

Präsident  
des Handelsgerichts Wien  
Republik Österreich  
Oberster Gerichtshof  
Anzahl mit Beleg  
Halbschriften

3 Ob 268/09x

4R 22/09y

Oberlandesgericht Wien

Einzel am 26. MRZ. 2010

fach, mit Beleg  
Halbschriften

21

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Lovrek, Dr. Jensik und Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Mag. Nikolaus Weiser, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Wien 9, Seegasse 9, vertreten durch Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revisionen der klagenden und beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Juli 2009, GZ 4 R 22/09y-14, womit infolge Berufungen beider Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Oktober 2008, GZ 18 Cg 174/07p-8, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben. Hingegen wird der Revision der beklagten Partei nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass dem Unterlassungsbegehren und dem Veröffentlichungsbegehren auch in Ansehung der Klausel 15 („Vertragserrichtung 54,60 EUR monatlich“) stattgegeben wird. Im Übrigen wird die Berufungsentscheidung im angefochtenen Umfang bestätigt.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei an Kosten des Verfahrens erster Instanz 6.181,78 EUR (darin enthalten 607 EUR Barauslagen und 929,13 EUR US), an Kosten des Verfahrens zweiter Instanz 2.863,76 EUR

(darin enthalten 467 EUR Barauslagen und 399,51 EUR USt) sowie an Kosten des Verfahrens dritter Instanz 1.847,33 EUR (darin enthalten 185 EUR Barauslagen und 277,05 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein Verein zur Wahrung von Verbraucherinteressen, der gemäß § 29 Abs 1 KSchG zur Verbandsklage berechtigt ist. Die beklagte Partei ist Unternehmerin iSd § 1 KSchG, die an mehreren Standorten in Wien Seniorenwohnhäuser betreibt. Strittig sind 18 Klauseln in den von der beklagten Partei erstellten Vertragsformblättern für den Betreuungsvertrag, der Hausordnung und der Tarife 2007.

Die klagende Partei begehrt die Unterlassung der Verwendung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten; einige seien nicht ausreichend transparent.

Die beklagte Partei wendete ein, die Klauseln seien ausreichend klar formuliert und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang. Die beklagte Partei finanziere sich zu einem nicht unwesentlichen Teil durch öffentliche Finanzmittel der Stadt Wien. Infolge dessen sei es ihr möglich, die erbrachten Leistungen den Bewohnern rund 10 % unter den Vollkosten zu verrechnen. Eine straffe Kostenstruktur und ein an der Minimierung vermeidbarer Kosten orientiertes, durchdachtes Vertragswerk würden es ermöglichen, kostensparend zu agieren. Die bemängelten

Vertragsbestimmungen seien unter diesem Gesichtspunkt nicht isoliert, sondern in einem Gesamtzusammenhang zu sehen. Hinter jeder Bestimmung liege eine komplexe Gesamtkostenstruktur, der der Gedanke einer fairen, angemessenen und kosteneffizienten Verrechnung zu Grunde liege.

Der Inhalt der Klauseln und das nähere Vorbringen der Parteien sowie die rechtliche Beurteilung der Vorinstanzen werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren in Ansehung von dreizehn der achtzehn inkriminierten Klauseln statt und ermächtigte die klagende Partei in diesem Umfang zur Urteilsveröffentlichung. In Ansehung von fünf Klauseln (der Klauseln 4, 5, 9, 16, 17) wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Es traf folgende Feststellungen:

Die klagende Partei hatte im Juli 2007 die Klauseln 1-6, 9 und 11-15 beanstandet und die beklagte Partei aufgefordert, mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärungen abzugeben. Dieser Aufforderung kam die beklagte Partei nicht nach. Sie war lediglich bereit, in Ansehung einzelner Klauseln Änderungen vorzunehmen und für diese geänderten Klauseln eine modifizierte Unterlassungserklärung abzugeben.

Der übliche Ablauf bis zur tatsächlichen Unterzeichnung des Heimvertrags stellt sich wie folgt dar:

Mit jedem zukünftigen Heimbewohner wird ein 30- bis 60-minütiges Informationsgespräch geführt und ihm ein Muster des Betreuungsvertrags übergeben. Etwa vier Wochen vor dem tatsächlichen Einzug wird ein ebenso langes Finanzierungsgespräch geführt, bei dem die finanziellen

Belange erörtert und der Vertrag zur Gänze besprochen wird. Während beider Gespräche hat der Interessent die Möglichkeit, den Vertragsinhalt durchzulesen. Auf die Klauseln 10, 11 und 15 wird der Interessent gesondert hingewiesen. Änderungen des Vertragsinhalts sind nicht möglich. Anschließend kommt es zur Unterzeichnung des Vertrags.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass die Wiederholungsgefahr zu bejahen sei, weil sich die beklagte Partei zwar außergerichtlich zur Abänderung einzelner Klauseln bereit erklärt habe, eine Unterlassungserklärung jedoch nicht abgegeben und im Verfahren die Verwendung der gerügten Klauseln und deren Rechtmäßigkeit verteidigt habe. Die Klauseln seien im „konsumentenfeindlichsten“ Sinn auszulegen. Eine geltungserhaltende Reduktion einer unzulässigen Klausel komme nicht in Betracht. Die angesprochenen Verbraucher hätten ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung über das gesetz- und sittenwidrige Verhalten der beklagten Partei, weshalb die Veröffentlichung des Urteilsspruchs auf Kosten der beklagten Partei gerechtfertigt sei. Die weitere rechtliche Beurteilung des Erstgerichts wird bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei zur Gänze Folge, jener der beklagten Partei gab es teilweise Folge. Es änderte das Ersturteil in Ansehung der Klauseln 5, 9, 15 und 16 im klagestattgebenden Sinn und in Ansehung der Klausel 15 im klageabweisenden Sinn ab, im Übrigen bestätigte es das Ersturteil. Die Abweisung des Klagebegehrens in Ansehung der Klausel 4 war unbekämpft in Rechtskraft erwachsen. Das Berufungsgericht sprach aus, dass

der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht jedoch auch 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts wird bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen beider Parteien (der klagenden Partei gegen die Abweisung des Begehrens in Ansehung der Klausel 15, der beklagten Partei gegen die Klagestattgebung). Die Parteien erstatteten jeweils Revisionsbeantwortungen.

Die Revision der klagenden Partei ist berechtigt, die Revision der beklagten Partei ist nicht berechtigt.

Vorweg ist auf einige allgemeine Grundsätze für die Beurteilung der strittigen Klauseln hinzuweisen:

1. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen von dispositivem Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem

Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgewiesenen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914 [T6]).

2.1 Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das „Transparenzgebot“ soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus dem Vertragsformblatt zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Insbesondere darf er durch die Formulierung einer Klausel nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist. Vielmehr sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153). Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

2.2. Für Heimverträge geht die von § 27d Abs 4 KSchG verlangte Genauigkeit und Verständlichkeit noch über jene des § 6 Abs 3 KSchG hinaus. Die einzelnen Inhalte eines Heimvertrags sind nicht nur einfach und verständlich, sondern zusätzlich auch noch umfassend und genau zu umschreiben. Eine Vertragsklausel, die eine zusätzliche Nachforschung in einem angeführten Normtext erforderlich macht, widerspricht § 27d KSchG (RIS-Justiz RS0124337).

3. Im Verbandsprozess hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590).

4. Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205).

#### Zur Revision der beklagten Partei:

##### **Zur Klausel 1:**

„Stornierungen bereits vereinbarter Betreuungsbzw. Hilfeleistungen können grundsätzlich nur dann mit schuldbefreiender Wirkung berücksichtigt werden, wenn sie mindestens drei Tage vor dem Zeitpunkt der Leistungserbringung erfolgen.“

In der Revision der beklagten Partei mit dem Antrag auf gänzliche Klageabweisung finden sich zu dieser Klausel keine Ausführungen. Wird aber nicht dargelegt, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache unrichtig erscheint, gilt die Rechtsrüge als nicht gesetzmäßig ausgeführt (RIS-Justiz RS0043605). Davon ist auch in der Folge immer dort auszugehen, wo Revisionsausführungen gänzlich fehlen.

##### **Zur Klausel 2: Abwesenheitsvergütung**

„Während dieser Zeit wird der für den Aufenthalt im stationären Bereich festgesetzte Tagsatz in Rechnung gestellt, abzüglich der in der Tarifliste für Zeiten der Abwesenheit ausgewiesenen Rückvergütung.“

Diese Klausel ist iVm Punkt 3.5. des Betreuungsvertrags zu lesen, dessen erster Satz lautet:

„Während eines dauernden stationären Aufenthalts wird bei vorübergehender Abwesenheit der

Bewohnerin (wie beispielsweise aufgrund eines Urlaubs oder eines Krankenhausaufenthalts) das Pflegebett der Bewohnerin grundsätzlich bis zu ihrer Rückkehr freigehalten.“ Dann folgt mit Satz 2 die angefochtene Klausel. In der Tarifliste „Tarife 2007“ wird unter Punkt 2 „Rückvergütung (Gutschrift)“ bei Abwesenheit vom stationären Bereich ein Rückvergütungsbetrag von täglich 8,55 EUR ausgewiesen. Für stationäre Pflege sieht die Tarifliste im Falle des dauernden Aufenthalts einen Betrag von 118 EUR täglich vor (darin enthalten 12,05 EUR Verpflegungskosten). Die Kosten der stationären Pflege auf der „Schwerpunktstation“ sind mit 176,50 EUR täglich festgesetzt (darin enthalten 12,05 EUR Verpflegungskosten).

Die klagende Partei erachtet die Klausel als gegen § 27f 2. Satz KSchG verstoßend, weil sich die beklagte Partei bei aufwandbezogener Berechnung tatsächlich mehr erspare und zwar die gesamten Kosten für Verpflegung, Reinigung, Wäsche, Heiz- und Energiekosten für den vom Heimbewohner bewohnten Raum sowie zumindest einen Teil des Aufwands für die besonderen Pflegeleistungen iSd § 27d Abs 2 Z 2 KSchG. Im Hinblick auf die Regelung des § 27f KSchG sei ein Abzug für Ersparnis in Höhe von 8,55 EUR täglich zu gering. Werden bei Abwesenheit eines Bewohners die Kosten des stationären Aufenthalts nur geringfügig vermindert weiterverrechnet, führe dies zu einer untragbaren finanziellen Belastung für den Bewohner, weil gemäß § 12 Abs 1 Z 1 BPGG bzw den entsprechenden landesgesetzlichen Bestimmungen der Anspruch auf Pflegegeld während eines derartigen Aufenthalts ruhe.

Die beklagte Partei wendete ein, dass Fixkosten wie insbesondere die Kosten für Personal und Reinigung

nicht wegfielen, wenn ein Pflegebett freigehalten werde. Auch die Heiz- und Energiekosten blieben, zumal es sich im stationären Bereich hauptsächlich um Mehrbettzimmer handle, sodass bei Abwesenheit einer Person nicht die Heizung oder der Strom abgeschaltet werden könne. Lediglich die variablen Kosten für die Verpflegung und für die Reinigung der Leib- und Bettwäsche entfielen. Diese entsprächen dem pauschalen Rückvergütungsbetrag von 8,55 EUR, somit genau dem Betrag, den sich die beklagte Partei durch die Abwesenheit des Bewohners tatsächlich erspare. Der Verpflegungskostenbetrag von 12,05 EUR täglich beinhalte nicht nur variable Kosten, sondern auch Fixkosten für Personal und die Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur.

Das Erstgericht bejahte einen Verstoß gegen § 27f KSchG, weil der Rückvergütungsbetrag von 8,55 EUR zu niedrig bemessen sei. Die Ersparnis dürfte bei mindestens 11,03 EUR, nämlich den gesamten Verpflegungskosten liegen, weil der Heimbewohner während der Abwesenheit nicht gepflegt werden müsse.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Im Fall der Abwesenheit eines Heimbewohners trete neben der Ersparnis für Verpflegungs- und Wäschekosten eine - wenn auch geringfügige - Ersparnis für nicht verbrauchte Energie (Strom, Heizung, Wasser) ein. Diese Ersparnis habe die beklagte Partei schon nach ihrem eigenen Vorbringen außer Acht gelassen. Insbesondere bei den offenkundig doch vorhandenen Einbettzimmern fehle es dafür an einer sachlichen Rechtfertigung. Der Abzug von 8,55 EUR täglich entspreche nicht der im Fall der

Abwesenheit eines Heimbewohners tatsächlich erzielten Ersparnis.

Auch in ihrer Revision hält die beklagte Partei daran fest, dass es zu keiner Reduktion der Heiz- und Energiekosten komme. Wenngleich sie im bisherigen Verfahren eine nähere Begründung für diesen Standpunkt nur für Mehrbettzimmer genannt habe, sei daraus nicht abzuleiten, dass das Bestehen einer Kostenreduktion für Einzelzimmer zugestanden worden sei. Um die Klausel als unzulässig iSd § 27f KSchG zu qualifizieren, fehlten Tatsachenfeststellungen zur Höhe der Ersparnis. Das Berufungsgericht habe aus Urkunden Feststellungen getroffen, die von jenen des Erstgerichts abwichen, ohne der beklagten Partei gemäß § 488 Abs 4 ZPO Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Die Klausel ist unzulässig:

In der Entscheidung 3 Ob 180/08d wurde bereits ausgesprochen, dass sich bei Abwesenheit eines Bewohners jedenfalls eine - wenn auch nur geringfügige - Ersparnis für Energiekosten ergebe. Es sei allgemein bekannt, dass bei Abwesenheit von Heimbewohnern ein gewisser Minderbedarf an Strom (Licht, TV, sonstige Elektrogeräte) und an Wasserverbrauch (für Waschen und Baden) gegeben sein müsse, weil gegenüber Versorgungsunternehmen ein verbrauchsabhängiges Entgelt zu zahlen sei und sich dieses in einem abschätzbaren Ausmaß verringere. Die hier zu prüfende Klausel lässt die bei Abwesenheit eines Bewohners sich ergebende Energieersparnis völlig unberücksichtigt. Nach der zu prüfenden Klausel wird selbst bei Leerstehen von Einbettzimmern trotz des dort nicht zu vernachlässigenden Minderbedarfs an verbrauchsabhängiger Energie nur eine

pauschalierte Ersparnis von 8,55 EUR täglich an (teilweiser) Verpflegungskostenersparnis und Ersparnis für die Besorgung der Wäsche verrechnet. Darüber hinaus kann sich aber zumindest bei einer langandauernden Abwesenheit oder aber auch bei Wochen vorher angekündigter Abwesenheit je nach dem Pflegebedarf ein weiteres Einsparungspotenzial an Personalkosten ergeben. Unter der Voraussetzung, dass auf Abwesenheiten schnell mit der Reduktion von Arbeitsstunden reagiert werden kann, ist allenfalls auch bei kürzeren oder erst knapp zuvor angekündigten Abwesenheiten eine Einsparung möglich. Schon die generelle Nichtanrechnung von Ersparnissen an verbrauchsabhängigen Kosten bei leerstehenden Einzelzimmern stellt aber einen Verstoß gegen § 27f 2. Satz KSchG dar.

Verfahrensmängel sind zu verneinen: Die Tatsache, dass bei leerstehenden Einzelzimmern ein Minderverbrauch an verbrauchsabhängiger Energie gegeben ist, ist eine allgemeinkundige Tatsache, die keines Beweises bedarf (§ 269 ZPO). Dennoch hätte die beklagte Partei deren Unrichtigkeit behaupten und unter Beweis stellen können, was sie jedoch unterlassen hat. Liegt eine allgemeinkundige Tatsache vor, begründet das Fehlen von Feststellungen zu diesem Thema keinen rechtlichen Feststellungsmangel, sondern konnte das Berufungsgericht diese Tatsache seiner Entscheidung zu Grunde legen, ohne dass dadurch ein Mangel des Berufungsverfahrens begründet wird.

### **Zur Klausel 3: Entgeltänderung**

„Das KWP ist berechtigt und verpflichtet, die Tarife gemäß den Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes auch ohne Zustimmung der Bewohnerin zu erhöhen oder zu senken, wenn sich die

bisherigen Berechnungs- bzw. Kalkulationsgrundlagen verändert haben. Hierbei handelt es sich insbesondere um:

a) die Änderung der vertraglich vereinbarten Entlohnung;

...

d) Standardanhebungen;

e) die Änderung des Förderungsverhaltens Dritter.“

Die klagende Partei nimmt den Standpunkt ein, die Klausel widerspreche § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil die Änderung der vertraglich vereinbarten Entlohnung, auf die der Heimträger als Arbeitgeber Einfluss nehmen könne, keinen vom Willen des Unternehmers unabhängigen Umstand darstelle. Die Voraussetzungen „Standardanhebungen“ und „Änderung des Förderungsverhaltens Dritter“ kämen Generalklauseln gleich, die zu weit und unbestimmt seien, um den Erfordernissen der § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 3 sowie § 27d Abs 4 KSchG zu entsprechen. Da die Klausel nicht individuell ausgehandelt worden sei, liege darüber hinaus ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG vor, weil schon innerhalb von zwei Monaten nach Vertragsabschluss eine Entgelterhöhung möglich sei. Schließlich sei der Verweis „gemäß den Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes“ intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil damit fälschlicherweise die Gesetzeskonformität der Klausel suggeriert werde.

Die beklagte Partei hielt dem entgegen, dass Entgelterhöhungen und -senkungen nicht ausschließlich vom Willen des Unternehmers abhingen, sondern durch Vorgaben in Kollektivverträgen und durch gesetzliche Vorgaben in Ansehung von Standardanhebungen notwendig würden. Auch

auf das Förderungsverhalten Dritter (der Stadt Wien) habe man keinen Einfluss.

Das Erstgericht bejahte einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil Entgeltänderungen - wenngleich nicht ausschließlich - aber doch auch vom Willen der beklagten Partei als Arbeitgeberin abhingen. Außerdem verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, weil eine Preiserhöhung für die ersten beiden Vertragsmonate nicht ausgeschlossen sei. Die Formulierung „gemäß den Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes“, sei überdies intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die wahre Rechtslage verschleierte.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts und billigte dessen Rechtsansichten. Wenngleich die beklagte Partei an eine kollektivvertragliche Erhöhung der Gehälter oder gesetzlich vorgeschriebene Standardanhebungen gedacht haben mag, sei die Klausel auf diese Fälle nicht beschränkt. Sie entspreche außerdem nicht den in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG genannten Voraussetzungen, weil die Prämissen für die Tariferhöhungen nicht klar umschrieben seien.

Die Argumentation der Revisionswerberin beschränkt sich darauf, das in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG enthaltene Erfordernis, die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände dürften nicht vom Willen des Unternehmers abhängen, sei auch im „kundenfeindlichsten“ Sinn niemals in dem Sinn zu interpretieren, dass die Möglichkeit einer „vorsätzlichen Selbstschädigung“ des Unternehmers unterstellt werde, indem angenommen werde, dieser leiste Dritten gegenüber überhöhte Entgelte, um den Verbraucher zu benachteiligen.

Letzterer Einwand läuft darauf hinaus, die Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, werde doch ein Unternehmer wissentlich niemals überhöhte Preise oder Entgelte bezahlen. Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess aber unerheblich (RIS-Justiz RS0121943).

Abgesehen davon, dass - wie das Berufungsgericht bereits aufgezeigt hat - die Klausel nicht auf Fälle gesetzlich vorgeschriebener Standarderhöhungen oder kollektivvertraglich notwendiger Lohn- bzw Gehaltserhöhungen beschränkt ist, ist der Verweis auf die „bisherigen Berechnungs- bzw Kalkulationsgrundlagen“ eine Formulierung, die nicht ausreicht, die sachliche Rechtfertigung überprüfen zu können, weil sie einem Heimbewohner in der Regel nicht zugänglich sind. Die vertragliche Umschreibung der für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG) ist unzureichend (§ 27d Abs 4 KSchG). In jedem Fall ist die Klausel aber schon gemäß § 6 Abs 2 Z 4 KSchG unzulässig, weil sie eine Preiserhöhung für die ersten beiden Vertragsmonate nicht ausschließt.

**Zur Klausel 4:**

Die Abweisung dieser Klausel ist unbekämpft in Rechtskraft erwachsen.

**Zur Klausel 5: Kündigung aus wichtigem Grund**

„Als wichtige Gründe für eine Kündigung durch das KWP gelten insbesondere:

...

b) gröbliche Verletzungen der vertraglichen Verpflichtungen durch die Bewohnerin trotz schriftlicher Mahnung durch die Direktorin des Hauses;

c) erheblich nachteiliger Gebrauch des Appartements oder der anderen zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten;

d) gröbliche Verstöße gegen die Hausordnung trotz schriftlicher Mahnung durch die Direktorin des Hauses.“

Nach Auffassung der klagenden Partei seien die angeführten Kündigungsgründe der in § 27i KSchG demonstrativ aufgezählten Gründe nicht gleichwertig. Ihre allgemein gehaltene Formulierung sei für die Heimbewohner nicht nachvollziehbar. Die Übernahme eines Kündigungsgrundes des Mietrechtsgesetzes (erheblicher nachteiliger Gebrauch) könne die Beendigung eines Heimvertrags nicht rechtfertigen.

Die beklagte Partei hielt dem entgegen, dass der Begriff „gröbliche Verstöße“ durch die Rechtsprechung und das Gesetz ausreichend klar definiert seien. Unklarheiten könne es schon aufgrund der verpflichtenden vorangehenden schriftlichen Mahnung nicht geben.

Das Erstgericht erachtete die Kündigungsgründe als mit jenen in § 27i Abs 1 KSchG aufgezählten gleichwertig. Auch einem Heimträger könne nicht zugemutet werden, jedes nachteilige Verhalten der Bewohner zu dulden.

Das Berufungsgericht folgte hingegen der Argumentation der klagenden Partei: Die in der zu prüfenden Klausel aufgezählten Kündigungsgründe seien den in § 27i Abs 1 Z 3 KSchG aufgezählten Kündigungsgründen weder von ihrer Bedeutung noch ihrem Gewicht her gleichwertig. So sehe die Klausel keine Verpflichtung zur Ergreifung zumutbarer Maßnahmen zur Abhilfe vor. Überdies werde nicht darauf abgestellt, ob das zur Kündigung führende

Verhalten tatsächlich eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Heimträger unzumutbar mache.

Die Revision hält dem entgegen, dass kein Sachverhalt vorstellbar sei, der zwar die vereinbarten Kündigungsgründe, nicht jedoch die gesetzlichen Kündigungsgründe verwirkliche.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Nach § 27i Z 3 KSchG liegt ein Grund für die Kündigung durch den Heimträger unter anderem dann vor, wenn der Heimbewohner den Heimbetrieb trotz einer Ermahnung des Trägers und trotz der von diesem dagegen ergriffenen zumutbaren Maßnahmen zur Abhilfe fortgesetzt derart schwer stört, dass dem Träger oder den anderen Bewohnern sein weiterer Aufenthalt im Heim nicht mehr zugemutet werden kann. Voraussetzung für die Zulässigkeit von Kündigungsgründen ist, dass ihnen dasselbe Gewicht bzw dieselbe Bedeutung zukommt wie den gesetzlich geregelten Kündigungstatbeständen des § 27i Abs 1 KSchG (RV 202 BlgNR 22. GP 12). Dies ist bei der zu prüfenden Klausel nicht der Fall: Voranzustellen ist, dass die Dauerhaftigkeit des Heimvertrags bei Vertragsabschluss einen wesentlichen Gesichtspunkt darstellt. Die zu unterstellende Parteienabsicht geht dahin, den Heimplatz in der Regel auf Lebenszeit, jedenfalls solange es der Gesundheitszustand des Bewohners erlaubt, zur Verfügung zu stellen. Zweck des § 27i Z 3 KSchG ist es, auch dementen, depressiven, verwirrten oder an starken Schmerzen leidenden Bewohnern den Platz zu erhalten, dies selbst dann, wenn sie ein Verhalten setzen, das etwa nach dem Mietrechtsgesetz zur Kündigung berechtigen würde (*Ganner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang*<sup>3</sup> § 27i KSchG Rz.6). Der Heimträger ist daher verpflichtet, alle

zumutbaren Maßnahmen gegen die Störung zu ergreifen, dazu gehört allenfalls auch das Bemühen um eine (psychotherapeutische oder psychologische) Behandlung oder die Durchführung medizinischer Maßnahmen. Diese Verpflichtungen fehlen bei den in der zu prüfenden Klausel aufgezählten Kündigungsgründen. So könnte etwa der Vertrag eines dementen Bewohners wegen erheblich nachteiligen Gebrauchs seines Appartements aufgekündigt werden, ohne dass der Heimträger vorerst versucht hätte, dagegen durch zumutbare Maßnahmen Abhilfe zu schaffen. Nur dann wäre ihm aber die Aufrechterhaltung des Vertrags nicht mehr zumutbar (siehe RV 202 aaO). Unklar bleibt auch, in welcher Weise das Wort „gröblich“ zu verstehen ist. Bei „kundenfeindlicher“ Auslegung kann darunter ein mehrfacher beharrlicher Verstoß gegen eine der im Betreuungsvertrag oder der Hausordnung festgelegten Nebenpflichten fallen, selbst wenn durch den Verstoß der Heimbetrieb nicht schwer gestört oder für andere Bewohner der Verbleib unzumutbar gemacht würde. Bei diesem Verständnis läge ein Kündigungsgrund beispielsweise auch schon dann vor, wenn der Bewohner trotz schriftlicher Mahnung seiner in Punkt 14 der Hausordnung verankerten Verpflichtung zur Teilnahme an den in regelmäßigen Abständen stattfindenden Brandschutzinformationsveranstaltungen nicht nachkommen sollte. Dass ein derartiger Verstoß nicht der Schwere der in § 27i KSchG genannten Gründe entspricht, liegt auf der Hand. Die Klausel ist deshalb unzulässig. Außerdem verstößt sie gegen § 27d Abs 4 KSchG, weil die „vertraglichen Verpflichtungen“ und „grobe Verstöße gegen die Heimordnung“ nicht im Einzelnen genau aufgezählt sind, sodass die Auswirkungen der Klausel für den

durchschnittlichen Heimbewohner unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

**Zur Klausel 6: Benützungsentgelt bis zur Räumung**

„Bis zur erfolgten Räumung des Appartements ist das KWP berechtigt, ein angemessenes Benützungsentgelt in Höhe des Tarifs für die Grundleistung abzüglich der in der Tarifliste für Zeiten der Abwesenheit ausgewiesenen Rückvergütung in Rechnung zu stellen.“

Die klagende Partei bringt vor, der Heimvertrag ende mit dem Tod des Bewohners; die Einhebung eines darüber hinausgehenden Benützungsentgelts komme dem Weiterlaufen des Vertrags gleich. Es liege daher ein Verstoß gegen § 27h Abs 2 KSchG vor. Weiters übersteige das zu entrichtende Entgelt ein angemessenes Lagerentgelt, sodass eine Leistung ohne gleichwertige Gegenleistung iSd § 27g Abs 5 KSchG gegeben sei. Die Klausel sei zudem intransparent iSd §§ 6 Abs 3 und 27d Abs 4 KSchG sowie überraschend iSd § 864a ABGB.

Die beklagte Partei hielt dem entgegen, dass die Grundleistung im Heimvertrag ausführlich beschrieben werde. Abzüglich des Abwesenheitstarifs werde ein angemessenes Benützungsentgelt im Sinne eines Bereicherungsanspruchs nach § 1041 ABGB verrechnet.

Das Erstgericht beurteilte die Höhe des Benützungsentgelts infolge eines Abzugs lediglich des Rückvergütungsbetrags laut Tarifliste als zu niedrig und ging von einem Verstoß gegen § 27g Abs 5 KSchG aus.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung. Es vertrat jedoch die Ansicht, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot der §§ 6 Abs 3 und 27d Abs 4

KSchG gegeben sei. Der Verweis auf die „Höhe des Tarifs für die Grundleistung“ sei unklar, weil der Tarif keine Position enthalte, die „Grundleistung“ benannt sei. Damit werde ein weiteres Studium des Betreuungsvertrags notwendig, um zu erforschen, was eigentlich gemeint sei. Dies sei älteren gebrechlichen bzw kranken Menschen nicht zumutbar. Da eine rasche und einfache Berechnung des zu leistenden Entgelts unmöglich sei, liege kein „einfacher“ Querverweis vor.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Klausel sei intransparent, setzt die Revisionswerberin nichts entgegen. Ihre Ausführungen erschöpfen sich in einem Verweis auf ihr Revisionsvorbringen zur Klausel 2. Dieses Vorbringen befasst sich jedoch ausschließlich mit der Höhe der in der Tarifliste ausgewiesenen Rückvergütung und den damit im Zusammenhang stehenden (angeblichen) sekundären Verfahrensmängel. Da die Revisionswerberin zur hier maßgeblichen Rechtsfrage nichts aufzeigt, ist sie auf die unbedenklichen Ausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen.

**Zu den Klauseln 7 und 8:**

**Klausel 7: Räumung des Appartements nach dem Tod des Bewohners**

„Erfolgt die Räumung des Appartements durch den Rechtsnachfolger nicht binnen einer Woche nach dem Todestag, so wird die Räumung gegen Verrechnung des hierfür festgesetzten Entgelts jeweils vom KWP durchgeführt.“

**Klausel 8: Räumungspauschale**

„Räumungspauschale:

Einzelappartement 442,20 EUR

Doppelappartement 575,40 EUR“

Nach dem Standpunkt der klagenden Partei sei die Entgeltbestimmung an dieser Stelle des Vertrags überraschend iSd § 864a ABGB. Die Frist von einer Woche sei im Hinblick auf die Dauer eines Verlassenschaftsverfahrens zu kurz bemessen und im Zusammenhalt mit der Höhe des verrechneten Pauschales für den Rechtsnachfolger des Heimbewohners gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Das unabhängig von der Anzahl und der Größe der zurückgelassenen Gegenstände verrechnete Räumungspauschale sei unangemessen hoch, weil es den tatsächlichen Aufwand bei weitem übersteige. Die Klausel verstoße überdies gegen § 27g Abs 5 KSchG, weil sie einer unzulässigen Verfallsklausel gleichkomme. In vielen Fällen werde das Räumungspauschale den Wert der Gegenstände übersteigen. Der Heimvertrag werde mit dem Tod des Heimbewohners aufgehoben, sodass auch ein Verstoß gegen § 27h Abs 2 KSchG gegeben sei. Weiters sei ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG gegeben.

Die beklagte Partei wendete ein, aufgrund der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag wäre es ihr auch ohne Fristsetzung möglich, die Räumung selbst durchzuführen und hiefür ein angemessenes Entgelt zu verlangen. Der Pauschaltarif basiere auf dem durchschnittlichen Personalaufwand für die Durchführung der Räumung. Die Räumung des Appartements durch die Mitarbeiter der beklagten Partei komme immer noch günstiger als die Räumung durch einen privaten Anbieter. Im Übrigen stehe es den Rechtsnachfolgern frei, die Räumung selbst durchzuführen. Zum Beweis für ihr Vorbringen bot sie die zeugenschaftliche Einvernahme der Heimleiterin sowie eines weiteren Zeugen an.

Die klagende Partei replizierte (ON 3), der marktübliche Preis eines gewinnorientierten Unternehmens für eine Räumung pro Stunde für zwei Männer und einen LKW inklusive USt betrage etwa 42 EUR. Da für die Räumung eines Appartements üblicherweise nicht länger als vier Stunden benötigt würde, betrage der am Markt verlangte Preis für eine Räumung 168 EUR. Das Räumungspauschale von 442,20 EUR sei daher unangemessen hoch.

Dem entgegnete die beklagte Partei (in ON 5) nur, dass die Räumung die sorgfältige Demontage von Möbeln, das Verpacken und Verbringen sämtlicher Fahrnisse einschließe, wofür regelmäßig ein erheblich höherer Zeitaufwand anfalle. Die Gegenstände würden im Keller der Einrichtungen aufbewahrt.

Nach Ansicht des Erstgerichts folge aus der kurzen Räumungsfrist noch keine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die Höhe der Räumungsgebühr erscheine jedoch im Marktvergleich mit gewinnorientierten Räumungsunternehmen weit überhöht, was zur Nichtigkeit der Klauseln 7 und 8 iSd § 879 Abs 3 ABGB führe.

Das Berufungsgericht ließ im Hinblick auf den großen Bedarf an Heimplätzen die Frist von einer Woche ab Todestag unbeanstandet. Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass das in Rechnung gestellte Räumungspauschale unangemessen hoch sei. Der Hinweis auf ein einziges Räumungsunternehmen sei repräsentativ, zumal die beklagte Partei dem Klagevorbringen zum marktüblichen Stundensatz nichts Substantielles entgegengehalten habe. Bei einem Aufwand von ca 40 EUR pro Stunde würden mehr als zehn Stunden Arbeitsaufwand abgegolten, was auch unter Berücksichtigung von Verpackung und Demontage nicht ohne

weiteres erklärlich sei. Die Verrechnung von mehr als 400 EUR sei daher unangemessen iSd § 27g Abs 5 KSchG. Mangels Trennbarkeit der Klauseln 7 und 8 seien beide Klauseln unzulässig.

In ihrer Revision hält die Revisionswerberin daran fest, dass ein sekundärer Verfahrensmangel infolge Fehlens von Feststellungen zur Marktüblichkeit der verrechneten Räumungsgebühr gegeben sei.

Zu den Klauseln 7 und 8 ist auszuführen:

Der Heimvertrag wird gemäß § 27h Abs 2 KSchG durch den Tod des Heimbewohners aufgehoben. Nach § 27d Abs 1 Z 7 KSchG muss der Heimvertrag Angaben über die Vorgangsweise des Heimträgers bei Beendigung des Vertragsverhältnisses enthalten, insbesondere muss die Räumung der Wohnräume von Fahrnissen des Bewohners geregelt werden (RV 202 BlgNR 22. GP, 8; *Ganner in Klang*, KSchG § 27d Rz 8). Die in den Klauseln 7 und 8 enthaltenen Regelungen sind deshalb keine Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts, mit denen nicht gerechnet werden muss. Aus ihrer Stellung im Vertragsgefüge resultiert auch kein „Überrumpelungseffekt“, weil sie etwa dort eingefügt wäre, wo ein sorgfältiger Interessent an einem Heimplatz mit ihr nach den Umständen nicht rechnen muss. Ein Verstoß gegen § 864a ABGB ist zu verneinen.

Wie bereits die Vorinstanzen erkannten, ist die für die Vornahme der Räumung offen stehende Wochenfrist an sich nicht unangemessen kurz. So wurde bereits eine zu diesem Zweck nach dem Tod des Heimbewohners eingeräumte Frist von 5 Tagen in Verbindung mit dem Wahlrecht des Heimträgers, nach Ablauf der 5 Tage die Räumung selbst vorzunehmen oder weiterhin ein Benützungsentgelt für das

Zimmer zu verlangen, als nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB erachtet (6 Ob 261/07m = iFamZ 2008/99 mit krit Anm von *Ganner*). Eine gröbliche Benachteiligung in der Höhe des für eine bestimmte Leistung in Rechnung gestellten Pauschalsatzes kann aber dann gegeben sein, wenn die konkreten Kosten grob überschritten werden (4 Ob 5/08a). Dies behauptete die klagende Partei und führte als Begründung die marktüblichen Preise eines Transportunternehmens sowie den ihrer Ansicht nach im Durchschnittsfall tatsächlich durch die Räumung entstandenen Aufwand an. Diesem Vorbringen setzte die beklagte Partei hinsichtlich der Höhe des am freien Markt verrechneten Stundensatzes nichts entgegen. Sie erstattete auch kein konkretes Vorbringen dazu, welcher zeitliche und finanzielle Räumungsaufwand im Durchschnittsfall tatsächlich anfällt, bzw wie das Räumungspauschale konkret kalkuliert wurde. Selbst der Behauptung der klagenden Partei, im Räumungspauschale fänden 10 Arbeitsstunden zweier professioneller Transportarbeiter sowie die Bereitstellung eines LKW Deckung, setzte die beklagte Partei kein substantiiertes Vorbringen zum in der Mehrzahl der Fälle konkret anfallenden Aufwand entgegen. Vielmehr zog sie sich auf den Standpunkt zurück, es wären auch Räumungen vorzunehmen, bei denen die zeitaufwändige Demontage von Möbeln erforderlich sei. Wird aber ohne Rücksichtnahme auf die Beschaffenheit und Quantität der zurückgelassenen Gegenstände eine nicht nachvollziehbar kalkulierte Pauschalsumme in beträchtlicher Höhe festgesetzt, die etwa auch dann in Rechnung gestellt wird, wenn der Bewohner keine zusätzlichen Möbelstücke und Einrichtungsgegenstände in das Appartement eingebracht, sondern dort nur

Kleidungsstücke und Toiletteartikel zurückgelassen hat, führt dies im Zusammenwirken mit der kurz bemessenen Räumungsfrist von nur einer Woche zu einer einseitigen gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB, ohne dass es auf weitere Feststellungen zur Höhe der am Markt üblicherweise verrechneten Entgelte für Räumungen ankäme.

#### **Zur Klausel 9: Betretungsrecht**

„...“

Die Direktorin des Hauses oder eine von ihr beauftragte Mitarbeiterin ist aus wichtigem Grund jederzeit berechtigt, das Appartement der Bewohnerin zu betreten.“

Nach Auffassung der klagenden Partei sei die Klausel intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG und § 27d Abs 4 KSchG, weil das Vorliegen eines wichtigen Grundes in das Ermessen des Heimträgers falle. Da willkürlich in die Privatsphäre der Heimbewohner eingegriffen werde, sei die Klausel auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Nach Ansicht der beklagten Partei sei das Abstellen auf einen wichtigen Grund üblich und biete bei „vernünftiger Auslegung“ keinen Spielraum für Willkür.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unbedenklich, weil selbst bei kundenfeindlichster Auslegung dem Heimträger Willkür nicht zu unterstellen sei und das Betreten des Appartements in Erfüllung der Fürsorgepflicht notwendig wäre.

Das Berufungsgericht erachtete die Klausel hingegen als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da sie - in der für den Kunden ungünstigsten möglichen Auslegungsart - auch das Recht umfasse, das

Appartement in sachlich nicht gerechtfertigten Fällen zu betreten.

Die Revisionswerberin räumt ein, dass nach dem Wortlaut der Klausel das Betretungsrecht ohne angemessene Ankündigung auch dann ausgeübt werden könnte, wenn Gefahr im Verzug nicht vorliege, vertritt aber den Standpunkt, dass dies für den Heimbewohner lediglich mit Unannehmlichkeiten verbunden wäre, ohne dass daraus eine gröbliche Benachteiligung resultiere.

Dazu ist auszuführen:

Das Abstellen auf einen „wichtigen Grund“ ohne weitere Klarstellungen erfüllt nicht das sich aus § 27d Abs 4 KSchG ergebende Erfordernis, den Vertragsinhalt umfassend und genau zu umschreiben. Es können verschiedenartige wichtige Gründe für ein Betreten des Apartments gegeben sein, die eine unterschiedliche Vorgangsweise erfordern. Ähnlich wie bei Mietverträgen kann beispielsweise ein wichtiger Grund etwa in der Vorbereitung von Renovierungsarbeiten liegen. Ein anderer Fall wäre, dass die Heimleiterin oder eine von ihr beauftragte Person das Appartement betreten möchte, um dort bestimmte Kontrollen vorzunehmen. Liegen derartige wichtige Gründe vor, gebietet die Achtung der Privatsphäre des Bewohners, dessen berechnete Interessen nach Maßgabe der Wichtigkeit des Grundes angemessen zu berücksichtigen (vgl § 8 Abs 2 1. Satz MRG). Das Betreten wird demgemäß in einer die Rechte des Bewohners schonenden Weise zu geschehen haben. So wird zuvor eine entsprechende Anmeldung oder Terminabsprache nötig sein und das Betreten nur zu üblichen und den Bewohner zumutbaren Tageszeiten zu erfolgen haben. Diese Beschränkungen werden im Hinblick auf die

sich aus einem Betreuungsvertrag ergebenden Besonderheiten nur dann nicht einzuhalten sein, wenn das Betreten zur Abwehr einer Gefährdung des Bewohners oder anderer Bewohner oder zur Vermeidung von Sachschäden unverzüglich nötig ist. Ohne Differenzierung zwischen verschiedenartigen denkmöglichen Gründen für ein Betretungsrecht ist die Klausel wegen Verstoßes gegen § 27d Abs 4 KSchG unzulässig.

**Zur Klausel 10:** Verpflichtung zur Räumung eines Doppelappartements, sobald dieses nur mehr von einer Person bewohnt wird.

„Wird ein Doppelappartement nur noch von einer Person bewohnt, so wird der verbleibenden Person - ausgenommen bei bloß vorübergehender Abwesenheit der zweiten Bewohnerin - ein Einzelappartement zur Verfügung gestellt. Die Bewohnerin ist grundsätzlich verpflichtet, in das Einzelappartement zu übersiedeln und das Doppelappartement zu räumen.“

Nach Ansicht der klagenden Partei beinhalte die zu prüfende Klausel eine nicht bloß geringfügige Leistungsänderung. Außerdem fehle ein Hinweis darauf, dass ein Einzelappartement gleicher Ausstattung und Kategorie bereitgestellt werden soll. Darüber hinaus sei im Falle der von der klagenden Partei durchgeführten Räumung der Wechsel mit erheblichen Kosten verbunden, da ein Räumungspauschale in Höhe von 575,40 EUR verrechnet werde. Es liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB vor.

Die beklagte Partei erwiderte, dass diese Klausel infolge der langen Wartezeiten auf Heimplätze notwendig sei.

Das Räumungspauschale falle nur dann an, wenn der Heimbewohner die Räumung nicht selbst durchführe.

Das Erstgericht erachtete die Klausel im Hinblick auf die Unangemessenheit des Räumungspauschales als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Das Berufungsgericht vertrat die Ansicht, die Klausel werde den Sachlichkeits- und Zumutbarkeitsanforderungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nicht gerecht. Die Klausel sei überschießend, weil sie Lösungen nicht zulasse, die den Interessen beider Seiten gerecht werden, etwa wenn ein in einem Doppelzimmer allein verbleibender Heimbewohner einen anderen Heimbewohner gefunden habe, der bereit wäre, das Doppelzimmer mit ihm zu teilen.

Die Revisionswerberin argumentiert, die durch einen Umzug in ein Einzelappartement bewirkte Änderung der Leistung sei für den Heimbewohner zumutbar, weil sie gleichermaßen geringfügig und sachlich gerechtfertigt sei. Infolge der großen Nachfrage nach Heimplätzen liege ein sachlicher Grund darin, auch den Bedürfnissen von zukünftigen Heimbewohnern Rechnung zu tragen.

Diese Argumente können nicht überzeugen.

Da im Betreuungsvertrag die Benützung eines bestimmten Appartements vereinbart wird, stellt die Verpflichtung zur Übersiedlung in ein anderes Appartement eine Leistungsänderung dar, die den Erfordernissen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG entsprechen muss. Sie ist nur dann zumutbar, wenn es sich dabei um eine geringfügige und sachlich gerechtfertigte Leistungsänderung handelt. Diese Voraussetzung ist bei der für den Bewohner ungünstigsten möglichen Auslegung zu verneinen: So fehlt der Hinweis

darauf, dass das Einzelappartement dem bisherigen Appartement hinsichtlich Lage und Ausstattung entspricht. Würde ein Einzelappartement diesen Erfordernissen nicht gerecht, läge jedenfalls keine geringfügige Leistungsänderung vor. Weiters nimmt die Klausel nicht auf den Fall Bedacht, dass der im Doppelappartement allein verbleibende Bewohner bereit ist, dieses nunmehr mit einem anderen „neuen“ Mitbewohner zu teilen. Obwohl in diesem Fall keine betriebswirtschaftliche Rechtfertigung für die Notwendigkeit einer Übersiedlung in ein Einzelappartement gegeben ist, müsste der Heimbewohner eine solche akzeptieren. Aus diesen Gründen ist die Klausel wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässig. Da es im Verbandsprozess irrelevant ist, wie die Klausel tatsächlich gehandhabt wird (RIS-Justiz RS0121943), hat das Vorbringen, sämtliche Appartements der beklagten Partei wiesen den gleichen Standard auf, unberücksichtigt zu bleiben. Das Fehlen von Feststellungen in dieser Richtung vermag deshalb keinen rechtlichen Feststellungsmangel zu begründen.

**Zur Klausel 11:**

11. Beschließt der Vorstand des KWP eine Änderung des Betreuungsvertrags, der Tariflisten (Beilagen 1 bis 3) oder der Hausordnung (Beilage 4), so wird diese Änderung vier Wochen vor Gültigkeitsbeginn mittels Aushang bekannt gemacht.

Zusätzlich wird diese Änderung der Bewohnerin und ihrer Vertrauensperson schriftlich, unter Hinweis auf die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen die Änderung binnen vier Wochen, zur Kenntnis gebracht.

Der gegebenenfalls schriftlich zu erhebende Widerspruch gegen die Änderung stellt einen wichtigen

Grund im Sinne des Punktes 6.1. dar, der die Bewohnerin zur Kündigung des Betreuungsvertrags ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. Ungeachtet eines gegen die Änderung vorgebrachten Widerspruchs gilt für die weitere Dauer des Rechtsverhältnisses die neue Fassung des geänderten Schriftstücks.

Zu dieser Klausel führt die Revision nichts aus.

**Zur Klausel 12: Änderung des Leistungsangebots**

„Das KWP ist insoweit zur Änderung des Leistungsangebots berechtigt, als die Änderung der Bewohnerin zumutbar ist.“

Die Klausel ist in Verbindung mit der Klausel 11 zu lesen.

Nach Auffassung der klagenden Partei sei diese Klausel zu allgemein formuliert und zu wenig konkretisiert. Sie sei deshalb intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG und verstoße gegen § 27d Abs 4 KSchG. Außerdem weiche sie von den Voraussetzungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ab.

Die beklagte Partei hält dem entgegen, es werde nur der Gesetzestext wiedergegeben. Dieser könne auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht willkürlich verstanden werden.

Die Vorinstanzen erachteten die Klausel übereinstimmend als konkretisierungsbedürftig. Sie widerspreche dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG bzw des § 27d Abs 4 KSchG.

In ihrer Revision hält die beklagte Partei daran fest, es sei denkunmöglich, dass die Übernahme der verba legalia zur Intransparenz einer Vertragsbestimmung führte.

Dem ist nicht zu folgen:

Nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG kann der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig nicht ändern oder von ihr abweichen, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Die Änderungsmöglichkeiten müssen möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein (RIS-Justiz RS0111807).

In der zu prüfenden Klausel wird nicht dargelegt, wie, wann, in welchem Umfang und nach welchen Kriterien das Leistungsangebot geändert wird. Außerdem bleibt die Klausel hinter der Formulierung des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zurück, weil die Voraussetzungen, unter denen der Gesetzgeber eine Änderung als zumutbar erachtet - nämlich Geringfügigkeit und sachliche Rechtfertigung -, weggelassen werden. Dadurch wird beim Bewohner der Eindruck erweckt, dass er allenfalls auch erhebliche und sachlich nicht gerechtfertigte Leistungsänderungen hinzunehmen habe. Er kann daher nicht beurteilen, ob eine Leistungsänderung von der Klausel gedeckt ist. Unabhängig von der Unzulässigkeit nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ist die Klausel schon deshalb unzulässig, weil sie sich auf die Klausel 11 gründet (arg: „insoweit“), deren Unzulässigkeit aber mangels jeglicher Revisionsausführungen schon feststeht.

**Zu den Klauseln 13 und 14:**

Die Revision der beklagten Partei enthält dazu keine Ausführungen.

**Zur Klausel 16: Gespräche mit Angehörigen über eine zumutbare Kostenbeteiligung**

„Reichen Einkommen und Vermögen zur Begleichung des monatlich verrechneten Leistungsentgelts

nicht aus, sind im Sinne der Bestimmungen des § 143 ABGB mit den Angehörigen Gespräche über eine zumutbare Kostenbeteiligung zu führen.“

Nach Auffassung der klagenden Partei sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, § 27d Abs 4 KSchG und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, weil Verwandte in absteigender Linie nach dem Wiener Sozialhilfegesetz (WSHG) nicht zum Ersatz von Sozialhilfekosten herangezogen werden dürften. Der Verweis auf § 143 ABGB verschleierte diese (wahre) Rechtslage.

Die beklagte Partei hielt dem entgegen, die Klausel habe lediglich informativen Charakter und lasse weder eine Verpflichtungsmöglichkeit noch einen Kontrahierungszwang mit Angehörigen erkennen.

Das Erstgericht schloss sich der Ansicht der beklagten Partei an und hielt die Klausel für zulässig.

Das Berufungsgericht änderte die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass es die Klausel für unzulässig erklärte. Die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG, da der Kreis der Verwandten nach § 143 ABGB im Unklaren über den Inhalt und Zweck der Bestimmung gelassen werde. Aus dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung folge, dass die Klausel für einen Verbraucher nicht eindeutig darlege, dass damit keine Auferlegung von Pflichten erfolge, die über die Bestimmungen des WSHG hinaus gingen.

Die Revisionswerberin hält daran fest, dass selbst bei kundenfeindlichster Auslegung eine Verpflichtung zur Kostenbeteiligung von Verwandten aus der Klausel nicht abzulesen wäre. Diese seien auch nicht Parteien des Betreuungsvertrags.

Die Revision ist auch hinsichtlich der Klausel 16 nicht berechtigt. Auch rechtsdeklaratorische Klauseln unterliegen der Kontrolle auf Klarheit und Verständlichkeit als formelle Anforderung. Selbst wenn solche Klauseln keine Leistungsverpflichtung enthalten, müssen sie dem an Heimverträge zu stellenden Erfordernis gerecht werden, dass die darin verwendeten Formulierungen klar und verständlich, einfach sowie umfassend und genau umschreibend (vollständig) sind. Der Bewohner soll nicht Gefahr laufen, über die sich für ihn aus der Regelung ergebenden Rechtsfolgen und Auswirkungen getäuscht oder zumindest im Unklaren gelassen zu werden (RIS-Justiz RS0115219).

Diesen Erfordernissen entspricht die zu prüfende Klausel nicht. Durch den Hinweis auf § 143 Abs 1 ABGB und die dort statuierte subsidiäre Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern, wird der Eindruck erweckt, dass die Kinder bei Nichtzureichen des Einkommens der Eltern sich an den Kosten der stationären Pflege zu beteiligen hätten. Gemäß dem Gebot der Klarheit und Vollständigkeit wäre aber der Hinweis auf § 7 iVm § 15 des Wiener Sozialhilfegesetzes notwendig. Nach diesen Regelungen hat ein Heimbewohner im Falle nicht genügenden Einkommens und Vermögens Anspruch darauf, dass ihm die stationäre Pflege im Rahmen der Sozialhilfe gewährt wird. Ferner fehlt der Hinweis auf die §§ 27, 29 Abs 2 WSHG, nach denen Verwandte in absteigender Linie nicht zum Ersatz der Kosten herangezogen werden dürfen, die dem Sozialhilfeträger im Rahmen der Erbringung seiner Leistungen entstanden sind. Nur wenn diese Hinweise vorhanden wären, wäre für den durchschnittlichen Heimbewohner klar, dass im Falle des Nichtzureichens seines Vermögens seine Kinder nicht zum

Kostenersatz der stationären Pflege herangezogen werden können. Da die zu prüfende Klausel den Bewohner über diesen Umstand im Unklaren lässt, ist sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG bzw des § 27d Abs 4 KSchG.

Dem Revisionsargument, der Heimbewohner sei von der angegriffenen Klausel gar nicht betroffen, weil es um die Kostenbeteiligung seiner Verwandten gehe, kann nicht gefolgt werden. Er hätte nämlich ihnen gegenüber eine im Gesetz nicht vorgesehene, durch seinen Heimvertrag aber veranlasste Kostenbeteiligung zu rechtfertigen.

**Zu den Klauseln 17 und 18:**

Die Revision der beklagten Partei enthält dazu keine Ausführungen.

Gleiches gilt für die Stattgebung des Veröffentlichungsbegehrens.

Die Revision der beklagten Partei ist aus den dargelegten Gründen zur Gänze nicht berechtigt.

Zur Revision der klagenden Partei:

**Zur Klausel 15:**

„Vertragserrichtungskosten 54,60 EUR einmalig“

Die klagende Partei bringt vor, die Vertragserrichtungsgebühr verpflichte die Heimbewohner zu einer Leistung ohne ersichtliche Gegenleistung. Sie sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und verstoße gegen § 27d Abs 4 KSchG.

Die beklagte Partei erwiderte, die Vertragserrichtungsgebühr diene der Abdeckung eines außergewöhnlichen Verwaltungsaufwands, der im Zuge der Besichtigung des jeweiligen Pensionistenwohnhauses und im Zuge der Gespräche mit den künftigen Bewohnern entstehe.

Das Erstgericht erachtete einen Verstoß gegen § 27g Abs 5 KSchG für gegeben. Da die Vertragserrichtungsgebühr nur im Fall eines Vertragsabschlusses zu entrichten sei, nicht aber von bloßen Interessenten gefordert werde, mit welchen es zu keinem Vertragsabschluss komme, stelle der Zeitaufwand für die Besichtigung und Besprechung keine Gegenleistung der beklagten Partei dar, sondern erfolge unentgeltlich. Welche Gegenleistungen daher tatsächlich abzugelten seien, habe die beklagte Partei nicht vorgebracht. Die Klausel sei deshalb intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG; § 27d Abs 4 KSchG).

Das Berufungsgericht änderte die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass es die Klausel als unbedenklich erachtete. Nach dem MRG bedürften über § 22 MRG hinausgehende Aufwandersatzansprüche des Vermieters einer besonderen Rechtfertigung. Es müsse sich um Entgelt für Leistungen des Verwalters handeln, die den Rahmen der üblichen Verwaltungstätigkeit sprengen. Nur wenn eine solche Gegenleistung fehle, sei die Vereinbarung eines gesonderten Aufwandersatzes durch § 27 Abs 1 Z 1 MRG verboten. Für das Heimvertragsrecht sei jedoch davon auszugehen, dass die Verrechnung besonderer Kosten für Verwaltungshandlungen im Hinblick auf das Fehlen von § 22 MRG vergleichbaren Entgeltbeschränkungen nicht unzulässig sei. Die Klausel verstoße nicht gegen § 27g Abs 5 KSchG.

Dazu ist auszuführen:

Nach § 27d Abs 5 KSchG ist der Heimvertrag bei auf unbestimmte Zeit laufenden Vertragsverhältnissen spätestens innerhalb von drei Monaten ab der Aufnahme schriftlich zu errichten. Dem Heimbewohner, dessen Vertreter und der Vertrauensperson ist vom Heimträger eine Abschrift

der Vertragsurkunde auszufolgen (§ 27d Abs 5 Satz 2 KSchG). Diese hat der Heimträger auf eigene Kosten herzustellen. Für die Errichtung von Heimverträgen besteht Gebührenfreiheit (§ 27b Abs 2 KSchG).

Im Hinblick auf das in § 27g Abs 5 KSchG enthaltene Verbot von Leistungen ohne gleichwertige Gegenleistung ist zu prüfen, ob in der Vertragserrichtung durch den Heimträger eine geldwerte Leistung liegt, die diesem einen Anspruch auf ein besonderes Entgelt verschaffen könnte. Dies ist zu verneinen: Der Vertragsabschluss an sich ist keine geldwerte Leistung; mit der Errichtung des schriftlichen Vertrags kommt der Heimträger lediglich der ihm aus § 27d Abs 5 KSchG ableitbaren Verpflichtung nach. Der Aufwand, der dem Heimträger für künftige Vertragsabschlüsse entsteht - etwa die Kosten der Formulierung eines Mustervertrags durch einen Rechtsanwalt - liegt in seinem Eigeninteresse (vgl 5 Ob 224/99y zu Mietverträgen). Das Eigeninteresse der beklagten Partei wird im vorliegenden Fall insbesondere daraus ersichtlich, dass ein von ihr vorformulierter („Schimmelvertrag“) Vertrag abgeschlossen wird, dessen Änderung nicht möglich ist, sodass etwaige bei Vertragserrichtung geäußerte Abänderungsvorschläge der Bewohner unberücksichtigt bleiben. Das verlangte Entgelt von 54,60 EUR für einen nach einem solchen bestehenden Muster verfassten schriftlichen Heimvertrag wäre unangemessen hoch. Eine angemessene Gegenleistung iSd § 27g Abs 5 KSchG könnte allenfalls bei einem individuell ausgehandelten Heimvertrag, in den auch Wünsche des Heimbewohners Eingang finden, bejaht werden. Da die

Klausel zwischen diesen Fällen nicht unterscheidet ist sie schon wegen Intransparenz (§ 27d Abs 4 KSchG) unzulässig.

Der Revision der klagenden Partei ist demnach Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich in Ansehung des Verfahrens erster Instanz auf § 43 Abs 2 ZPO; in Ansehung des Berufungs- und Revisionsverfahrens auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Es ist von einer kostenrechtlichen Gleichwertigkeit der einzelnen Unterlassungsbegehren auszugehen, somit von je einem Achtzehntel des in der Klage insgesamt mit 21.500 EUR angegebenen Interesses. Im Verfahren erster Instanz liegt ein Erfolg der klagenden Partei mit 17 von 18 der Unterlassungsbegehren sowie ein Erfolg mit dem mit 4.500 EUR bewerteten Urteilsveröffentlichungsbegehren vor. Die klagende Partei ist demnach nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil ihres Anspruchs unterlegen, dessen Geltendmachung überdies keine besonderen Kosten veranlasst hat (§ 43 Abs 2 1. Satz ZPO). Im Berufungsverfahren waren noch 17 Klauseln streitverfangen (die Abweisung der Klausel 4 erwuchs in Rechtskraft). Der Berufung der klagenden Partei wurde in Ansehung der von ihr bekämpften Abweisung der Klauseln 5, 9, 16 und 17 zur Gänze stattgegeben, sodass sie Anspruch auf Ersatz ihrer Berufungskosten auf Basis der verzeichneten Bemessungsgrundlage von 4.777,77 EUR (4 x 1.194,44 EUR) hat; die beklagte Partei ist mit ihrer Berufung letztlich vollständig unterlegen.

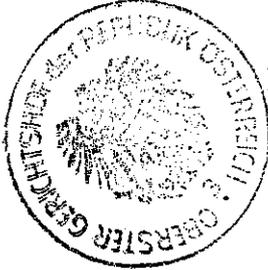
Im Revisionsverfahren war die klagende Partei mit ihrer Revision erfolgreich, während die beklagte Partei unterlag. Infolge Abänderung der Kostenentscheidung ist die

gegenstandslos gewordene Berufung im Kostenpunkt nicht  
mehr zu behandeln (9 ObA 201/90).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. Februar 2010.

Dr. P r ü c k n e r

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



*Neubauer*