröffentlichungsbegehren. Da sie - zu Unrecht - in ihr Vergleichsangebot nicht auch das Veröffentlichungsbegehren aufnahm, hat - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte - auch das Vergleichsanbot die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt.

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigzte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr oder die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher, deren Verträge mit der Beklagten noch die inkriminierten Klauseln zu Grunde gelegt worden sind (2 Ob 153/08a = SZ 2009/114; 5 Ob 138/09v = SZ 2009/139, jeweils mwN). Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigzte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (Paragraph 25,

Absatz 3, UWG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz eins, KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr oder die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher, deren Verträge mit der Beklagten noch die inkriminierten Klauseln zu Grunde gelegt worden sind (2 Ob 153/08a = SZ 2009/114; 5 Ob 138/09v = SZ 2009/139, jeweils mwN).

Die Beklagte behauptet, die drei Klauseln seit Juli 2010 nicht mehr zu verwenden und sich darauf auch nicht mehr zu berufen. Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz war am 9. 11. 2012. Nach ständiger Rechtsprechung (Nachweise bei Ciresa, Urteilsveröffentlichung³ [2006] Rz 227) kann eine Publikationsbefugnis auch dann erteilt werden, wenn der Gesetzesverstoß bei Schluss der Verhandlung erster Instanz bereits längere Zeit zurückliegt, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, ob noch künftig „Vorteile“ der Beklagten oder Nachteile des Klägers (nachteilige Auswirkungen) zu besorgen sind (vgl 4 Ob 287/01m; 4 Ob 50/05i, jeweils mwN). In der Judikatur wird das Bedürfnis nach einer Urteilsveröffentlichung bei Verstößen, die, gerechnet vom Schluss der Verhandlung erster Instanz, knapp zweieinhalb Jahre zurückliegen, akzeptiert (Nachweise bei Ciresa aaO). Berücksichtigt man, dass die Beklagte ein österreichweit tätiges Versicherungsunternehmen ist und die Klauseln zumindest bis Mitte 2010 gegenüber einem größeren Kreis von Konsumenten Anwendung fanden, ist das „berechtigte Interesse“ des Klägers an der Urteilsveröffentlichung in einem Massenmedium nach wie vor gegeben. Die Beklagte brachte nicht einmal vor, dass sie den Konsumenten, mit denen sie diese Klauseln vereinbarte, die Änderung ihrer Geschäftspolitik mitteilte. Für diese Versicherungsnehmer ist aber die Kenntnis wesentlich, dass sich die Beklagte ihnen gegenüber nicht auf die Verwendung der Klauseln im Fall einer Kündigung des Versicherungsvertrags berufen wird. Fehlt ihnen nämlich diese Information, könnten sie möglicherweise im Hinblick auf die mit ihnen vereinbarten Rückvergütungs-Klauseln abgehalten werden, ihr gemäß § 8 Abs 3 VersVG zustehendes Kündigungsrecht auszuüben. Die Beklagte behauptet, die drei Klauseln seit Juli 2010 nicht mehr zu verwenden und sich darauf auch nicht mehr zu berufen. Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz war am 9. 11. 2012. Nach ständiger Rechtsprechung (Nachweise bei Ciresa, Urteilsveröffentlichung³ [2006] Rz 227) kann eine Publikationsbefugnis auch dann erteilt werden, wenn der Gesetzesverstoß bei Schluss der Verhandlung erster Instanz bereits längere Zeit zurückliegt, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, ob noch künftig „Vorteile“ der Beklagten oder Nachteile des Klägers (nachteilige Auswirkungen) zu besorgen sind vergleiche 4 Ob 287/01m; 4 Ob 50/05i, jeweils mwN). In der Judikatur wird das Bedürfnis nach einer Urteilsveröffentlichung bei Verstößen, die, gerechnet vom Schluss der Verhandlung erster Instanz, knapp zweieinhalb Jahre zurückliegen, akzeptiert (Nachweise bei Ciresa aaO). Berücksichtigt man, dass die Beklagte ein österreichweit tätiges Versicherungsunternehmen ist und die Klauseln zumindest bis Mitte 2010 gegenüber einem größeren Kreis von Konsumenten Anwendung fanden, ist das „berechtigte Interesse“ des Klägers an der Urteilsveröffentlichung in einem Massenmedium nach wie vor gegeben. Die Beklagte brachte nicht einmal vor, dass sie den Konsumenten, mit denen sie diese Klauseln vereinbarte, die Änderung ihrer Geschäftspolitik mitteilte. Für diese Versicherungsnehmer ist aber die Kenntnis wesentlich, dass sich die Beklagte ihnen gegenüber nicht auf die Verwendung der Klauseln im Fall einer Kündigung des Versicherungsvertrags berufen wird. Fehlt ihnen nämlich diese Information, könnten sie möglicherweise im Hinblick auf die mit ihnen vereinbarten Rückvergütungs-Klauseln abgehalten werden, ihr gemäß Paragraph 8, Absatz 3, VersVG zustehendes Kündigungsrecht auszuüben.

2.6. Zudem ist hinsichtlich der Klausel 3 darauf zu verweisen, dass die Beklagte diese nicht für rechtswidrig erachtet. Wer im Prozess zu erkennen gibt, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen geht, kann sich nicht auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr berufen (RIS-Justiz RS0080007; 7 Ob 78/06f).

Aus den dargelegten Gründen ist die Wiederholungsgefahr daher weiterhin nicht auszuschließen.

3. Der Revision kommt somit insgesamt keine Berechtigung zu. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 und § 50 ZPO. Der Revision kommt somit insgesamt keine Berechtigung zu. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 41 und Paragraph 50, ZPO.

Textnummer

E105531

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:0070OB00118.13Y.0904.000

Im RIS seit

25.10.2013

Zuletzt aktualisiert am

02.12.2015

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at