



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien erkennt als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und MMag. Frank in der Rechtssache der klagenden Partei **Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte**, Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1041 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **Generali Versicherung AG**, Landskrongasse 1-3, 1010 Wien, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (EUR 4.400), über die Berufungen beider Parteien gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26.7.2011, 19 Cg 49/11v-5, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht:

Der Berufung der klagenden Partei wird **Folge** gegeben.

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es einschließlich seiner bestätigten Teile insgesamt wie folgt zu lauten hat:

*"I. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, im Rahmen des Abschlusses von Versicherungsverträgen*

*unter Vorschreibung von Versicherungsprämien im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten von Kunden, die sich für die Zahlungsweise Zahlschein entscheiden, wie auch immer bezeichnete Entgelte, insbesondere eine Zahlscheingebühr, die bei anderen Zahlungsweisen wie etwa Einziehungsermächtigung und Kundenkonto nicht verlangt werden, zu verlangen.*

*II. Die beklagte Partei ist schuldig, die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, so weit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind:*

*1. <<Wird der Deckungsanspruch vom Versicherungsnehmer später als zwei Jahre nach Beendigung des Versicherungsvertrages für das betreffende Risiko geltend gemacht, besteht, unabhängig davon, wann der Versicherungsnehmer Kenntnis vom Eintritt eines Versicherungsfalles erlangt, kein Versicherungsschutz.>>*

*[Art 3.3. ARB 2010]*

*2. <<1. Der Versicherer übernimmt die ab dem Zeitpunkt der Bestätigung des Versicherungsschutzes (Art. 9) entstehenden Kosten gemäß Pkt. 6., soweit sie für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers notwendig sind.*

*2. Kosten, die bis zu 6 Wochen vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, sind vom Versicherungsschutz dann umfasst, wenn diese durch Maßnahmen des Gegners, eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde oder durch unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des Versicherungsnehmers ausgelöst worden sind.>>*

[Art 6.1. und 2. ARB 2010]

3. <<Verlangt der Versicherungsnehmer die Durchführung eines Schiedsgutachterverfahrens, so muss er innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der (Teil-)Ablehnung des Versicherers unter gleichzeitiger Benennung eines Rechtsanwaltes die Einleitung des Schiedsgutachterverfahrens schriftlich beantragen.>>

[Art 9.5. ARB 2010]

4. <<Dem Versicherer gebührt die Prämie, die er hätte einheben können, wenn die Versicherung von Vornher ein nur bis zu diesem Zeitpunkt beantragt worden wäre, zu dem der Versicherer Kenntnis vom Risikowegfall erlangt. Der Versicherer ist berechtigt, die für die längere Vertragsdauer eingeräumten Prämiennachlässe (Dauerrabatt) nachzuverrechnen.>>

[Art 15.2. ARB 2010]

5. Der Versicherer kann zum Schutz der Versicherten-gemeinschaft vor überdurchschnittlicher oder ungerechtfertigter Inanspruchnahme der Versicherung kündigen, wenn

- er den Versicherungsschutz bestätigt oder eine Leistung erbracht hat,

[...]

Die Kündigung ist innerhalb eines Monats vorzunehmen

- nach Bestätigung des Versicherungsschutzes,
- nach Erbringung einer Versicherungsleistung,

[...].>>

[Art 15.3.2. ARB 2010]

III. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteiles ein mal österreichweit im redak-

*tionellen Teil einer Samstag-Ausgabe der <<Neuen Kronen Zeitung>> auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.*

*IV. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 5.007,08 (darin EUR 727,68 USt und EUR 641 Barauslagen) bestimmte Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."*

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 1.334,43 (darin EUR 136,07 USt und EUR 518 Barauslagen) bestimmte Berufungskosten und mit EUR 2.334,06 (darin EUR 389,01 USt) bestimmte Berufsbeantwortungskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin zählt zu den in § 29 Abs 1 KSchG genannten Vereinen.

Die Beklagte, ein österreichweit tätiges Versicherungsunternehmen, verrechnet jenen Kunden, die die Versicherungsprämie mittels eines Zahlscheines entrichten, eine Gebühr, die sie bei anderen Zahlungsweisen nicht verlangt. Weiters enthalten ihre allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung 2010 (ARB 2010) die unter Punkt II.1. bis 5. des Spruchs dieses Berufungsurteils angeführten Klauseln.

Die Klägerin erhebt die aus dem Spruch dieses Berufungsurteils ersichtlichen Begehren und bringt im Wesentlichen vor, die Einhebung einer Zahlscheingebühr verstoße gegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG und sei deshalb von der Beklagten gemäß § 28a KSchG zu unterlassen. Weiters bean-

standet sie alle im Spruch dieser Berufungsentscheidung angeführten Klauseln nach § 879 Abs 3 ABGB und - mit Ausnahme der Klausel II.3. - auch nach § 6 Abs 3 KschG, Klausel II.1. darüber hinaus auch nach § 864a ABGB, Klausel II. 4. auch nach § 879 Abs 1 ABGB.

Die Beklagte beantragt die Abweisung dieser Begehren und erhebt dagegen im Wesentlichen die folgenden Einwände:

- Die Einhebung einer Zahlscheingebühr sei gesetzeskonform; darüber hinaus lasse sich aus § 28a Abs 1 KSchG kein Unterlassungsanspruch der Klägerin ableiten.

- Die von der Klägerin inkriminierten Klauseln seien unbedenklich.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren in seinen Punkten I. sowie II.1., 2., 3. und 5. sowie III.) statt und wies das unter Punkt II.4. erhobene Mehrbegehren ab. Die Erstrichterin traf die auf Seite 12 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Im Rahmen ihrer rechtlichen Beurteilung vertrat sie den Standpunkt, die unter Punkt II.4. inkriminierte Klausel sei unbedenklich. Im Übrigen schloss sie sich der Argumentation der Klägerin an.

Gegen dieses Urteil wenden sich die vorliegenden Berufungen beider Parteien.

Das Rechtsmittel der Klägerin zielt darauf ab, die bekämpfte Entscheidung dahin abzuändern, dass ihren Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde.

Das Rechtsmittel der Beklagten zielt darauf ab, die bekämpfte Entscheidung dahin abzuändern, dass die Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werden.

Jede Partei stellt in ihrer Berufungsbeantwortung

den Antrag, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die Berufung der Klägerin ist berechtigt.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt.

Ad I.:

Gemäß § 27 Abs 6 ZaDiG darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes ist unzulässig.

Der erkennende Senat hält an seiner Vorjudikatur und der damit im Einklang stehenden Rechtssprechung zweier anderer Senate des OLG Wien fest, dass die Einhebung einer Zahlscheingebühr durch den Zahlungsempfänger nach dem unmissverständlichen Wortlaut des § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG verboten ist. Die Argumentation der Beklagten, diese Verbot reiche in unzulässiger Weise über Art 52 Abs 3 RL 2007/64/EG hinaus, schlägt fehl, weil diese Bestimmung gemäß Art 87 Abs 1 RL 2007/64/EG von der Vollharmonisierung ausgenommen ist. Auch die von der Beklagten geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken sind nicht stichhältig, zumal der Gesetzgeber durch die Untersagung derartiger sehr geringer Zusatzentgelte von seinem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum in zulässiger Weise Gebrauch gemacht hat (OLG Wien 2 R 18/10x [rechtskräftig]; 2 R 223/10v [Revisionsverfahren zum AZ 9 Ob 59/11h anhängig]; 4 R 209/10z [Revisionsverfahren zum AZ 10 Ob 31/11y anhängig]; OLG Wien 30 R 58/10k [Revisionsverfahren zum AZ 1 Ob 124/11h anhängig]).

Aus § 41b VersVG lässt sich für die Beklagte nichts gewinnen, zumal § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG nicht nur als lex

posterior, sondern auch als *lex specialis* einzustufen ist, die ein für alle Sparten geltende Sonderzivilrecht für Zahlungsdienste schafft (überzeugend Jungwirth, *Zahlscheingebühren - [Unzulässiges] Zusatzentgelt für Unternehmer oder zulässige] Bestrafung von altmodischen Zahlern?*, *ecolex* 2010, 340, 341; ihr folgend OLG Wien 4 R 209/10z).

Schließlich vermag auch die Argumentation der Beklagten, wonach sich aus § 28a Abs 1 KSchG kein Unterlassungsanspruch ableiten lasse, nicht zu überzeugen. Nach dieser Bestimmung kann unter anderem derjenige auf Unterlassung geklagt werden, der im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern *"im Zusammenhang mit ... Zahlungsdiensten ... gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt"*. Laut den einschlägigen Materialien soll dadurch Art 80 Abs 1 der Richtlinie 2007/64/EG umgesetzt und sichergestellt werden, dass die Verbraucherschutzverbände ausreichende Beschwerde- und Rechtsmittelmöglichkeiten *"im Bereich der Zahlungsdienste"* haben (207 Blg XXIV. GP, 58). Die genannte Richtlinienbestimmung spricht zwar nur davon, dass behauptete Verstöße der Zahlungsdienstleister gegen die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie geahndet werden sollen. Angesichts des Umstands, dass § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG - wie erwähnt - über den Regelungsumfang der Richtlinie hinausreicht, entspricht es aber zweifellos den Intentionen des Gesetzgebers, die Klagebefugnis der Verbraucherschutzverbände auch auf Verletzungen dieser Bestimmung zu erstrecken. Weiters beeinträchtigt die Einhebung einer gesetzwidrigen Zahlscheingebühr die allgemeinen Interessen der Verbraucher insoweit, als

dieses Zahlungsinstrument dadurch für sie unattraktiv gemacht wird.

Aus dem Gesagten folgt, dass das Erstgericht Punkt I. des Klagebegehrens zutreffend stattgegeben hat.

Ad II.1.:

In der Entscheidung 7 Ob 22/10a stufte der OGH eine Nachhaftungsklausel, die - wie die hier zu beurteilende Klausel - allein auf einen objektiven fristauslösenden Zeitpunkt abstellt, als gröblich benachteiligend ein, weil dadurch der Anspruch erlischt, auch wenn unverzüglich nach Kenntnis vom Versicherungsfall iSd § 33 Abs 1 VersVG eine Schadensanzeige erstattet wird. Allerdings erging diese Revisionsentscheidung in einem Individualprozess, weshalb das Höchstgericht die dort zu prüfende Klausel einer geltungserhaltenden Reduktion unterzog. Diese Vorgangsweise verbietet sich im gegenständlichen Verbandsprozess (RIS-Justiz RS0038205). Der erkennende Senat teilt deshalb die Einschätzung der Klägerin, dass die gegenständliche Klausel gemäß § 879 Abs 3 ABGB nichtig ist. Die gegenteilige Argumentation der Beklagten, wonach sich für den Prozessstandpunkt der Klägerin aus der erwähnten höchstgerichtlichen Entscheidung nichts gewinnen lasse, ist hingegen nicht nachvollziehbar.

Die Untersagung der in Rede stehenden Klausel ist deshalb gemäß § 879 Abs 1 ABGB iVm § 28 Abs 1 KschG zu bestätigen.

Ad II.2.:

Diese Klausel gibt der Beklagten die Möglichkeit, die Bestätigung des Versicherungsschutzes einseitig nach Belieben hinauszuzögern und damit ihre Haftung für Kosten, die vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, auszuschließen. Eine sachliche Rechtfertigung für einen derart

weiten, vom Versicherungsnehmer in keiner Weise beeinflussbaren Gestaltungsspielraum ist nicht erkennbar und wird auch von der Beklagten nicht überzeugend dargelegt. Ihre Argumentation, wonach Deckungsbestätigungen "umgehend" erfolgten, ist nicht stichhältig, zumal der Versicherungsnehmer darauf keinen Rechtsanspruch hat.

Die Untersagung dieser Klausel ist deshalb gemäß § 879 Abs 3 ABGB iVm § 28 Abs 1 KSchG ebenfalls zu bestätigen.

Ad II.3.:

Zwischen den Parteien herrscht Uneinigkeit über die Angemessenheit der in der Klausel normierten 14-tägigen Frist. Aus der Entscheidung 7 Ob 14/88 lässt sich für den Prozessstandpunkt der Beklagten, wonach diese Frist ausreichend sei, nichts gewinnen, zumal der OGH in diesem Revisionsurteil die in einer vergleichbaren Klausel enthaltene 14-tägige Frist inhaltlich nicht zu prüfen hatte. Besondere Bedeutung kommt nach Auffassung des erkennenden Senats dem Umstand zu, dass es sich um eine materiellrechtliche Ausschlussfrist handelt, die auf subjektive Umstände in der Sphäre des Versicherungsnehmers nicht Bedacht nimmt und auch im Falle unverschuldeter Säumnis keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ermöglicht. Nach allgemeiner Lebenserfahrung (§ 269 ZPO) ist davon auszugehen, dass viele Versicherungsnehmer, die eine (Teil-)Ablehnung des Versicherers erhalten, bis zu diesem Zeitpunkt noch nie einen Rechtsanwalt kontaktiert haben und (daher) nicht oder nur unter größten Schwierigkeiten in der Lage sind, innerhalb einer bloß 14-tägigen Frist einen geeigneten Rechtsanwalt auszuwählen, eine Terminvereinbarung zu treffen und im Zuge einer Besprechung ein Mandat zu erteilen, um in weiterer Folge unter gleichzei-

tiger Benennung dieses Rechtsanwalts die Einleitung des Schiedsgutachterverfahrens schriftlich beantragen zu können. Ausreichend wäre dafür eine mindestens 4-wöchige Frist, wie sie zB der Gesetzgeber für die Klagebeantwortung (§ 230 Abs 1 ZPO) oder den Einspruch gegen Zahlungsbefehl (§ 248 Abs 2 ZPO) vorsieht. Hingegen ist die in der Klausel verankerte, bloß 14-tägige Frist zu knapp bemessen.

Das Erstgericht hat diese Klausel deshalb gemäß § 879 ABGB iVm § 28 Abs 1 KSchG zu Recht verboten.

Ad II.4.:

Strittig ist allein die Auslegung des letzten Satzes dieser Klausel. Die Formulierung, wonach der Versicherer bei Risikowegfall berechtigt ist, *"die für die längere Vertragsdauer"* eingeräumten Prämiennachlässe (Dauerrabatt) nachzuverrechnen, erlaubt bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RIS-Justiz RS0016590) - entgegen der Argumentation der Beklagten - durchaus den Schluss, dass der Versicherer zu einer Nachverrechnung des gesamten für eine bestimmte - länger als bis zum Risikowegfall währende - Vertragsdauer vereinbarten Rabattes befugt ist, ohne darauf Bedacht nehmen zu müssen, welcher Zeitraum bis zum Risikowegfall verstrichen ist. Dass der Versicherungsnehmer durch eine derartige Kalkulationsmethode gröblich benachteiligt wird, zieht auch die Beklagte nicht in Zweifel.

Die hier in Rede stehende Klausel ist daher in Stattgebung der vorliegenden Berufung der Klägerin gemäß § 879 Abs 3 ABGB iVm § 28 Abs 1 KSchG zu untersagen.

Ad II.5.:

Das in dieser Klausel verankerte außerordentliche Kündigungsrecht des Versicherers stellt nicht darauf ab,

ob der Versicherungsnehmer seine Vertragspflichten zumindest leicht fahrlässig verletzt hat, sondern knüpft bloß an Umstände an, die außerhalb der Sphäre des Versicherungsnehmers liegen. Nach Auffassung des erkennenden Senats ist diese Bestimmung unter zwei Blickwinkeln gröblich benachteiligend:

Zum einen fehlen Kriterien, an Hand derer beurteilt werden könnte, in welchen konkreten Konstellationen ein *"Schutz der Versichertengemeinschaft vor überdurchschnittlicher oder ungerechtfertigter Inanspruchnahme der Versicherung"* geboten ist. Die Ausübung des Kündigungsrechts wird daher in Wahrheit an keine objektivierbaren Voraussetzungen geknüpft, sondern steht im unüberprüfbareren Ermessen des Versicherers.

Zum anderen fällt eine gleichartige Klausel, die auch dem Versicherungsnehmer ein außerordentliches, von Sorgfaltsverstößen des Versicherers unabhängiges Kündigungsrecht einräumen würde, zB für den Fall, dass ihn die Weiterzahlung der Prämie in einer unverschuldeten Notlage übermäßig belasten würde. Die Klausel schafft daher ein den Versicherer einseitig bevorzugendes (imparitätisches) und damit unzulässiges Kündigungsrecht (ebenso im Ergebnis Gruber, Die Kündigung im Schadensfall, in: FS Migsch [2004], 91, 108ff; Kriegner, Günstigeres Kündigungsrecht des Rechtsschutzversicherers im Schadensfall rechtswidrig?, ecolex 2006, 891, 892f).

Die Untersagung dieser Klausel ist deshalb gemäß § 879 Abs 3 ABGB iVm § 28 Abs 1 KSchG ebenfalls zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Berufungs- und Berufungsbeantwortungskosten der Klägerin beruht auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Der Bewertungsausspruch stützt sich auf § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO und folgt der von der Klägerin vorgenommenen, unbedenklichen Bezifferung ihrer Ansprüche.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO im Sinne der Rechtssicherheit zulässig, weil die Zulässigkeit einer Zahlscheingebühr sowie der von der Klägerin inkriminierten Klauseln gerichtsbekanntermaßen für tausende Versicherungsverträge von Bedeutung ist (vgl. RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 2, am 9. November 2011

**Dr. Klaus Dallinger**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG