

REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF



Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

Engel. am 29. SEP. 2009

.....fach, mit.....Blg.Akten
.....Halbschriften

2 Ob 153/08a

1R 16 / 08a

Oberlandesgericht Wien

Engel. am 21. SEP. 2009 ...Uhr...Min.

.....fach, mit.....Beilag.Akten
.....Halbschriften

27

KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG

- 7. Okt. 2009

EINGELANGT

FRIST:.....

Teilurteil

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei BAWAG P.S.K. LEASING GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 25. März 2008, GZ 1 R 16/08t-14, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Teilurteil des Handelsgerichts Wien vom 18. Oktober 2007, GZ 11 Cg 135/07a-8, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht beschlossen und zu Recht erkannt:

Den Rekursen wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst dahin erkannt, dass das Teilurteil des Erstgerichts zu lauten hat:

„I. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung folgender oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es ferner zu unterlassen, sich auf die folgenden Klauseln zu berufen, soweit diese bereits vereinbart worden sind:

1. *Die Bestimmungen betreffend das LO [Leasingobjekt] und dessen Lieferung ergeben sich aus den*

von der BPL [der beklagten Partei] mit dem Lieferanten vereinbarten - vom LN [Leasingnehmer] verhandelten bzw genehmigten - Kaufbedingungen. Der LN hat LO und Lieferant selbst ausgewählt. (Klausel Nr 1 laut Klage)

2. Der LN hat das LO hinsichtlich etwaiger Mängel etc unverzüglich und laufend zu überprüfen, diese der BPL schriftlich bekanntzugeben und sämtliche zur Durchsetzung von Ansprüchen erforderliche Veranlassungen fristgerecht auf eigene Kosten namens der BPL vorzunehmen. Die BPL kann gegen Abtretung dieser Ansprüche (unter Ausschluss jeglicher Haftung) verlangen, dass diese vom LN im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend gemacht werden. Die BPL haftet auch hinsichtlich etwaiger sonstiger Ansprüche, welcher Art und aus welchem Titel auch immer (zB Verzug, Schadenersatz aus dem Bereich des LO, Produkthaftung etc) betreffend das LO nicht bzw nur insoweit, als gegen den Lieferanten bzw sonstige Dritte derartige Ansprüche bestehen und einbringlich sind. Auch diese sind vom LN in gleicher Weise auf seine Kosten und sein Risiko geltend zu machen bzw ist die BPL diesbezüglich gänzlich schad- und klaglos zu halten. Hiefür haftet der LN der BPL. Die Verpflichtung des LN zur Zahlung des Leasingentgelts besteht unbeschadet der Geltendmachung etwaiger oa Ansprüche. Zwingende Rechte des LN als Konsument - insbesondere §§ 8, 9 KSchG - auf die der LN hiermit hingewiesen wird, werden jedenfalls nicht beschränkt. (§ 1.1. - Klausel Nr 2 laut Klage)

3. An- und Einbauten sind im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen soweit zulässig, als der Verkaufswert des LO hiedurch nicht vermindert wird. Sie dürfen wieder entfernt werden, falls der ursprüngliche Zustand und ordnungsgemäße Funktion gewährleistet sind; falls bei Beendigung des Leasingvertrags nicht entfernt, gehen sie ohne

Entschädigung des LN in das Eigentum des BPL über. (§ 1.2. - Klausel Nr 3 laut Klage)

4. BPL kann im Falle von Untergang, Verlust oder Totalschaden des LO vom LN unverzüglich einen (pauschalierten) Schadenersatz in Höhe des Barwertes der Summe der auf die restliche Dauer gemäß Punkt VII. (restl. Kündigungsverzicht des LN bzw restl. Vertragsdauer) entfallenden Leasingentgelte zuzüglich des Barwertes des kalk. Restwerts (falls es keinen kalk. Restwert gibt, eines letztgültigen Leasingentgelts) verlangen. Die Barwerte sind durch Abzinsung mit dem zuletzt gültigen Basiszinsatz gemäß § 1.1. Euro-JuBeG (höchstens jedoch mit dem um 2,5%-Punkte verminderten zuletzt gültigen Leasingkalkulationszinssatz) zu berechnen. Ein etwaiger Verwertungserlös (abzüglich Verwertungskosten) und von Dritten erhaltene Ersatzleistungen sind - nach Eingang und insgesamt bis zur Höhe des Schadenersatzanspruchs der BPL - dem LN exklusive USt gutzubringen bzw haben einen entsprechend geringeren Schadenersatzanspruch zur Folge. (§ 2.2. - Klausel Nr 4 laut Klage)

5. Wird das LO nach Übergabe, aus welchem Grunde auch immer, zum bestimmungsgemäßen Gebrauch untauglich, bleibt die Verpflichtung des LN zur Bezahlung des Leasingentgelts während der Dauer gemäß Pkt. VII. gänzlich unberührt. (§ 3.1. - Klausel Nr 5 laut Klage)

6. Das Leasingentgelt basiert auf den (Anschaffungs)Kosten des LO (Nettokaufpreis inkl. aller Nebenkosten, zB Transport, NoVA etc). Falls die endgültigen Kosten laut Faktura/Lieferant von den der Antragstellung zu Grunde liegenden Kosten abweichen, ist das Leasingentgelt im Verhältnis der Änderung dieser Kosten anzupassen. Soweit der Kaufpreis vor Übernahme des LO zu bezahlen ist oder die

Fälligkeit des ersten Leasingentgelts abweichend von Abs 1 vereinbart wird, sind in die Leasingentgeltbasis entsprechende Finanzierungskosten einzubeziehen bzw werden sie dem LN gesondert verrechnet; und zwar berechnet mit dem 6-Monats- (falls in Pkt. IX. vereinbart 3-Monats-) EURIBOR (vgl Abs 3) plus 2,5%-Pkte. (§ 3.2. - Klausel Nr 6 laut Klage)

7. Für jede Mahnung infolge Verzugs hat der LN eine angemessene Mahngebühr, mindestens jedoch 7,26 EUR zuzüglich allfälliger USt zu bezahlen. Weiters ist der LN verpflichtet, alle der BPL bei der zweckentsprechenden Verfolgung ihrer Ansprüche anfallenden Kosten, insbesondere Inkasso-, Interventions-, Exszindierungskosten, Kosten für Sachverständigengutachten etc zu ersetzen; all dies gemäß tarifmäßigen Kosten bzw branchenüblichen Berechnungssätzen. Eingänge werden erst zur Abdeckung von Kosten, Verzugszinsen und zuletzt des ausstehenden Entgelts verwendet. Die BPL behält sich vor, Zahlungen auch anders zu widmen, insbesondere auf Forderungen aus der mit dem LN bestehenden sonstigen Geschäftsverbindung. (§ 3.4. - Klausel Nr 8 laut Klage)

8. Die BPL ist darüber hinaus berechtigt, das Vertragsverhältnis aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung aufzulösen. Wichtige Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn der LN jeweils entweder mit der Zahlung eines Leasingentgelts (lt. Pkt. IX.) oder anderen fälligen Zahlungen, ganz oder teilweise trotz Mahnung mehr als 6 Wochen in Verzug ist [...]. (§ 5.2.a - Klausel Nr 9 laut Klage)

9. Falls dieser Vertrag von der BPL gemäß Abs 2 oder 3 aufgelöst wird, hat der LN unverzüglich einen (pauschalierten) Schadenersatz in Höhe der - zum Zinssatz des zuletzt gültigen Basiszinssatzes gemäß § 1.1. Euro-JuBeG (höchstens jedoch zu dem um 2,5%-Punkte verminderten zuletzt

gültigen Leasingkalkulationszinssatz) auf den jeweiligen Barwert abgezinsten - Summe der auf die restliche Dauer gemäß Punkt VII. (restlicher Kündigungsverzicht LN bzw restliche Vertragsdauer) entfallenden Leasingentgelte zu leisten. Diesfalls hat BPL dem LN allfällige Verwertungserlöse des LO (exkl. USt/abzüglich Verwertungskosten) nach Maßgabe des Eingangs und höchstens bis zu dem vom LN zu leistenden Ersatzbetrag gutzuschreiben. (Die Verwertungsgutschrift erfolgt - da bei Berechnung des Schadenersatzes nicht berücksichtigt - abzüglich eines kalk. Restwerts des LO bzw falls es keinen kalk. Restwert gibt, abzüglich eines zuletzt gültigen Leasingentgelts. Falls der Restwert bzw das zuletzt gültige Leasingentgelt höher ist als der Verwertungserlös, erhöht sich der Schadenersatz um diese Differenz.) (§ 5.4. - Klausel Nr 11 laut Klage)

10. Bei Beendigung des Leasingvertrags ist der LN verpflichtet, das LO unverzüglich, in ordnungsgemäßem Zustand, auf seine eigene Gefahr und Kosten an BPL bzw einen von BPL bestimmten Ort zurückzustellen. Andernfalls kann BPL unbeschadet sonstiger Rechte verlangen, dass der LN einen allfälligen, in diesem Vertrag angeführten kalkulierten Restwert des LO (falls kein Restwert angeführt ist ein zuletzt gültiges Leasingentgelt) BPL umgehend ersetzt. Erfüllt der LN die Rückstellungsverpflichtung nicht unverzüglich, kann BPL die Rückführung des LO auf Kosten und Gefahr des LN veranlassen. BPL ist diesfalls bzw bei Gefahr im Verzug ohne Ankündigung berechtigt, sich den unmittelbaren Besitz am LO auch ohne Wissen, Willen und Mitwirkung des LN zu verschaffen. Der LN ist hievon umgehend zu verständigen. Ist das LO mit Fremdeigentum verbunden, ist BPL zur Trennung berechtigt. Im LO belassene Sachen kann BPL nach drei Monaten entschädigungslos entsorgen. Bis Erlangung des

unmittelbaren Besitzes durch BPL hat der LN für jeden begonnenen Monat das vertragliche Leasingentgelt zu entrichten. (§ 6.1. - Klausel Nr 12 laut Klage)

11. Nach Rückstellung wird BPL das LO nach Möglichkeit verkaufen (gewährleistungsfrei gegen Barzahlung). Ein allfälliger Verwertungsmindererlös, dh die Differenz zwischen kalk. Restwert (falls es keinen kalk. Restwert gibt, einem zuletzt gültigen Leasingentgelt) und einem allfälligen Verwertungserlös (exkl. USt/abzüglich Verwertungskosten; gegebenenfalls ist der Verwertungserlös Null) ist der BPL vom LN zu ersetzen. Dem LN steht es frei, der BPL unverzüglich nach Rückstellung Interessenten für einen derartigen Verkauf zu nennen (diesfalls ist ein über den Restwert hinausgehender Verkaufserlös zu 75 % dem LN gutzubringen; dies gilt jedoch nicht für den Fall des sale & lease back, bei dem eine Gutbringung zu Gunsten des LN nicht zu erfolgen hat). Darüber hinausgehende Rechte der BPL insbesondere bei Auflösung mit sofortiger Wirkung bzw Untergang, Verlust oder Totalschaden bleiben davon unberührt. (§ 6.2. - Klausel Nr 13 laut Klage)

12. Etwaige gegenwärtige oder künftige Steuern und Abgaben, die das LO, die Kalkulationsgrundlage des Leasingentgelts, das Leasingverhältnis bzw Sicherungsgeschäfte hiezu bzw Leasingentgelt, kalk. Restwert etc betreffen, trägt der LN, auch wenn sie der BPL - insbesondere auch nach Beendigung des Leasingvertrags - vorgeschrieben werden; allfällige diesbezügliche Steuer- bzw Abgabensenkungen sind zu Gunsten des LN zu berücksichtigen. (§ 7.1. - Klausel Nr 14 laut Klage)

13. Für Depot und Vorauszahlung werden keine Zinsen gutgeschrieben; die Berücksichtigung erfolgt durch

Kürzung der Kalkulationsbasis bzw bei Berechnung des Leasingentgelts. (§ 7.4. - Klausel Nr 15 laut Klage)

14. *Der LN ist einverstanden, dass Daten aus der Geschäftsverbindung entsprechend den Bestimmungen des DSG automationsunterstützt verarbeitet bzw übermittelt werden; diese dürfen gemäß gesonderter Erklärung (Selbstauskunft) an die ebendort genannten (insbesondere BAWAG/P.S.K. Konzern, Lieferanten, VERS, Kleinkreditevidenz und KSV 1870) zu den ebendort genannten Zwecken (insbesondere interne Abwicklung, Gläubigerschutz) weitergegeben werden; die Zustimmung kann nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen jederzeit widerrufen werden. (§ 7.9. - Klausel Nr 16 laut Klage).*

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, Punkt I. und II. des Urteilsspruchs binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, das heißt in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

III. Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 6.410,06 EUR (darin 718,01 EUR USt und 2.102 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein. Die beklagte Partei betreibt das Leasinggeschäft und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an. Dabei tritt sie in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend auch mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Sie verwendet dabei Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt.

Mit Schreiben vom 21. 3. 2007 beanstandete die klagende Partei 19 Klauseln der Allgemeinen Leasingbedingungen (ALB) der beklagten Partei in der damaligen (längstens bis 14. 6. 2007 verwendeten) Fassung als gesetz- bzw sittenwidrig und forderte die beklagte Partei auf, binnen bestimmter Frist eine vorformulierte „Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung“ abzugeben. Am 14. 6. 2007 gab die beklagte Partei gegenüber der klagenden Partei folgende Erklärung ab:

„I.

Das genannte Unternehmen verpflichtet sich gegenüber dem genannten Verband im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln gemäß angeschlossener 'Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung gemäß § 28 Abs 2 KSchG' (das ist die Beilage zum Abmahnungsschreiben des Verbandes vom 21. 3. 2007) oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln - soweit diese schon

geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässigerweise zugrundegelegt wurden - nicht zu berufen.

Zur Vermeidung etwaiger späterer Meinungsdivergenzen hält das Unternehmen zu den abgemahnten Klauseln in den Punkten 2 bis 8, 10 bis 13, 15 und 19 fest, dass sich diesbezüglich die Unterlassungserklärung nur auf die Verwendung von bzw Berufung auf die Klauseln in den Punkten 2 bis 8, 10 bis 13, 15 und 19 in der abgemahnten Formulierung (das heißt ohne die im Folgenden dargestellten Änderungen und Ergänzungen) und sinngleiche, nicht aber auch auf gesetzlich zulässige und daher nicht sinngleiche Klauseln bezieht.

Eine Verwendung von bzw Berufung auf die Klauseln in den Punkten 2 bis 8, 10 bis 13, 15 und 19 mit dem im Folgenden angeführten gesetzesgemäßen und daher nicht sinngleichen Inhalt soll dadurch nicht ausgeschlossen werden; gleiches gilt für Klausel in Punkt 16 erster Satz. Da die abgemahnten Vertragsbestimmungen hinsichtlich Punkt 15 und 19 überdies den Vertragsinhalt nicht vollständig bzw in seiner vollen grafischen Gestaltung wiedergeben, muss in gleicher Weise die Berufung auf den vollständigen Vertragsinhalt bzw dessen volle grafische Ausgestaltung ebenfalls vorbehalten bleiben.

Wir halten weiters fest, dass die mit Schreiben des Verbandes vom 21. 3. 2007 abgemahnten Vertragsbedingungen ausschließlich Finanzierungsleasingverträge betreffen. Dies ergibt sich bereits aus dem Inhalt der Vertragsbestimmungen selbst, wird jedoch künftig auch nochmals ausdrücklich auf dem Vertragsformular - insbesondere auch in der Überschrift der allgemeinen Bedingungen - klargestellt werden.

Die gegenständlichen Klauseln gemäß Anlage werden sohin (unter Berücksichtigung der vom Verband

gewährten Aufbrauchsfrist bis 31. 8. 2007) wie folgt geändert/ergänzt (bzw die zu 9, 14, 16, 17 und 18 angeführten Klauseln ersatzlos gestrichen):

[...]

II.

Das genannte Unternehmen verpflichtet sich für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Punkt I. eine Vertragsstrafe in Höhe von € 726 (i.W. siebenhundertsechszwanzig) pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an den genannten Verband zu bezahlen.

[...]“

Die **klagende Partei** beehrte mit ihrer am 29. 6. 2007 beim Erstgericht überreichten Klage, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der aus dem Spruch ersichtlichen 14 sowie zwei weiterer Klauseln, insgesamt somit von insgesamt 16 Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es ferner zu unterlassen, sich auf diese zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden seien. Sie beehrte weiters, sie zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteils auf Kosten der beklagten Partei in einer bundesweit erscheinenden Samstagausgabe der „Kronen-Zeitung“ zu ermächtigen.

Das Klagebegehren umfasst 14 jener Klauseln, hinsichtlich derer die beklagte Partei „Ersatzklauseln“ formulierte, sowie zwei weitere Klauseln (die Klauseln Nr 7 und 10 des Klagebegehrens), die nicht Gegenstand des Abmahnverfahrens gewesen sind. Die klagende Partei

begründete hinsichtlich jeder einzelnen Klausel, weshalb diese ihrer Auffassung nach gesetz- bzw sittenwidrig sei. Zur im gegenständlichen Rechtsmittelverfahren allein strittigen Wiederholungsgefahr brachte sie vor, die beklagte Partei sei der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung nicht ausreichend nachgekommen. Die beklagte Partei habe neue Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Inhalt ihrer Unterlassungserklärung gemacht, die nicht gesetzwidrig und daher nicht sinnleich sein sollten und die sie in Zukunft - ohne dass die klagende Partei die bedungene Vertragsstrafe fällig stellen könnte - zu verwenden beanspruche. Eine derart eingeschränkte Unterlassungserklärung beseitige nicht die Wiederholungsgefahr. Hiezu hätte es der vollständigen Unterwerfung unter den Anspruch der klagenden Partei bedurft. Auf die neuen Klauseln sei nicht einzugehen.

Die **beklagte Partei** bestritt die Wiederholungsgefahr, gestand jedoch die Rechtswidrigkeit der abgemahnten Klauseln zu, soweit sie diese durch neue Klauseln ersetzt und damit dem Rechtsstandpunkt der klagenden Partei ohnehin entsprochen habe (letzteres wurde durch Gegenüberstellung der beanstandeten Klauseln mit den jeweiligen Ersatzklauseln im Detail ausgeführt). Sie habe eine vollständige und unbedingte Unterlassungserklärung abgegeben. Die Wiederholungsgefahr sei jedenfalls insoweit weggefallen, als die zum Zweck der Vermeidung späterer Meinungsdivergenzen über die Reichweite der Unterlassungserklärung formulierten Ersatzklauseln zulässig und daher nicht sinnleich seien. Das Gericht müsse sich mit jeder einzelnen der neuen Klauseln inhaltlich auseinandersetzen, um zu prüfen, ob die Wiederholungsgefahr noch aufrecht sei. Dem Veröffentlichungsbegehren hielt die

beklagte Partei entgegen, dass die vom Klagebegehren umfassten Klauseln nicht mehr in Verwendung stünden und ein diesbezügliches Informationsbedürfnis der Verbraucher nicht bestehe. Im vorliegenden Rechtsstreit gehe es gar nicht darum, ob die beklagte Partei zur Unterlassung der Verwendung der bisherigen Klauseln verpflichtet sei. Prozessgegenstand sei vielmehr nur die Frage, ob und welche gesetzeskonformen Ersatzklauseln verwendet werden dürften und ob die Wiederholungsgefahr weggefallen sei.

Das **Erstgericht** wies mit Teilurteil das Unterlassungsbegehren der klagenden Partei hinsichtlich der (dort abweichend von der Abmahnung so nummerierten) Klauseln 1 bis 6, 8, 9 und 11 bis 16 ab. Dabei ging es vom eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt aus und erörterte rechtlich, dass die Wiederholungsgefahr infolge der unbedingten und strafbewehrten Unterlassungserklärung der beklagten Partei weggefallen sei. Deren Äußerungen zu den Ersatzklauseln seien bloße (möglicherweise falsche) Wissenserkklärungen über die fehlende Sinnlichkeit dieser Klauseln und nicht geeignet, den Erklärungsinhalt der abgegebenen Unterlassungserklärung zu schmälern, zu bedingen oder sonst zu beeinträchtigen.

Das von der klagenden Partei angerufene **Berufungsgericht** hob das erstinstanzliche Teilurteil auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Es sprach ferner aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zulässig sei.

Das **Berufungsgericht** führte aus, die Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG erfordere eine vollständige und vorbehaltlose Unterwerfung unter den geltend gemachten Anspruch und dürfe keine Bedingungen

oder Einschränkungen enthalten. Diesem Grundsatz werde die Unterlassungserklärung der beklagten Partei nicht gerecht. Diese habe sich zwar demonstrativ dazu verpflichtet, die Verwendung der abgemahnten und sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Dies werde aber durch die nachfolgende Erklärung, dass die Verwendung der im Folgenden angeführten, gesetzmäßigen und daher nicht sinngleichen Klauseln nicht ausgeschlossen werden solle, „konterkariert“. Die gewählte Formulierung stelle eine Einschränkung der Unterlassungserklärung dar, sodass von einer vorbehaltlosen Anerkennung des gegnerischen Anspruchs nicht auszugehen sei. Die beklagte Partei habe eine den Erfordernissen des § 28 Abs 2 KSchG genügende Unterlassungserklärung nicht abgegeben, auf den Inhalt der geänderten Klauseln komme es nicht an. Dies führe zur Aufhebung des erstinstanzlichen Teilurteils. Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht in die inhaltliche Prüfung der klagsgegenständlichen Vertragsklauseln einzutreten haben.

Den Ausspruch über die Zulässigkeit des Rekurses begründete das Berufungsgericht damit, dass sich der Oberste Gerichtshof mit einer Unterlassungserklärung, wie sie hier vorliege, bisher noch nicht befasst habe. Es stelle sich auch die Frage, ob bei der Beurteilung einer derartigen Unterlassungserklärung die inhaltliche Prüfung der geänderten Klauseln vorzunehmen sei.

Gegen den zweitinstanzlichen Aufhebungsbeschluss richten sich die **Rekurse beider Parteien**. Während die klagende Partei die Entscheidung in der Sache selbst im Sinne der Stattgebung des vom Teilurteil des Erstgerichts umfassten Klagebegehrens beantragt, strebt die beklagte Partei die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung an. Hilfsweise stellt die

klagende Partei den Antrag, die Rechtssache an das Berufungsgericht zur Entscheidung in der Sache selbst zurückzuverweisen. Die beklagte Partei begehrt in ihrem Eventualantrag die Überbindung der Rechtsansicht an das Erstgericht, dass die Wiederholungsgefahr bei Gesetzeskonformität der in der Unterlassungserklärung angeführten Ersatzklauseln (dies sei als Vorfrage zu prüfen) weggefallen sei.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rechtsmittel der beklagten Partei nicht Folge zu geben. Die beklagte Partei beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, den Rekurs der klagenden Partei zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Die Rekurse sind aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig. Soweit die Ausführungen *Zechners* (in *Fasching/Konecny*² IV/1 Rz 64 f) und *E. Kodeks* (in *Rechberger*, ZPO³ § 519 Rz 20) dahin zu verstehen sein sollten, dass der Rekurs gegen zweitinstanzliche Beschlüsse, mit denen ein Teilurteil aufgehoben wurde, ungeachtet des Ausspruchs über die Zulässigkeit des Rekurses ganz allgemein, also auch in einem Fall wie dem hier zu beurteilenden absolut unzulässig sein soll, vermag sich der erkennende Senat dieser Auffassung nicht anzuschließen.

Beide Rekurse sind auch berechtigt, was für die beklagte Partei allerdings zu einer (zulässigen) *reformatio in peius* führt (*E. Kodek* in *Rechberger*, ZPO³ § 519 Rz 24).

Die **klagende Partei** teilt die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, wonach die Unterlassungserklärung der beklagten Partei infolge Beifügung von Ersatzklauseln zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht ausreichend sei. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass die vom klagenden Verein nach § 28 Abs 2 KSchG abgemahnten

Unternehmen stets neue Klauseln mit dem Hinweis auf deren Zulässigkeit oder fehlende Sinnlichkeit vorlegen könnten und die klagende Partei, um eine Klagsabweisung zu vermeiden, die neu vorgelegten Bedingungen immer wieder auf ihre Zulässigkeit überprüfen müsste. Auf den Inhalt der Ersatzklauseln könne es daher nicht ankommen. Da die entscheidungswesentlichen Tatsachen unstrittig seien, bedürfe es jedoch keiner Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz; sie sei vielmehr im Sinne der Klagsstattgebung spruchreif. Auch das Veröffentlichungsbegehren sei berechtigt. Insbesondere jene Vertragspartner der beklagten Partei, deren Verträge noch die alten (klagsgegenständlichen) Bedingungen zugrundelägen, hätten ein erhöhtes Interesse an der Information über das an die beklagte Partei gerichtete Verbot, sich auf bestimmte Klauseln zu berufen.

Die **beklagte Partei** vertritt weiterhin den Standpunkt, sie habe eine vollständige und vorbehaltlose Unterlassungserklärung abgegeben, wenn auch mit einer zulässigen Klarstellung und Auslegungshilfe versehen. Es könne keinen Unterschied machen, ob sie zum Zweck der Vermeidung allfälliger späterer Meinungsdivergenzen über die Reichweite der vertraglichen Unterlassungserklärung konkrete Ersatzklauseln im Vorhinein formuliere und der klagenden Partei mitteile, oder ob sie diese Klauseln - ohne Anführung in der Unterlassungserklärung - später tatsächlich verwende. Das Bedürfnis der beklagten Partei nach einer frühzeitigen Klarstellung sei auch gerechtfertigt: Trage sie doch nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bei Unklarheiten in der Auslegung der neuen Bedingungen das Risiko, zu einer Unzahl von Vertragsstrafen verurteilt zu werden. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es die klagende Partei in ihrem

Abmahnschreiben unterlassen habe, den Begriff der Sinngleichheit der Klauseln näher zu definieren. Schließlich entspreche es den Intentionen der einschlägigen Bestimmungen des KSchG, Unternehmen zu zwingen, gesetzwidrige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Massengeschäften so schnell wie möglich durch gesetzeskonforme Klauseln zu ersetzen. Die beklagte Partei habe sich dementsprechend verhalten. Es ergebe sich somit grundsätzlich die Notwendigkeit zu prüfen, ob die angeführten Ersatzklauseln gesetzeskonform und damit nicht sinngleich seien. Da die klagende Partei die Gesetzwidrigkeit der Ersatzklauseln aber gar nicht behauptet und deren Gesetzmäßigkeit somit indirekt zugestanden habe, sei das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Hiezu wurde erwogen:

I. Zum Unterlassungsbegehren:

1. Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche 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.

Abs 2 dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-Novelle BGBl 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 (Erläut RV 311 BlgNR XX. GP 32). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (*Kühnberg*, Das Abmahnverfahren im KSchG, *ecolex* 2004, 359; *Kathrein* in *KBB*² § 28 KSchG Rz 7).

2. Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; RIS-Justiz RS0111637). Die Unterlassungserklärung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleiche Klauseln erfassen (RIS-Justiz RS0111638, RS0111640) und es dürfen weder Einschränkungen noch Bedingungen angeführt sein (vgl 5 Ob 227/98p; 8 Ob 17/00h). Zwar sieht die Bestimmung des § 28 Abs 2 KSchG nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen könne. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung

zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung tritt daher nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht (vgl 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x; je mwN).

3. Der Oberste Gerichtshof hat schon mehrfach betont, dass 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, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen kann (vgl 4 Ob 98/04x; 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x).

In der Entscheidung 6 Ob 572/87 wurde der Wegfall der Wiederholungsgefahr hingegen unter der Voraussetzung bejaht, dass nach den konkreten Umständen bei vernünftiger Beurteilung die Annahme gerechtfertigt sei, der Unternehmer werde in Hinkunft anstelle der alten nur noch die neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen verwenden. Die Wiederholungsgefahr falle dann insoweit weg, als nicht (auch) die neuen Bedingungen Bestimmungen enthielten, die von der titelmäßigen Verpflichtung zur Unterlassung umfasst wären (so auch der unter RIS-Justiz RS0037730 veröffentlichte Rechtssatz). Ausgehend von dieser Rechtsansicht erachtete es der Oberste Gerichtshof daher für geboten, die alten und die neuen Bedingungen einander gegenüberzustellen und auch die neuen Bedingungen einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.

Nach der aktuellen Rechtslage können diese Grundsätze aber nur noch in jenen Fällen von Bedeutung sein,

in denen eine vorprozessuale Abmahnung unterblieben ist. Im Übrigen, also bei Durchführung eines Abmahnverfahrens, sind sie im Hinblick auf die mittlerweileige Einführung des § 28 Abs 2 KSchG überholt (so bereits 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x). Die von Teilen der Lehre vertretene gegenteilige Auffassung (vgl *Apathy* in *Schwimann*, ABGB³ V § 30 KSchG Rz 6; ähnlich *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 28 KSchG Rz 3) wurde vom Obersten Gerichtshof mit dem Hinweis auf den Normzweck des § 28 KSchG bereits ausdrücklich abgelehnt (4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x). Das bedeutet, dass der Unternehmer, will er die Wiederholungsfahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben muss. Daran hält auch der erkennende Senat fest.

4. Der Oberste Gerichtshof war auch schon mit Fällen befasst, in denen der Unternehmer auf die Abmahnung zwar durch Abgabe von Unterlassungserklärungen reagierte, diese aber mit einer Änderung der beanstandeten Klauseln verband:

4.1 Gemäß dem in der Entscheidung 4 Ob 227/06w wiedergegebenen Sachverhalt hatte der Unternehmer strafbewehrte Unterlassungserklärungen abgegeben, jedoch - wie auch hier die beklagte Partei - gleichzeitig geänderte Fassungen einiger Klauseln mit der Behauptung angeführt, dass diese mangels Sinnlichkeit zulässig seien. Im damaligen Verbandsprozess wurden allerdings mit einer Ausnahme die geänderten Klauseln bekämpft. Zu jener (einzigen) Klausel, die in ihrer ursprünglichen Fassung Gegenstand des Unterlassungsbegehrens war, hatte die beklagte Partei in der Unterlassungserklärung ausgeführt, dass der erste Satz (nicht

aber auch der weitere Text) der Klausel nicht sinngleich und daher zulässig sei.

Der vierte Senat bejahte hinsichtlich dieser Klausel die Wiederholungsgefahr mit der Begründung, dass von einer uneingeschränkten Unterwerfung unter den Anspruch der klagenden Partei keine Rede sein könne; vielmehr bleibe unklar, was die beklagte Partei unter „sinngleichen“ Klauseln verstehe. Sie habe daher keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben.

4.2 In der Entscheidung 8 Ob 110/08x war die mit der Vorlage einer Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbundene „vorbehaltlose Erklärung“ des Unternehmers zu beurteilen, wonach „bei bestehenden Verträgen und bei den während der Aufbrauchsfrist geschlossenen Verträgen ausschließlich im Sinne der neuen allgemeinen Vertragsbedingungen vorgegangen wird, und dass nach Ablauf der Aufbrauchsfrist allen neuen Verträgen die Allgemeinen Vertragsbedingungen in der ihnen nunmehr vorliegenden Fassung zugrundegelegt werden“. Dazu verpflichtete sich die beklagte Partei „für jeden Fall des Zuwiderhandelns gegen die vorstehende Erklärung“, eine bestimmte Vertragsstrafe zu bezahlen.

Auch in diesem Fall verneinte der Oberste Gerichtshof den Wegfall der Wiederholungsgefahr. In der inhaltlichen Änderung der Klauseln, die eine neuerliche umfassende rechtliche Prüfung erforderlich machen würde, bestehe nicht die von der Judikatur stets streng geforderte ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen durch die beklagte Partei. Die von dieser abgegebene Erklärung, in Hinkunft nur noch nach den neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen vorzugehen, stelle keine

einer unbedingten unvollständigen Unterwerfungserklärung gleichwertige Handlung dar.

5. Vor dem Hintergrund der erörterten Rechtsprechung fehlt es auch der im vorliegenden Fall abgegebenen Unterlassungserklärung an der Eignung, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Zwar hat die beklagte Partei - wie jene in 4 Ob 227/06w - die gewünschte Unterlassungserklärung abgegeben, gleichzeitig jedoch festgehalten, dass diese sich nicht auf die ihrer Meinung nach zulässigen Ersatzklauseln beziehe. Unabhängig davon, ob diese nun „sinngleich“ im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln sind, liegt darin eine Einschränkung der Unterlassungserklärung. Die Vorgangsweise der beklagten Partei widerspricht dem Zweck des § 28 Abs 2 KSchG, der - wie erörtert - auf eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit und die Schaffung von Rechtssicherheit für beide Seiten ausgerichtet ist. Die mit der Unterlassungserklärung verbundene Formulierung von Ersatzklauseln bewirkt das genaue Gegenteil, müsste doch die nach § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung - und bei deren Weigerung bzw unterschiedlicher Auslegung in der Folge das Gericht - zunächst das neue, möglicherweise mit zusätzlichen Eventualformulierungen versehene Klauselwerk daraufhin überprüfen, ob es denselben verpönten Regelungszweck wie die ursprünglichen Klauseln zum Inhalt hat, ehe das Vorliegen der Wiederholungsgefahr beurteilt werden kann. Dies liefere, wie die klagende Partei in ihrer Rekursbeantwortung zutreffend bemerkt, auf ein gesetzlich nicht vorgesehenes „Genehmigungssystem“ hinaus. Es bleibt aber weiterhin ausschließlich die Sache des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, für deren gesetzmäßigen

Inhalt zu sorgen (vgl. *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ II/4 §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15 aE).

Daraus ergibt sich zusammengefasst:

Fügt der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerkten bei, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen, liegt keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Die Wiederholungsgefahr wird nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, kommt es hierbei nicht an.

6. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts stimmt mit dem erzielten Ergebnis überein. Entgegen seiner Auffassung ist die Sache damit im Umfang des erstinstanzlichen Teilurteils aber bereits spruchreif. Der einzigen noch strittigen Tatfrage, ob der beklagten Partei eine Aufbrauchsfrist bis 31. 8. 2007 zugestanden wurde, kommt keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu.

Auch einer Prüfung der vom Klagebegehren umfassten Klauseln auf ihre Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit (die im Streitfall vom Berufungsgericht selbst vorzunehmen gewesen wäre) bedarf es nicht, hat doch die beklagte Partei in ihrer Klagebeantwortung die Rechtswidrigkeit dieser Klauseln vorweg ausdrücklich zugestanden und dieses Zugeständnis bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz nicht widerrufen. Es kann daher im Umfang des erstinstanzlichen Teilurteils in der Sache selbst dahin entschieden werden, dass dem Unterlassungsbegehren stattgegeben wird.

II. Zum Veröffentlichungsbegehren:

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte 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 bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw 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 (vgl 10 Ob 47/08x mwN; vgl auch RIS-Justiz RS0121963). Dies gilt insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher, deren Verträgen mit der beklagten Partei noch die klagsgegenständlichen Klauseln zugrunde gelegt worden sind.

Bei ihrem Hinweis, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits geändert zu haben, lässt die beklagte Partei überdies unberücksichtigt, dass aufgrund der Unzulänglichkeit ihrer Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KSchG die Gefahr künftigen rechtswidrigen Verhaltens (die Wiederholungsgefahr) weiterhin gegeben ist. Dabei reicht die Gefahr auch bloß ähnlicher Rechtsverletzungen (durch Verwendung sinngleicher Klauseln) aus, weshalb insoweit auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht (2 Ob 142/06f mwN; 10 Ob 47/08x). Die Änderung der inkriminierten Klauseln ist daher nicht geeignet, das Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die seinerzeitige Verwendung der gesetzwidrigen Vertragsbestandteile zu erfüllen. Auch das Veröffentlichungsbegehren erweist sich somit als berechtigt.

III. Kosten:

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO, weil über einen Teil des Klagebegehrens endgültig entschieden wurde (1 Ob 611/95; 2 Ob 233/08s; RIS-Justiz RS0035972). Die Kostenbemessungsgrundlage beträgt in zweiter und dritter Instanz richtig 22.750 EUR (das Teilurteil umfasst 14 von 16 und nicht - wie versehentlich angenommen - 16 von 18 Klauseln), woraus sich aber keine Änderung an der Berechtigung der verzeichneten Kosten ergibt.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 3. September 2009.

Dr. B a u m a n n

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



Muhauer

Die Untersuchung über die Kosten der
 Konsumverleumdung ist auf die 10. 10. 1901
 über einen Teil der 10. 10. 1901
 wurde die 10. 10. 1901
 die Konsumverleumdung ist auf die 10. 10. 1901
 dieser Betrag beträgt 10. 10. 1901
 von 10 und 10. 10. 1901
 10. 10. 1901

Die Untersuchung über die Kosten der
 Konsumverleumdung ist auf die 10. 10. 1901
 wurde die 10. 10. 1901
 die Konsumverleumdung ist auf die 10. 10. 1901
 dieser Betrag beträgt 10. 10. 1901
 von 10 und 10. 10. 1901
 10. 10. 1901

108 11308

108 11308