



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 52/06h

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien
eingel. ar. - 2. Juni 2006
.....fach, i
.....Akten
.....Hauptschriften

10

Teilurteil

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr.Pimmer als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Brenn und Mag.Schaller in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Dr.Michael Ambrosch, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **BUWOG Bauen und Wohnen GmbH**, Hietzinger Kai 131, 1130 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,--), über die Berufungen sowohl der klagenden Partei als auch der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 3.1.2006, 18 Cg 130/05i-4 (Berufungsinteresse EUR 8.666,68 und EUR 13.000,--), in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht** Folge gegeben. Hingegen wird der Berufung der klagenden Partei **teilweise** Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, das in seinen Pkt II

lit i und k des Spruchs als unangefochten unberührt bleibt, wird in den Pkt I lit a, b, e, g, h und j, in Pkt III sowie in Pkt II lit c des Spruchs als Teilurteil bestätigt und in den Pkt II lit d und f dahingehend abgeändert, dass die beklagte Partei auch schuldig ist, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Vertragsformblättern sowie in allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verwendung folgender Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen:

"d) Durch die Einverständniserklärung zu einem Änderungswunsch übernimmt die BUWOG keinerlei Haftung oder Verpflichtung.

f) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, ist davon die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht betroffen."

Im Übrigen, und zwar in Pkt II lit l des Spruchs sowie in der Kostenentscheidung, wird das angefochtene Urteil **aufgehoben** und die Rechtssache in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind, soweit sie sich auf die Berufung der klagenden Partei beziehen, weitere Verfahrenskosten.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 833,28 (darin enthalten EUR 138,88 USt) bestimmten Kosten ihrer Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt

auch hinsichtlich des Teilurteils EUR 20.000,--.

Hinsichtlich des Teilurteils ist die ordentliche Revision nicht zulässig.

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

Beim Kläger handelt es sich um einen Verein zur Wahrung von Verbraucherinteressen, der gemäß § 29 Abs 1 KSchG zur Verbandsklage berechtigt ist. Der Unternehmensgegenstand der Beklagten (FN 123812b HG Wien) besteht vor allem in der Errichtung und Verwaltung von Wohnbauten sowie in der Vermietung der Wohnungen an Privatpersonen. Zu diesem Zweck tritt die Beklagte im gesamten Bundesgebiet mit Verbrauchern im Sinn des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt als Bestandgeberin mit diesen Bestandverträge auch nach dem MRG und WGG. Dabei verwendet die Beklagte im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Vertragsformblättern und in allgemeinen Geschäftsbedingungen diverse Vertragsklauseln. Mit Schreiben vom 12.11.2004 wurde die Beklagte vom Kläger aufgefordert, in Bezug auf 31 angeführte Klauseln eine durch Vertragsstrafenvereinbarung gesicherte Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Mit Schreiben vom 14.6.2005 gab die Beklagte ua bekannt, hinsichtlich welcher Klauseln sie zur Abgabe einer Unterlassungserklärung bzw zu deren Änderung bereit sei. Am 28.6.2005 unterfertigte die Beklagte eine Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafenvereinbarung. In Ansehung der Klauseln zu lit h, i,

j, k und l des Spruchs des angefochtenen Urteils verpflichtete sich die Beklagte jeweils partiell (in Bezug auf bestimmte Textstellen oder hinsichtlich des Anwendungsbereichs) zur Unterlassung. Die übrigen Vertragsklauseln, die den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden, sind von der Unterlassungserklärung der Beklagten nicht betroffen.

Mit der am 13.9.2005 eingelangten Klage beehrte der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Vertragsformblättern sowie in allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verwendung von insgesamt 12 Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Zudem beantragte der Kläger die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen drei Monaten nach Rechtskraft auf Kosten der Beklagten in der Zeitung "Neue Kronenzeitung" mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und Fettdruckumrandung.

Allgemein brachte der Kläger im Wesentlichen vor, dass die Beklagte in Vertragsformularen bzw allgemeinen Geschäftsbedingungen die beanstandeten gesetz- bzw sittenwidrigen Bestimmungen verwende. Die Beklagte sei vom Kläger abgemahnt worden. Hinsichtlich eines Teiles der inkriminierten Bestimmungen habe sich die Beklagte nur teilweise unterworfen. In Bezug auf die übrigen Klauseln habe sie die Abgabe einer

Unterlassungserklärung abgelehnt.

Die Beklagte entgegnete, dass sie zu einzelnen Klauseln eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Die im Klagebegehren am Ende angeführte Klausel 18 (lit 1) werde in dieser Formulierung nicht verwendet. Der im Klagsvorbringen angeführte Text weiche davon ab. Zu dieser Klausel habe sie eine Unterlassungserklärung mit bestimmten Einschränkungen, die sie näher begründet habe, abgegeben.

Das konkrete Vorbringen der Parteien zu den einzelnen Klauseln, das weitestgehend mit ihren Ausführungen in den Rechtsmittelschriften korrespondiert, wird jeweils im Rahmen der Behandlung der Rechtsrügen dargestellt.

Mit der angefochtenen Entscheidung gab das Erstgericht dem Klagebegehren in Ansehung der Klauseln zu lit a (Klausel 2), b (Klausel 5), e (Klausel 21), g (Klausel 30), h (Klausel 13) und j (Klausel 23) statt (Pkt I des Spruchs) und wies das Mehrbegehren, nämlich zu den Klauseln zu lit c (Klausel 11), d (Klausel 12), f (Klausel 29), i (Klausel 19), k (Klausel 24) und l (Klausel 18) ab (Pkt II des Spruchs). Zusätzlich zum unstrittigen Sachverhalt (ON 4, Seiten 6 und 7) traf das Erstgericht dazu die in ON 4, Seiten 21 und 22, angeführten Feststellungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird und die eingangs in ihrem wesentlichen Teil wiedergegeben sind. Zudem führte das Erstgericht die einzelnen inkriminierten Klauseln

jeweils im Volltext an. Die rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts werden der besseren Übersicht halber im Rahmen der Behandlung der Rechtsrügen bei den einzelnen Klauseln dargestellt.

Zur Wiederholungsgefahr führte das Erstgericht aus, dass nach § 28 Abs 2 KSchG die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung der inkriminierten Bedingungen nicht mehr bestehe, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klagslegitimierte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgebe. Soweit die Beklagte die Abgabe einer Unterlassungserklärung abgelehnt habe, sei Wiederholungsgefahr gegeben. Dies gelte auch hinsichtlich jener Klauseln, zu denen nur eine teilweise Unterwerfung der Beklagten vorliege. Die Wiederholungsgefahr könne nämlich nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung beseitigt werden. Der Unterlassungserklärung beigefügte Bedingungen oder Einschränkungen könnten hingegen nicht zur Verneinung des Vorliegens von Wiederholungsgefahr führen. Zum Interesse des Klägers an der Urteilsveröffentlichung im klagsstattgebenden Teil führte das Erstgericht aus, dass der obsiegenden Partei gemäß § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung zu erteilen sei, wenn ein berechtigtes Interesse daran bestehe. Im vorliegenden Fall liege das berechtigete Interesse

darin, die Verwendung der unzulässigen Klauseln aufzudecken und insbesondere die beteiligten Verkehrskreise darüber zu informieren.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Berufungen sowohl des Klägers als auch der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Der Kläger bekämpft die Abweisung des Klagebegehrens zu den Klauseln zu lit c, d, f und l und beantragt, das angefochtene Urteil in der Weise abzuändern, dass dem Klagebegehren auch in Bezug auf diese Klauseln stattgegeben werde. Zur Klausel zu lit l macht der Kläger auch einen sekundären Feststellungsmangel geltend. Die Abweisung des Klagebegehrens zu den Klauseln zu lit i und k lässt der Kläger unbekämpft.

Die Beklagte bekämpft die angefochtene Entscheidung in ihrem klagsstattgebenden Teil (Klauseln zu lit a, b, e, g, h und j) mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in der Weise abzuändern, dass die Klage in allen Punkten abgewiesen werde. Zum Veröffentlichungsbegehren beruft sich die Beklagte auch auf einen sekundären Feststellungsmangel.

Mit ihren Berufungsbeantwortungen beantragen die Parteien, der Berufung jeweils der Gegenseite den Erfolg zu versagen.

Die Berufung des Klägers ist teilweise, nämlich in Bezug auf die Klauseln zu lit d (Klausel 12), lit f (Klausel 29) und zu lit l (Klausel 18; hier im Sinn eines im Abänderungsantrag enthaltenen

Aufhebungsantrags) berechtigt. Die Berufung der Beklagten ist hingegen nicht berechtigt.

Vorweg ist allgemein darauf hinzuweisen, dass - wie das Erstgericht zutreffend ausführt - allgemein Vertragsbestimmungen nach der ständigen Rechtsprechung unter Beschränkung auf ihren Wortlaut so zu verstehen sind, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis erschließen (RIS-Justiz RS0008901; vgl auch RS0050063). Zudem ist im Verbandsprozess die Auslegung der beanstandeten Klauseln im verbraucherfeindlichsten Sinn vorzunehmen (SZ 70/174; SZ 71/150; 4 Ob 28/01y; 4 Ob 179/02f; Apathy in Schwimann, ABGB² Rz 10 zu § 30 KSchG mwN). Darüber hinaus kann im Verbandsprozess nach § 28 KSchG auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel keine Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion in diesem Verfahren nicht möglich ist (SZ 71/150; 4 Ob 179/02f; RIS-Justiz RS0038205).

A) Zur Berufung des Klägers:

Zu Klausel 11 (lit c):

Sollten bei Neubauprojekten gegenüber der angebotenen Planung Änderungswünsche vorliegen, gilt Folgendes: Der Änderungswunsch ist nach Kenntnisnahme und Einverständniserklärung durch die BUWOG direkt an das mit der Errichtung der Wohnhausanlage beauftragte Unternehmen weiterzuleiten und ausschließlich dieses im

Namen und auf Rechnung des Mieters mit der Durchführung zu beauftragen, ohne dass von der BUWOG jegliche Gewähr für die im Rahmen der Sonderwünsche erbrachten Leistungen übernommen wird.

Der Kläger vertritt die Ansicht, dass diese Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen § 9 KSchG verstoße. Bei Änderungswünschen werde der Mieter verpflichtet, nur mit dem vom Bauträger ausgesuchten Unternehmen zu kontrahieren. Demgegenüber könnte der Mieter auch die Möglichkeit haben, Sonderwünsche kostengünstiger und in besserer Qualität zu beauftragen. Durch die inkriminierte Klausel werde ihm wirtschaftlich ein nachteiliger Vertragspartner aufgezungen. Gemäß § 9 MRG habe der Mieter Anspruch auf Durchsetzung bestimmter Arbeiten; dieser Anspruch werde mit der Klausel umgangen. Außerdem würden Leistungen auf einen Subunternehmer übertragen, ohne dass die Mieter Einfluss auf die Vertragsgestaltung hätten. In diesem Zusammenhang würden die Gewährleistungsbestimmungen zu Lasten des Mieters umgangen. Insgesamt versuche die Beklagte, Haftungs- und Gewährleistungsansprüche auf unzulässige Weise auszuschließen. Sei der von der Beklagten beauftragte Professionist mit dieser wirtschaftlich verflochten, so könnten gesetzliche Gewährleistungsansprüche umgangen werden. Darüber hinaus könnte die Beklagte eine Haftung für Auswahlverschulden treffen.

Die Beklagte entgegnet dazu, dass die Klausel nur

bei Neubauprojekten zur Anwendung gelange. Die Änderungen, die dem Mieter ermöglicht würden, würden die Errichtungsphase vor der Übernahme des Mietgegenstands betreffen. Zu Gunsten des Mieters werde die Möglichkeit vorgesehen, von einem geplanten Zuschnitt oder der vorgesehenen Erstausrüstung abzugehen. Ein derartiges Recht stünde dem Mieter nach objektiver Rechtslage nicht zu. Die Einschränkung der Option auf die Inanspruchnahme der von der Beklagten beauftragten Professionisten sei sachlich gerechtfertigt. In diesem Sinn sei bei der Abwicklung der Leistungen eine Koordination unter den Professionisten erforderlich. Zudem müsse die Einhaltung der geforderten Qualität sichergestellt sein, zumal die Beklagte den ordnungsgemäßen und brauchbaren Zustand des Mietgegenstands herzustellen habe. Bei der Beauftragung von Fremdprofessionisten würde die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch den Bauherrn erschwert. § 9 MRG beziehe sich lediglich auf ein laufendes Mietverhältnis und werde nicht eingeschränkt.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als zulässig. Ein Verstoß gegen § 9 KSchG liege nicht vor, weil zwischen dem Mieter und dem Professionisten in Bezug auf die Änderungswünsche ein selbständiges Vertragsverhältnis begründet werde. Auch eine gröbliche Benachteiligung des Mieters sei nicht gegeben, weil der Bauträger den künftigen Mietern nicht die Möglichkeit einräumen müsse, Änderungen vorzunehmen. Die Bindung an

die vom Bauträger beauftragten Professionisten sei auch gerechtfertigt, weil nur auf diese Weise die Koordination der unterschiedlichen Tätigkeiten auf der Baustelle sichergestellt werden könne.

1.1 Die beanstandete Klausel gilt nur für Neubauprojekte. Dem Mieter wird bereits im Planungsstadium die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Änderungswünschen (in Bezug auf die Bauausführung oder die Ausstattung) eingeräumt. Nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien erfolgt bei einem durch die Beklagte genehmigten Änderungswunsch die direkte Beauftragung des jeweiligen bei der Objekterrichtung tätigen Professionisten im Namen und auf Rechnung des Mieters. Die Beklagte übernimmt keine Gewähr für die im Rahmen der Sonderwünsche erbrachten Leistungen.

Die Regelung bezieht sich auf Sonderwünsche, die von den übrigen, seitens des Bauherrn beauftragten Errichtungsarbeiten zu unterscheiden sind. Mit dem letzten Halbsatz der Klausel wird ausgedrückt, dass die Beklagte für die Ausführung der direkt beauftragten Sonderwünsche keine Gewährleistung trifft.

1.2 Die Bestimmung unterscheidet zwischen der Beklagten und dem (jeweils) beauftragten Unternehmen. Der Vertrag zur Ausführung der Sonderwünsche wird nicht mit der Beklagten, sondern mit einem gesonderten Rechtsträger abgeschlossen. Aus diesem Grund trifft die Beklagte keine Gewährleistungsansprüche aus einem solchen direkten Professionisten-Vertrag. Dies gilt

auch dann, wenn ein Professionist mit der Beklagten "wirtschaftlich verflochten" sein sollte, weil sich auch in diesem Fall die Gewährleistungsansprüche nur gegen den Vertragspartner richten. Welche gesetzlichen Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen oder umgangen werden sollen, vermag der Kläger nicht aufzuzeigen.

1.3 Der Begriff "Gewähr" bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Bieten von Sicherheit. Im gegebenen Kontext wird mit diesem Ausdruck jedoch auf die Gewährleistung nach §§ 922 ff bzw § 1167 ABGB Bezug genommen. Mit der Wendung "es wird keine Gewähr übernommen" wird im Kontext mit durchzuführenden Werkleistungen auch nicht eine Haftung für jegliche Schadenersatzansprüche ausgeschlossen. Vielmehr folgt aus der Regelung, dass gegen die Beklagte aus der Ausführung von Sonderwünschen keine Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können. Dies entspricht der Vertrags- und Rechtslage. Diese Beurteilung gilt auch für Mangelschäden (die seit der Entscheidung des OGH zu 1 Ob 536/90 = JBl 1990, 648 anerkannte Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz wurde nunmehr in § 933a ausdrücklich normiert und systemkonform vom Vorliegen eines Verschuldens abhängig gemacht) und für Mangelfolgeschäden.

Entgegen der Ansicht des Klägers bezieht sich die beanstandete Klausel aber nicht auf sonstige (allenfalls berechnete) Schadenersatzansprüche, die der Kläger im Zusammenhang mit einem Auswahlverschulden in

Bezug auf die Professionisten für möglich hält. Ein Versuch, die Haftung der Beklagten in unsachlicher Weise zu beschränken, kann in der Klausel somit nicht erblickt werden.

1.4 Nach § 9 Abs 1 KSchG können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Diese Bestimmung bezieht sich typisch auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Gewährleistungsgläubiger und dem Gewährleistungsschuldner, also zwischen den Vertragspartnern. Da die Beklagte hinsichtlich der Ausführung von Sonderwünschen nicht Gewährleistungsschuldnerin ist, wird sie von der genannten Schutznorm auch nicht erfasst. Für Leistungen, die nicht geschuldet werden, ist keine Gewähr zu leisten (Krejci in Rummel, ABGB II/4³ Rz 5 zu § 9 KSchG). Es liegt auch nicht der Fall einer Überbindung der Gewährleistungspflicht auf einen Dritten vor, weil dies voraussetzen würde, dass die Beklagte Schuldnerin der Leistungen zur Ausführung der Sonderwünsche ist. Die vom Mieter direkt beauftragten Professionisten sind in Bezug auf die Sonderwünsche auch nicht etwa Subunternehmer der Beklagten.

1.5 Nach ständiger Rechtsprechung ist eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, gemäß § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls dann nichtig, wenn sie unter

Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Bei der in einem beweglichen System vorzunehmenden Angemessenheitskontrolle ist objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Für diesen Zeitpunkt ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessensprüfung vorzunehmen. Dabei ist einerseits auf den Grund, das Ausmaß und die sachliche Rechtfertigung der Abweichung vom dispositiven Recht als dem gesetzlich vorgesehenen Interessensausgleich und andererseits auf das Ausmaß der "verdünnten Willensfreiheit" des Vertragspartners abzustellen (Krejci in Rummel, ABGB I³ Rz 240 und 245 zu § 879 ABGB). Eine grobe Benachteiligung wird um so eher anzunehmen sein, je weniger Einfluss der durch eine Abweichung vom dispositiven Recht benachteiligte Vertragspartner auf die vertragliche Gestaltung hatte. Eine gröbliche Benachteiligung ist nach diesen Grundsätzen vor allem dann zu bejahen, wenn die sachliche Rechtfertigung für die zu Lasten eines Vertragspartners vorgenommenen Abweichungen vom dispositiven Recht fehlt oder diese Abweichung zu einem auffallenden Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen führt (stRspr; 10 Ob 54/04w; 4 Ob 112/04f je mwN).

1.6 Wie erwähnt, sind von der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB allgemeine Vertragsbestimmungen dann ausgenommen, wenn sie eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen. In Anlehnung an Krejci (in

Rummel, ABGB I³ Rz 238 zu § 879 ABGB) wird die Ansicht vertreten, dass Hauptleistungspflichten eng zu verstehen seien und darunter nur Hauptpunkte (im Sinn des § 885 ABGB) fielen, die die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen würden, also Bestimmungen, die die Parteien vereinbaren müssten, damit ein hinreichend bestimmter Vertrag zustande komme (vgl 4 Ob 112/04f). Zu den Hauptpunkten des Vertrags im dargestellten Sinn zählt die Festlegung des Hauptleistungsversprechens, also von Leistung und Gegenleistung. Dazu gehört typischerweise das zu zahlende Entgelt für die eigentliche Hauptleistung, nicht aber etwa für Neben- und Sonderleistungen (vgl Krejci in Rummel, ABGB II/4³ Rz 80 zu § 6 KSchG). Im Grundsatz ergibt sich, dass eine Leistungsbeschreibung, die Art, Umfang bzw Höhe und Güte der geschuldeten Hauptleistung sowie das dafür zu zahlende Entgelt festlegt, der Inhaltskontrolle entzogen ist (vgl 4 Ob 112/04f).

1.7 Die zu beurteilende Vertragsbestimmung betrifft zum einen Sekundäransprüche und zum anderen (in Bezug auf einen Bestandvertrag) Sonderleistungen. Sie ist daher der Inhaltskontrolle zugänglich. Da die Beklagte in Bezug auf Sonderwünsche nicht Gewährleistungsschuldnerin ist, bewirkt der letzte Halbsatz der Klausel keine Abweichung vom dispositiven Recht. Zudem ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass im Zuge der Errichtung einer Wohnhausanlage die verlässliche

Koordination der Professionisten-Leistungen erforderlich ist. Die Regelung beachtet daher auch den Grundsatz der Sachlichkeit.

1.8 Eine Benachteiligung der Mieter erblickt der Kläger schließlich auch darin, dass diesen der Vertragspartner aufgezwungen werde, was eine Umgehung des § 9 MRG darstelle.

Gemäß § 9 Abs 1 MRG hat der Mieter dem Vermieter nach der Verkehrsauffassung wesentliche Veränderungen (vgl dazu Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹ Rz 5 zu § 9 MRG; Prader, Zur Vereinbarungsmöglichkeit über die Rückstellung eines Bestandobjekts, immolex 2004, 134) des Mietgegenstands anzuzeigen, bevor er diese durchführt. Bei der Weigerung des Vermieters hat der Mieter die Möglichkeit, bei Gericht die Durchsetzung der Arbeiten zu beantragen, soweit die positiven und negativen Voraussetzungen des § 9 Abs 1 Z 1 bis 7 MRG erfüllt sind. Nach § 9 Abs 3 MRG kann der Vermieter (außer bei privilegierten wesentlichen Veränderungen nach Abs 2 leg cit) die Zustimmung von der Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustands bei der Zurückstellung abhängig machen. Der Wiederherstellungsvorbehalt bezieht sich somit auf den früheren Zustand.

Im Bereich der ABGB ist der Mieter mangels gegenteiliger Vereinbarung grundsätzlich verpflichtet, das Bestandobjekt im ursprünglichen Zustand zurückzustellen (Prader, aaO).

1.9 Der "frühere" und der "ursprüngliche" Zustand setzen voraus, dass ein solcher tatsächlich bestanden hat. Damit ist der Zustand gemeint, in dem der Mieter die Bestandsache übernommen hat. § 9 MRG und § 1109 ABGB stellen also typisch auf den Zeitpunkt nach der Übernahme des Bestandobjekts ab. Nicht maßgeblich ist somit der Zeitpunkt des Abschlusses des Bestandvertrags.

Der Beklagten ist somit darin zuzustimmen, dass seitens des Mieters kein durchsetzbarer Anspruch besteht, in die Planung des Mietobjekts eingebunden zu werden und bereits im Errichtungsstadium Sonderwünsche äußern zu können. Diese Möglichkeit stellt vielmehr eine Begünstigung des Mieters dar. Dementsprechend kann die Beklagte auch die Bedingungen dafür näher gestalten.

Wie schon angedeutet, ist eine Bindung an die bei der Errichtung der Wohnhausanlage tätigen Professionisten auch sachlich gerechtfertigt, weil bei der Erstausrüstung sichergestellt sein muss, dass der vom Bauherrn vorgegebene qualitative Standard bei sämtlichen Objekten eingehalten ist. Der Beklagten kann nicht zugemutet werden, beliebige Professionisten nach diesen Kriterien zu prüfen. Die schon angesprochene notwendige Koordination der Arbeiten der Professionisten kann nur sichergestellt werden, wenn deren Anzahl überschaubar bleibt und sich die Beklagte auf die Einhaltung des Zeitplans verlassen kann. Schließlich kann auch nicht

von einer verdünnten Willensfreiheit der Mieter gesprochen werden, weil es allein in ihrer Entscheidungsbezugnis gelegen ist, ob sie von der Möglichkeit der Berücksichtigung von Sonderwünschen Gebrauch machen.

Insgesamt ist die Klausel 11 (lit c) nicht zu beanstanden.

Zu Klausel 12 (lit d):

Durch die Einverständniserklärung zu einem Änderungswunsch übernimmt die BUWOG keinerlei Haftung oder Verpflichtung:

Der Kläger erblickt in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Die Beklagte würde sich von jeglicher Haftung im Zusammenhang mit den Leistungen zur Ausführung der Sonderwünsche freizeichnen, obwohl der Mieter nur mit dem vorgegebenen Subunternehmer der Beklagten kontrahieren dürfe. Ebenso werde mit dieser Bestimmung die Haftung der Beklagten für nebenvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang müsse sich die Beklagte ein Auswahlverschulden zurechnen lassen und dürfe nicht zum Nachteil des Verbrauchers einen besonders teuren Subunternehmer auswählen. Bestehe ein Streit zur Frage, ob ein Mangel bzw Schaden aus einem Sonderwunsch oder aus dem Generalauftrag resultiere, werde die Auseinandersetzung in die Sphäre des schwächeren Verbrauchers verschoben. Zudem seien generell formulierte Haftungsausschlüsse unwirksam.

Die Beklagte entgegnet, dass die Klausel nur zum Ausdruck bringe, dass durch die Erteilung der Zustimmung zur Vornahme einer Änderung allein keine Haftung oder Verpflichtung der Beklagten begründet werde. Damit werde festgehalten, dass die Umsetzung der Änderungsarbeiten allein im Verantwortungsbereich des Mieters gelegen sei. Diese Bestimmung stelle lediglich klar, dass die gesetzlichen Regelungen bestehen blieben. Durch die Einverständniserklärung werde die Rechtslage weder zum Vor- noch zum Nachteil des Mieters verändert. Die Haftung für Auswahlverschulden (der Beklagten) werde nicht eingeschränkt. Eine Verpflichtung des Errichters einer Wohnhausanlage, den Mieter bei Änderungswünschen zu beraten, bestehe nicht.

Das Erstgericht beurteilt die Klausel als wirksam. In der Bestimmung werde lediglich besagt, dass die BUWOG durch die Einverständniserklärung zu einem Änderungswunsch keinerlei Haftung oder Verpflichtung übernehme. Sollte ein Professionist bei der Durchführung der gewünschten Änderung einen Schaden verursachen, so könne sich der Mieter an diesem schadlos halten. Verursache der Professionist in seiner Funktion als Subunternehmer des Bauträgers einen Schaden, so hafte der Bauträger. Auf Grund der Formulierung werde eine Haftung für nebenvertragliche Pflichten, insbesondere die Pflicht, einen geeigneten Subunternehmer auszusuchen, nicht ausgeschlossen. Vielmehr werde nur klargestellt, dass die BUWOG im

Zusammenhang mit Leistungen zur Ausführung von Sonderwünschen keine Haftung übernehme.

2.1 Diese Klausel ist im Zusammenhang mit jener zu lit c zu sehen. Bei objektivem Verständnis wird mit dieser Bestimmung ausgesagt, dass die Beklagte aus der Durchführung von Sonderwünschen auf Grund ihrer Zustimmung keine Haftung oder Verpflichtung übernimmt.

Inhaltlich ist diese Klausel unbedenklich, wenn damit ausgedrückt wird, dass die Beklagte durch die Erteilung der Zustimmung nicht für Leistungsstörungen aus der Ausführung von Sonderwünschen einzustehen hat. Soll mit ihr aber jede Haftung der Beklagten im Zusammenhang mit der Ausführung von Änderungswünschen ausgeschlossen werden, so hängt die Beurteilung davon ab, ob in diesem Kontext eine Haftung der Beklagten in Betracht kommt.

2.2 Nach ständiger Rechtsprechung ist im Verbandsprozess die vorzunehmende Auslegung der beanstandeten Klausel im verbraucherfeindlichsten Sinn vorzunehmen (4 Ob 179/02f; Apathy in Schwimann, ABGB² Rz 10 zu § 30 KSchG mwN; SZ 71/150; SZ 70/174). Der in Rede stehenden Bestimmung ist somit der Bedeutungsinhalt beizumessen, dass die Beklagte jegliche Haftung mit dem Argument ablehnen will, dass der vom Mieter geltend gemachte Anspruch aus der Ausführung eines Sonderwunsches resultiere.

2.3 Der Kläger weist in diesem Zusammenhang auf ein mögliches Auswahlverschulden hin, weil der Mieter

den von der Beklagten vorgegebenen Professionisten für die Ausführung von Sonderwünschen in Anspruch nehmen müsse.

Mit dem verwendeten Begriff des Auswahlverschuldens ist nicht der Besorgungsgehilfe im Sinn des § 1315 ABGB gemeint; diese Bestimmung betrifft nämlich die Haftung des Geschäftsherrn im deliktischen Bereich. Zudem sind selbständige, nicht weisungsgebundene Unternehmen keine Besorgungsgehilfen (Karner in KBB, ABGB, Rz 2 zu § 1315).

Auch eine (schuldbefreiende) Substitution (§ 6 Abs 2 Z 2 KSchG) liegt nicht vor, weil die Beklagte nicht eigene Leistungspflichten auf ein anderes Unternehmen überbindet, sondern die in Rede stehenden Leistungspflichten ausschließlich den Professionisten treffen.

2.4 Der Kläger weist aber zutreffend darauf hin, dass die Beklagte als Vermieterin auch nebenvertragliche Pflichten treffen. Derartige Schutz- und Sorgfaltpflichten sind auch im Zusammenhang mit der Beauftragung eines vorgegebenen Professionisten für die Ausführung von Sonderwünschen denkbar. So besteht etwa die Möglichkeit, dass der ausgewählte Professionist geeignet ist, die Standardausstattung herzustellen, ein bestimmter vom Mieter bekannt gegebener Sonderwunsch aber nicht in das Leistungspotenzial des Professionisten fällt und dies der Beklagten bekannt sein müsste. In einem solchen Fall sind Aufklärungspflichten der

Beklagten gegenüber dem Mieter denkbar, aus deren Verletzung Schadenersatzansprüche resultieren können.

Solange die Zustimmung zur Durchführung der Sonderwünsche nicht erteilt ist, kann der Sonderwunsch nicht ausgeführt werden. Die Aufklärungspflicht der Beklagten wird somit durch die Erteilung der Einverständniserklärung ausgelöst. Die mögliche Haftung der Beklagten ergibt sich damit durch die Einverständniserklärung und steht mit dieser in ursächlichem Zusammenhang. Das haftungsbegründende Verhalten ist daher an die Einverständniserklärung geknüpft und damit - bei verbraucherfeindlicher Auslegung - von der Klausel erfasst.

2.5 Nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ist eine allgemeine Vertragsbestimmung unter anderem nicht verbindlich, wenn eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz von Schäden (andere als Personenschäden) für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat. Diese Bestimmung betrifft auch Fälle reiner Vertragshaftung und auch Ersatzpflichten aus culpa in contrahendo (Krejci, aaO, Rz 116 und 122 zu § 6 KSchG).

Die zu beurteilende Klausel stellt nicht auf eine bestimmte Verschuldensform ab und erfasst damit auch grobes Verschulden. Sie verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Klausel 29 (lit f):

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, ist davon die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht betroffen.

Der Kläger erblickt in dieser Bestimmung einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG. Dazu vertritt er im Wesentlichen die Ansicht, dass mit der Klausel versucht werde, die Rechtsfolge der gänzlichen Nichtigkeit der Vereinbarung zu umgehen. Sollten eine oder mehrere Bestimmungen unwirksam sein, so könne dies entweder die Teilnichtigkeit oder die gänzliche Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben. Mit der Klausel werde versucht, die Rechtswirksamkeit des Vertrags bis an die Grenze der Rechts- bzw Sittenwidrigkeit aufrecht zu erhalten. Nicht richtig sei, dass Lehre und Rechtsprechung salvatorische Klauseln als zulässig betrachten würden. So vertrete Thomas Tschaler die Ansicht, dass derartige Klauseln gegen das Transparenzgebot verstoßen würden.

Die Beklagte führt dagegen ins Treffen, dass Tschaler nur Vertragsbestimmungen behandle, die vorsehen würden, dass im Fall der Nichtigkeit bestimmter Vertragsbestandteile an deren Stelle eine möglichst ähnliche oder inhaltsgleiche Regelung trete. Dies gelte für Klauseln wie "im gesetzlichen Rahmen" oder "soweit gesetzlich zulässig". Davon seien Erhaltungsklauseln zu unterscheiden, die übereinstimmend als zulässig erachtet würden. Die Teilungültigkeit einer Vereinbarung

habe in der Regel keinen Einfluss auf die übrigen gültigen Bestimmungen.

Das Erstgericht beurteilt diese Bestimmung als zulässig. Es gebe zwar Autoren, die salvatorische Klauseln generell für gröblich benachteiligend hielten. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung sei jedoch entgegengesetzter Ansicht.

3.1 Die zu beurteilende Bestimmung besagt, dass die wirksamen Vertragsbestimmungen im Fall der Nichtigkeit anderer Klauseln bestehen bleiben.

Mit der Einführung des § 6 Abs 3 KSchG durch die KSchG-Novelle 1997 ist die bis dahin herrschende Theorie der geltungserhaltenden Reduktion in Diskussion geraten. Dieser Grundsatz besagt, dass eine gesetzwidrige Klausel auf das gerade noch zulässige Maß reduziert wird, in ihrem Bestand aber erhalten bleibt.

3.2 Zu den salvatorischen Klauseln zählen im Allgemeinen sogenannte Reduktions- sowie Ersetzungsklauseln. Eine Reduktionsklausel soll den Wegfall einer unzulässigen Vertragsbestimmung verhindern; in diesem Sinn sieht sie vor, dass eine unzulässige Klausel auf das gerade noch zulässige Maß reduziert wird („soweit gesetzlich zulässig“; „im Rahmen der Gesetze“). Mit einer Ersetzungsklausel soll anstelle einer unwirksamen Vertragsbestimmung (automatisch oder einvernehmlich) eine dieser möglichst nahe kommende wirksame Ersatzregelung gefunden werden („im Falle der Nichtigkeit soll eine der ursprünglichen Bestimmung möglichst nahe

kommende Regelung gelten"). Daneben werden auch sogenannte Erhaltungsklauseln zu den salvatorischen Klauseln gezählt. Mit einer solchen Klausel soll die Restgültigkeit des übrigen Vertrags (ohne fehlerhafte Vertragsbestimmung) aufrecht erhalten werden („Klauselnichtigkeit“).

Bei der zu beurteilenden Vertragsbestimmung handelt es sich um eine Erhaltungsklausel.

3.3 Tschaler (Zur Statthaftigkeit der Klausel "soweit gesetzlich zulässig" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verbraucherverträgen, ÖJZ 1998, 281), auf dessen Ausführungen sich der Kläger beruft, nimmt zunächst eine Unterscheidung zwischen Erhaltungsklauseln und Ersetzungsklauseln vor. Nach seiner Ansicht kann sich die Restgültigkeit entweder auf die fehlerbehaftete Vertragsbestimmung oder auf das gesamte Rechtsgeschäft beziehen. In der Folge behandelt Tschaler die Klausel "soweit gesetzlich zulässig" und beurteilt diese als unwirksam, wenn die Rechtslage nicht zweifelhaft und dem Verwender die Ausformulierung des von ihm angestrebten Vertragsinhalts in den AGB möglich sei, und umgekehrt auch dann, wenn die Grenzen zulässiger Abweichung vom dispositiven Recht zweifelhaft seien. Ebenfalls unwirksam sei eine Klausel, wonach im Fall der Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung eine der ungültigen Bestimmung möglichst nahe kommende Regelung als vereinbart gelte. Mit dem Transparenzgebot vereinbar und daher unbedenklich seien nur konkrete

Ersatzklauseln mit einem detaillierten zulässigen Inhalt, der an die Stelle der unwirksamen Vertragsbestimmung treten sollte.

Graf (Auswirkungen des Transparenzgebots, ecolex 1999, 8) beschreibt nur Vertragsbestimmungen, die nicht die Nichtigkeit einer Bestimmung verhindern sollen, sondern eine Regelung enthalten, mit deren Hilfe eine wirksame Ersatzklausel gefunden werden kann, als salvatorische Klauseln. Dabei erachtet er eine Klausel, mit der die Parteien verpflichtet werden, an Stelle der ursprünglichen Bestimmung eine deren Sinn nahe kommende Ersatzklausel zu vereinbaren, als wirksam.

Leitner (Ist das vollständige Ende der geltungserhaltenden Reduktion gekommen? ÖJZ 2002/6) führt aus, dass Reduktionsklauseln („soweit gesetzlich zulässig“; „im Rahmen der Gesetze“) oder Ersetzungsklauseln („im Falle der Nichtigkeit soll eine der ursprünglichen Bestimmung möglichst nahe kommende Regelung gelten“) im Anwendungsbereich des § 6 Abs 3 KSchG von der herrschenden Lehre wegen mangelnder Transparenz abgelehnt würden. Unproblematisch seien demgegenüber salvatorische Klauseln, die bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Restgültigkeit des übrigen Vertrags vorsehen würden; dies sei auch ohne ausdrückliche Anordnung der Fall und somit nur ein Hinweis auf die ohnehin geltende Rechtslage.

3.4 Tschaler und Graf nehmen zu der hier zu beurteilenden Erhaltungsklausel nicht Stellung. Leitner

hält eine Erhaltungsklausel offenbar für zulässig, bietet dafür aber nur eine allgemein gehaltene, nicht differenzierende Begründung.

Betrifft eine Erhaltungsklausel im Sinn der Klauselnichtigkeit eine vertragliche Nebenbestimmung, so kann der Ansicht zugestimmt werden, dass die Restgültigkeit des übrigen Vertrags in der Regel aufrecht erhalten werden kann, ohne gegen das Transparenzgebot zu verstoßen. In einem solchen Fall wird gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (SZ 71/150; 4 Ob 179/2f; RIS-Justiz RS0038205) nicht verstoßen, weil die unzulässige Klausel in ihrer Gesamtheit beseitigt wird und der Restvertrag als sinnvolles Regelungswerk aufrecht bleibt.

Von der Unwirksamkeit kann aber auch eine wesentliche Vertragsbestimmung betroffen sein, ohne der das Rechtsgeschäft nicht fortbestehen könnte. In diesem Fall wäre der gesamte Vertrag nichtig (Krejci in Rummel, ABGB I³ Rz 250 zu § 879; vgl auch RIS-Justiz RS0016417).

Die zu beurteilende Klausel nimmt keine Differenzierung vor, sondern bezieht sich - jedenfalls bei verbraucherfeindlicher Auslegung - auf sämtliche Vertragsbestimmungen. Für den Verbraucher bleibt damit verborgen, dass in bestimmten Fällen nicht nur eine Klauselnichtigkeit, sondern eine Gesamtnichtigkeit eintritt. Die vertragliche Regelung lässt damit keinen Einblick in die wahren rechtlichen Konsequenzen zu.

Eine derart allgemein gehaltene, nicht differenzierende Erhaltungsklauseln muss daher - ebenso wie eine Reduktions- oder eine Ersetzungsklausel - als mit dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG unvereinbar angesehen werden.

Klausel 18 (lit 1):

Die BUWOG ist berechtigt, alle Maßnahmen zur Behebung ernster Schäden und zur Anwendung drohender Gefahren für Leib und Leben auch ohne Zustimmung des Mieters vorzunehmen. Darüber hinausgehende Ausbesserungen und bauliche Veränderungen, die zur Erhaltung oder Verbesserung des Hauses oder der Mieträume notwendig sind, können von der Vermieterin auch ohne Zustimmung des Mieters vorgenommen werden, wenn ihm das unter Abwägung aller Interessen auch zumutbar ist. Der Mieter hat die in Betracht kommenden Räume zugänglich zu halten und darf die Ausführung der Arbeiten nicht hindern oder verzögern.

Inhaltlich beruft sich der Kläger in Zusammenhang mit dieser Klausel auf die Bestimmungen nach §§ 8 Abs 2 und 4 Abs 4 MRG bzw § 14b Abs 4 WGG. In der Berufung macht der Kläger einen sekundären Feststellungsmangel geltend und beantragt dazu die Feststellung, dass die Beklagte mit Schreiben vom 14.6.2005 (Beil./2) erklärt habe, die inkriminierte Klausel 18 in der in diesem Schreiben abgeänderten Form zu verwenden. Dazu führt er aus, dass die Beklagte in der Unterlassungserklärung

(gemeint ist das Schreiben vom 14.6.2005) erklärt und damit angekündigt habe, dass sie die ursprüngliche Klausel abändern und die im Klagebegehren aufscheinende Klausel in Verwendung nehmen werde. Zuzufolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung habe es das Erstgericht unterlassen, Sachverhaltsfeststellungen zu dieser Ankündigung zu treffen. Inhaltlich würden die bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Gründe für die Abmahnung nach wie vor vorliegen.

Die Beklagte entgegnet, dass sie die vom Klagebegehren erfasste Klausel nicht verwendet habe bzw nicht verwende. Außerdem würde die in Rede stehende Bestimmung in Übereinstimmung mit § 8 Abs 2 MRG auf die Behebung ernster Schäden und die Abwendung drohender Gefahren für Leib und Leben abstellen. Sonst sei grundsätzlich die Zustimmung des Mieters erforderlich, außer diesem seien Ausbesserungen oder bauliche Veränderungen zumutbar. Auch in dieser Hinsicht entspreche die Klausel § 8 Abs 2 Z 2 MRG.

Das Erstgericht wies die Klagebegehren zur Klausel 18 ab, weil diese in der Form des Klagebegehrens von der Beklagten nicht verwendet werde.

4.1 In der Klage wurde zu Klausel 18 folgender Inhalt beanstandet:

"Die BUWOG ist berechtigt, Ausbesserungen und bauliche Veränderungen, die zur Erhaltung des Hauses oder Mieträume oder zur Abwendung drohender Gefahren oder zur Beseitigung von Schäden notwendig sind, auch

ohne Zustimmung des Mieters vorzunehmen. Der Mieter hat die in Betracht kommenden Räume zugänglich zu halten und darf die Ausführung der Arbeiten nicht hindern oder verzögern, andernfalls hat er die dadurch entstehenden Unkosten zu tragen."

In der Klagebeantwortung brachte die Beklagte vor, dass diese (im Klagebegehren am Ende angeführte) Klausel in dieser Formulierung nicht verwendet werde. Auch im Vorbringen der Klage werde zur Klausel 18 ein Text behauptet, der dem im Klagebegehren nicht entspreche. In der Behandlung der einzelnen Klauseln führt die Beklagte in ihrer Klagebeantwortung Folgendes aus: "Wir haben uns verpflichtet (Beil./1, Pkt 15), diese Regelung für Objekte im Vollanwendungsbereich des MRG und im Anwendungsbereich des WGG nicht mehr zu verwenden. Auch hier wird seitens des Klägers ausschließlich ein Verstoß gegen § 8 Abs 2 und § 14b Abs 4 WGG bzw soweit anwendbar gegen § 4 Abs 4 MRG gerügt. Dies zu unterlassen, haben wir uns in Beil./1 in einer § 28 Abs 2 KSchG entsprechenden Regelung verpflichtet."

Aus dem Hinweis der Beklagten auf Pkt 15 in Beil./1 ergibt sich deutlich, dass sich diese inhaltlichen Ausführungen auf die vom Kläger beanstandete ursprüngliche Form der Klausel (AS 11 der Klage) beziehen. Die vom Klagebegehren erfasste Klausel stimmt mit der ursprünglichen Klausel nicht überein. Die ursprüngliche Klausel ist von der Unterlassungserklärung der Beklagten erfasst.

In der Verhandlung vom 14.11.2005 beantragte der Kläger zum Nachweis dafür, dass die inkriminierten Passagen tatsächlich in den Vertragsformblättern der Beklagten Verwendung finden würden, die Einvernahme des Zeugen Peter Kolber.

4.2 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung bei Gefahr künftigen rechtswidrigen Verhaltens ein vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht, wobei auch nur ähnliche Rechtsverletzungen befürchtet werden müssen (7 Ob 207/04y). Für das Bestehen von Eingriffsgefahr reicht daher etwa die Berührung, eine inkriminierte Klausel verwenden zu dürfen. Dasselbe gilt für die Ankündigung der Verwendung einer bestimmten Klausel.

4.3 Da im Hinblick auf die Klausel 18 das Klagebegehren von der in der Klage beanstandeten (ursprünglichen) Formulierung abweicht und der Kläger in der Verhandlung vom 14.11.2005 vorbrachte, dass die Beklagte sämtliche inkriminierten Klauseln tatsächlich verwende, hätte das Erstgericht die dargelegte Diskrepanz erörtern müssen. Da das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung nur auf die tatsächliche Verwendung der vom Unterlassungsbegehren erfassten Klausel eingegangen ist, hat es eine Ankündigung offenbar als nicht ausreichend angesehen. Insofern liegt eine unrichtige Rechtsansicht des Erstgerichts vor.

Kommt das Gericht seiner Pflicht, auf die für die Entscheidung erheblichen Angaben und das erforderliche

Beweisanbot zu dringen, nicht nach, weil es von einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung ausgeht, so liegt der Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung vor, weil dem Urteil Feststellungsmängel anhaften (RIS-Justiz RS0037106; 8 Ob 1637/92).

Zufolge eines beachtlichen Feststellungsmangels war die angefochtene Entscheidung zu lit 1 (Klausel 18) daher aufzuheben. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht die Diskrepanz zwischen Klagebegehren und Vorbringen mit dem Kläger zu erörtern und ihm Gelegenheit zur Erstattung eines entsprechenden Vorbringens zu geben haben.

4.4 Inhaltlich ist Folgendes anzumerken: Von der Duldungspflicht des Mieters nach § 8 Abs 2 Z 1 MRG sind Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten an allgemeinen Teilen des Hauses sowie Erhaltungsarbeiten zur Behebung ernster Schäden in Mietgegenständen (eigener oder anderer Mietgegenstand) erfasst. Z 2 leg cit betrifft Verbesserungen in einem anderen Mietgegenstand, wenn und soweit ein Eingriff in das Mietrecht zur Durchführung der Arbeiten notwendig, zweckmäßig und bei billiger Abwägung aller Interessen auch zumutbar ist. Unter den Begriff "anderer Mietgegenstand" fallen auch Teile des Hauses, die bisher weder zu Wohn- noch zu Geschäftszwecken verwendet wurden. Z 2 leg cit erfasst daher auch Errichtungsarbeiten zur Herstellung neuer Mietgegenstände (5 Ob 65/01x = WoBl 2001/173). Kraft Größenschlusses bezieht sich diese Bestimmung zudem auf

Erhaltungsarbeiten in Mietgegenständen (im eigenen oder in einem anderen Mietgegenstand; vgl dazu Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹ Rz 8 ff zu § 8 MRG; Schwimann, ABGB IV² Rz 67 ff zu § 8 MRG).

Nach § 4 Abs 4 MRG muss der Mieter Verbesserungen im eigenen Mietgegenstand ohne seine Zustimmung hingegen grundsätzlich nicht hinnehmen (Würth/Zingher/Kovanyi, aaO, Rz 12; Böhm in Schwimann, aaO, Rz 69; vgl auch 5 Ob 6/95 = MietSlg 47.202 = WoBl 1995/58).

B) Zur Berufung der Beklagten:

Klausel 2 (lit a):

Die BUWOG ist berechtigt, die Grundlagen der Kostenverrechnung der Einrichtungen zu ändern, soweit dies zur Kostendeckung der jeweiligen Einrichtungen erforderlich ist.

Der Kläger erblickt in dieser Klausel eine Verletzung der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die Beklagte behalte sich die Anpassung eines Entgeltbestandteils an geänderte Parameter vor. Die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände seien im Vertrag nicht umschrieben. So bleibe offen, was mit den Grundlagen der Kostenverrechnung gemeint sei. Ebenso könne die Beklagte definieren, was zur Kostendeckung erforderlich sei; diese Regelung sei nicht bestimmt und nicht überprüfbar. Außerdem bestehe seit der KSchG-Novelle 1997 das Erfordernis der Zweiseitigkeit. Bei

einer Änderung der für die Preisbildung erheblichen Parameter sei der Unternehmer daher auch zur Preismin-
derung bzw Entgeltsenkung verpflichtet.

Die Beklagte entgegnet im Wesentlichen, dass § 6
Abs 1 Z 5 KSchG auf Kostenersätze für vertragliche
Nebenleistungen nicht anwendbar sei. In der beanstande-
ten Klausel werde auf die tatsächlich angefallenen
Kosten abgestellt; eine standardisierte Preisregelung
liege nicht vor. Eine Überwälzung der Kosten von
Gemeinschaftsanlagen sei nicht per se unzulässig.
Vielmehr könne nach § 24 MRG ein definierter Kosten-
block von den Mietern getragen werden. Die Klausel sei
auch nicht einseitig, sondern offen formuliert. Eine
Anpassung sei daher sowohl zu Gunsten als auch zu
Lasten der Mieter vorgesehen.

Das Erstgericht beurteilt die in Rede stehende
Klausel als unzulässig. Die Kriterien für eine Preiser-
höhung müssten bestimmt und überprüfbar sein. Die
Formulierung "soweit dies zur Kostendeckung erforder-
lich sei", entspreche diesen Voraussetzungen nicht.
Vielmehr handle es sich um eine Generalklausel, die die
Beklagte dazu ermächtige, Kosten zu erhöhen, wenn ihr
dies zur Kostendeckung erforderlich erscheine. Zudem
müssten die Parameter für die Erhöhung des Entgelts in
der Klausel festgelegt werden. Auch diese Anforderung
sei nicht erfüllt, weil die für die Entgeltänderung
maßgeblichen Umstände nicht umschrieben seien. Schließ-
lich enthalte die Vertragsbestimmung auch keine

Verpflichtung zur Kostensenkung. Auch dem Argument der Beklagten zum Vorliegen einer vertraglichen Nebenleistung könne nicht gefolgt werden. Die Einräumung des Mitbenützungsrechts an allgemeinen Einrichtungen des Hauses sei nämlich ebenso wie die Überlassung der Wohnung als Hauptleistungspflicht des Vermieters zu qualifizieren.

5.1 Nach dem Vorbringen der Beklagten bezieht sich die Klausel auf die Kosten für die Nutzung vom Gemeinschaftseinrichtungen. Entgegen ihrer Ansicht ergibt sich - bei verbraucherfeindlicher Auslegung - nicht, dass "nachweisliche Kosten" überwältigt würden. Die Wendung "Grundlagen der Kostenverrechnung" spricht vielmehr für einen Rechenprozess, dem bestimmte Faktoren zugrunde liegen, die einer Änderung zugänglich sind. Bei erstmaliger Festlegung der Faktoren führt die Berechnung auch zu einem Ausgangswert, der in der Folge angepasst werden kann. Die Wendung "zur Kostendeckung erforderlich" lässt der Beklagten einen Beurteilungsspielraum und stellt nicht notwendigerweise auf die tatsächlich aufgewendeten Kosten ab.

5.2 § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bezieht sich auf das Entgelt, das der Unternehmer für seine Leistung verlangt. Dabei ist im Allgemeinen zwischen Faktoren der Preiskalkulation (va Kosten und Aufwendungen, die dem Unternehmer erwachsen) und dem Entgelt zu unterscheiden (Krejci in Rummel, ABGB II/4³ Rz 80 zu § 6 KSchG). Mit dem Entgelt wird die typisch geschuldete

Leistung, also eine echte Gegenleistung abgegolten. Bei einem Bestandverhältnis weicht die Bestimmung der typischen Vertragsleistung von jener bei Liefer- oder Dienstleistungsverträgen ab. Im Rahmen von Bestandverhältnissen werden typischerweise auch allgemeine Einrichtungen überlassen, weshalb das dafür zu leistende Entgelt ebenfalls unter die in Rede stehende Bestimmung zu subsumieren ist. Dies gilt auch dann, wenn sich das Entgelt an einer Kostendeckung orientiert.

5.3 Auf Grund ihrer Diktion stellt die Klausel eine Nahebeziehung zur Verrechnung von Betriebskosten her. Gemäß § 15 Abs 1 MRG zählen zum Mietzins auch die Betriebskosten, auf den Mietgegenstand entfallende besondere Aufwendungen und das Entgelt für mitvermietete Einrichtungsgegenstände oder sonstige Leistungen, die der Vermieter über die Überlassung des Mietgegenstands hinaus erbringt (§§ 21 bis 25). Auch dadurch ist bestätigt, dass die "Kosten für die Nutzung von Gemeinschaftseinrichtungen" unter § 6 Abs 1 Z 5 KSchG fallen (vgl KRES 3/122).

5.4 Nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG setzt eine wirksame Vertragsbestimmung, nach der der Unternehmer nachträglich ein höheres Entgelt als das ursprünglich bestimmte verlangen darf, voraus, dass

- die für die nachträgliche Entgelterhöhung maßgeblichen Faktoren im Vertrag umschrieben sind,
- ihr Eintritt vom Willen des Unternehmers

unabhängig ist und

- sie sachlich gerechtfertigt sind, sowie dass
- die Klausel (die Entgeltänderung) zweiseitig

ist.

Diese Bestimmung will die Verbraucher vor unvorhersehbaren, nicht kalkulierbaren einseitigen Preisänderungen schützen (Erl RV 744 BlgNR 14.GP; vgl auch Erl RV 311 BlgNR 20.GP). Das Erfordernis der Zweiseitigkeit bedeutet, dass eine Preis- bzw Prämienleitklausel nach beiden Richtungen wirkt. Eine solche Klausel ist daher nur dann wirksam, wenn sich der Unternehmer bei günstigen Veränderungen der vereinbarten Preisgleitfaktoren zu einer entsprechenden Preisminderung verpflichtet. Eine Änderung der preisbestimmenden Umstände soll sich somit nicht ausschließlich zum Nachteil des Verbrauchers auswirken (vgl 5 Ob 266/02g).

Welche Umstände eine Preiserhöhung sachlich zu rechtfertigen vermögen, wird in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht näher erläutert. Nach den aus dem Zweck dieser Bestimmung ableitbaren Anforderungen müssen die preisbestimmenden Faktoren auf die Preiskalkulation des Unternehmers Einfluss haben. Zudem müssen die Faktoren klar beschrieben werden, damit der Verbraucher weiß, wann bzw unter welchen Voraussetzungen eine Preiserhöhung eintritt (Krejci, aaO, Rz 73 und 84 bis 86 zu § 6 KSchG; vgl 4 Ob 73/03v).

5.5 Dem Erstgericht ist darin zuzustimmen, dass die zu beurteilende Klausel nur eine Kostenerhöhung

intendiert. Ungeachtet dieser Überlegungen entspricht die Klausel nicht den Voraussetzungen nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil sie keine Verpflichtung enthält, das Entgelt zu senken, wenn sich die Grundlagen der Kostenverrechnung verringern. Selbst wenn eine Änderung eine Senkung begrifflich miteinschließt, ist nach dem Wortlaut der Klausel eine Verpflichtung zur Entgeltsenkung nicht vorgesehen. Vielmehr wird diese in das Belieben der Beklagten gestellt ("die BUWOG ist berechtigt"). Ob die Klausel im Sinn einer Verpflichtung zur Entgeltsenkung auszulegen ist, kann bei ihrer Beurteilung im Verbandsprozess nicht berücksichtigt werden. Ziel des Verbandsprozesses ist es nämlich, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Der Verwender soll seine allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetzeskonform gestalten. Der Beurteilung ist daher die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen (4 Ob 28/01y = ecolex 2001, 147).

Im Sinn der dargestellten Grundsätze wurde in der zitierten Entscheidung zu 4 Ob 28/01y die Klausel "Änderungen der Konditionen können vorgenommen werden, wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrunde liegenden Kosten verändern" als unwirksam beurteilt. Diese Klausel ist mit der vorliegenden durchaus vergleichbar.

Darüber hinaus ist dem Kläger auch darin zuzustimmen, dass die Preisfaktoren (Grundlagen der

Kostenverrechnung) nicht beschrieben und der Umfang der Entgelt- bzw Kostenänderung nicht nachvollziehbar ist.

Insgesamt ist die in Rede stehende Vertragsbestimmung daher als nicht zulässig zu beurteilen.

Klausel 5 (lit b):

Bei gegenständlicher Wohnung handelt es sich um eine Wohnung, für die Wohnungseigentum begründet ist. Es wird daher vereinbart, dass jene Betriebskosten, die aus der Abrechnung der Wohnungseigentumsanlage auf diese Wohnung entfallen, die Betriebskosten für gegenständliche Wohnung darstellen.

Der Kläger erblickt in dieser Bestimmung einen Verstoß gegen §§ 21 bis 24 MRG sowie gegen § 6 Abs 3 KSchG. Dazu führt er aus, dass es dieser Bestimmung an der Sinnverständlichkeit mangle. Darüber hinaus räume die Klausel dem Vermieter die Möglichkeit ein, andere als in den §§ 21 bis 24 MRG taxativ angeführte Ausgaben als Betriebskosten vorzuschreiben. Dementsprechend könnten etwa Beiträge zur Rücklage oder über das Verwaltungshonorar nach MRG hinausgehende Verwaltungskosten nicht auf den Mieter überwältzt werden.

Demgegenüber führt die Beklagte ins Treffen, dass die Klausel keine Festlegung von Kostenbestandteilen, die über die Abgrenzung des MRG hinaus gingen, beinhalte, sondern auf die WEG-Abrechnung nur als Grundlage für die Kostentragung verweise. Die Klausel nehme daher auf eine nachvollziehbare Abrechnung Bezug. Der Mieter

müsse nur jene Kosten ersetzen, die der Vermieter einer Eigentumswohnung zu tragen habe. Die beanstandete Klausel entspreche überdies der Empfehlung von Böhm in immolex 2004, 302.

Das Erstgericht beurteilt diese Klausel als unwirksam. Für den durchschnittlichen Verbraucher sei nicht erkennbar und nachvollziehbar, wie und nach welchen Grundsätzen die Aufteilung der gesamten Betriebskosten auf die einzelnen Wohnungen erfolge. Er könne auch nicht erkennen, was vom Begriff der Betriebskosten umfasst sei. Nach der zu beurteilenden Klausel könne die Beklagte auch solche Betriebskosten verrechnen, die nicht auf den Mieter überwält werden dürften.

6.1 Die Klausel bezieht sich auf die Vermietung von Eigentumswohnungen. Mit ihr soll vereinbart werden, dass die auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten nach dem WEG gleichzeitig die Betriebskosten nach dem MRG darstellen und auf den Mieter überwält werden.

Der Argumentation der Beklagten, dass die Klausel auf die WEG-Abrechnung nur als Grundlage der Kostentragung verweise, aber keine über §§ 21 bis 24 MRG hinausgehenden Kostenbestandteile festlege, kann schon bei objektivem Verständnis nicht beigespflichtet werden. Davon abgesehen hat die Auslegung im Verbandsprozess im verbraucherfeindlichsten Sinn zu erfolgen.

6.2 Die Betriebskosten sind in § 21 MRG (mit Verweisungen auf §§ 22 und 23 leg cit) taxativ

aufgezählt (Würth/Zingher/Kovanyi, aaO, Rz 2 zu § 21 MRG); im Vollenwendungsbereich des MRG können zu Lasten des Mieters abweichende Vereinbarungen daher nicht getroffen werden.

Der Betriebskostenkatalog nach §§ 21 bis 23 MRG ist im einzelnen festgelegt und deckt sich nicht mit den anteiligen gemeinschaftlichen Liegenschaftsaufwendungen, insbesondere den Bewirtschaftungskosten der Wohnungseigentumsliegenschaft nach dem WEG (vgl. § 32 WEG 2002). Die Klausel begründet somit eine erhebliche Abweichung vom zwingenden Recht und führt auch zu einer unsachlichen Mehrbelastung der Mieter, weshalb sie unzulässig ist.

6.3 Davon abgesehen ist dem Kläger auch darin zuzustimmen, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung müssen allgemeine Vertragsbestimmungen gemäß § 6 Abs 3 KSchG hinreichend klar und verständlich abgefasst sein. Der Verbraucher muss also in der Lage sein, seine Rechtsposition zu durchschauen. Er muss auch in die Lage versetzt werden, den Inhalt und die Tragweite einer Vertragsklausel zu erfassen (Sinnverständigkeit). Dazu gehört auch, dass der Verbraucher bis zu einem gewissen Grad die wirtschaftlichen Folgen einer Regelung abschätzen kann. Ziel des Transparenzgebots ist es, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Vertragsbestimmungen sicherzustellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige

Vertragsart typische Durchschnittsverbraucher von der Prüfung und/oder Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (4 Ob 179/02f; 4 Ob 28/01y = ÖBA 2001, 645; 4 Ob 88/05b = ecolex 2006/9). Die Transparenz muss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen (s die Glosse von Leitner in ecolex 2006/9). Allgemein wird aus § 6 Abs 3 KSchG das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit abgeleitet (s die Glosse von Rabl in ecolex 2001/147).

6.4 Die Wendung "jene Betriebskosten, die aus der Abrechnung der Wohnungseigentumsanlage auf diese Wohnung entfallen", lässt den durchschnittlichen Mieter im Umklaren, um welche Kostenbestandteile es sich dabei handelt und in welchem Schlüssel sie aufgeteilt werden. Die Klausel überlässt der Beklagten damit einen nicht überschaubaren Gestaltungsspielraum und kann dem Mieter ein unrichtiges Bild über die Art und das Ausmaß der überwältzbaren Betriebskosten verschaffen und ihn von der Überprüfung der Abrechnung und der Durchsetzung seiner Rechte abhalten. Der Hinweis der Beklagten auf den Mustervertrag von Böhm (immolex 2004, 299) ist

schon deshalb nicht stichhaltig, weil sich dieses Muster auf einen reinen ABGB-Mietvertrag bezieht.

Klausel 21 (lit e):

Beim Auszug muss der Mieter die Wohnung mit den zur Wohnung gehörenden Einrichtungsgegenständen in gereinigtem und gebrauchsfähigem Zustand zurückgeben.

Der Kläger erblickt in dieser Bestimmung eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 KSchG sowie einen Verstoß gegen § 3 MRG bzw § 14a Abs 2 Z 2 WGG. Gegen diese Bestimmungen werde verstoßen, weil sich die Verpflichtung des Mieters auch auf die Behebung ernster Schäden beziehen könne. Dies sei etwa dann denkbar, wenn es auf Grund eines Dachbodenausbaus zu einem Wassereintritt im Objekt des Mieters komme. Davon abgesehen, werde mit der Klausel versucht, die Erhaltungspflichten nach MRG und auch nach § 1096 ABGB auf den Mieter zu überwälzen; dies sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass sich die Klausel nur auf die Rückgabe der Wohnung beziehe. Aus diesem Grund gehe es um Schäden im Inneren der Wohnung, die in die Verantwortung des Mieters fielen. Das Erstgericht unterstelle zu Unrecht, dass der Mieter bei Rückgabe der Wohnung auch zur Behebung ernster Schäden verpflichtet sei. Die Regelung besage nur, dass der Mieter, der die Wohnung im gebrauchsfähigem Zustand übernommen habe, diese wieder in einem solchen Zustand zurückzugeben habe. Die Klausel entspreche überdies der

Empfehlung von Böhm in immolex 2004, 306. „Gebrauchsfähig“ stelle dabei gegenüber „ordnungsgemäß“ ein Minus dar. In der Klausel werde somit nur festgehalten, dass die Wohnung in dem der Erhaltungspflicht nach § 8 MRG entsprechenden Zustand zurückzustellen sei. Im Bereich der freien Mietzinsbildung sei es zulässig, die Pflicht zur laufenden Instandhaltung auf den Bestandnehmer zu übertragen.

Das Erstgericht hält diese Klausel für nicht zulässig. Nach § 3 MRG (bzw § 14 Abs 2 Z 2 WGG) seien ernste Schäden der Baulichkeit vom Vermieter zu beheben. Nach § 1096 ABGB sei der Vermieter verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten. Im Anwendungsbereich des MRG bzw des WGG könne diese Instandhaltungspflicht nicht abbedungen werden. Im ABGB-Bereich bewirkte die inkriminierte Klausel eine Abweichung von der dispositiven Norm, wobei eine sachliche Rechtfertigung für die Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter nicht erkennbar sei.

7.1 Die zu beurteilende Klausel betrifft die Rückstellungsverpflichtung des Mieters hinsichtlich der Wohnung und der zur Wohnung gehörenden Einrichtungsgegenstände; sie verlangt die Rückgabe in gebrauchsfähigem Zustand.

Nach § 1096 ABGB ist der Bestandgeber verpflichtet, die Bestandsache in brauchbarem Zustand (zum bedungenen Gebrauch) zu übergeben und während der

Dauer der Bestandzeit in diesem Zustand zu erhalten. Die Brauchbarkeit orientiert sich am Vertragszweck. Eine Wohnung ist daher brauchbar, wenn sie zum sofortigen Wohnen geeignet ist (Lenk, Dachbodenausbauten - Endlich lukrativ?, immolex 2002, 295).

Nach der erwähnten Bestimmung ist der Vermieter verpflichtet, alle auftretenden Mängel, die einer Brauchbarkeit der Bestandsache entgegenstehen, zu beseitigen. Der Mieter ist dann nur zur verkehrsüblichen Pflege, Wartung und zu kleineren Reparaturen verpflichtet (Lenk, aaO). Im ABGB-Bereich (auch im Teilanwendungsbereich des MRG) kann die Erhaltungspflicht des Vermieters zur Gänze abbedungen werden und die Vereinbarung getroffen werden, dass der Mieter die Erhaltung des Hauses, der allgemeinen Teile und auch von ernsten Schäden im Objekt übernimmt. Im Zweifel bezieht sich die Erhaltungspflicht nur auf das Innere des Objekts (Lenk, aaO; MietSlg 40.594/3; 45.095).

7.2 Für den Vollenwendungsbereich des MRG werden die Erhaltungspflichten des Vermieters in § 3 leg cit geregelt; sie sind zwingend, ein Vorausverzicht ist nicht wirksam. Außerhalb des § 3 MRG ist eine Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter (über § 8 Abs 1 MRG hinaus) zulässig; dies gilt etwa für das Ausmalen der Wohnung (Prader, Zur Vereinbarungsmöglichkeit über die Rückstellung eines Bestandobjekts, immolex 2004, 134; MietSlg 45.225).

7.3 Der Begriff "gebrauchsfähiger Zustand" in der

zu beurteilenden Klausel nimmt deutlich erkennbar auf den brauchbaren Zustand Bezug.

Dem Kläger ist darin zuzustimmen, dass bei Vorliegen ernster Schäden in der Wohnung - jedenfalls bei verbraucherfeindlicher Auslegung - auch deren Behebung von der Rückstellungspflicht erfasst wäre, soweit diese den bedungenen Gebrauch der Wohnung verhindern. Darin liegt ein Verstoß gegen § 3 Abs 2 Z 2 MRG. In dieser Gesetzesbestimmung ist auch ausdrücklich festgehalten, dass es zu den Erhaltungspflichten des Vermieters gehört, einen zu vermietenden Mietgegenstand in brauchbarem Zustand zu übergeben.

Der Ansicht der Beklagten, dass die Klausel die Rückstellung des Mietgegenstands in Entsprechung der Erhaltungspflichten nach § 8 MRG vorsehe, kann nicht beigespflichtet werden. Ebenso kann die Ansicht nicht geteilt werden, dass "gebrauchsfähig" gegenüber "ordnungsgemäß" ein Minus darstelle. Zudem betrifft das bereits erwähnte Vertragsmuster von Böhm einen reinen ABGB-Vertrag und nimmt zudem nicht auf AGB-Klauseln Bezug.

7.4 Nach § 1109 ABGB ist die Bestandsache mangels gegenteiliger Vereinbarung vom Mieter in dem Zustand zurückzustellen, in dem er diese ursprünglich übernommen hat, wobei die gewöhnliche Abnutzung und die damit verbundenen Verschlechterungen zu Lasten des Vermieters gehen (Prader, aaO). Sowohl im Vergleich zu dieser Pflicht als auch zur allgemeinen Erhaltungspflicht des

Vermieters nach § 1096 ABGB bedeutet die Rückstellung in gebrauchsfähigem Zustand, etwa bei Vorliegen ernster Schäden, eine deutliche Schlechterstellung des Mieters in seiner Rechtsposition, die zu einer unangemessenen Interessensverlagerung zu seinen Lasten führt. Damit ist auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB begründet.

Klausel 30 (lit g):

Änderungen und Ergänzungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Der Kläger erblickt in dieser Vertragsbestimmung eine Verletzung der Bestimmung des § 10 Abs 3 KSchG. Formlose Erklärungen bzw mündliche Zusatzerklärungen des Unternehmers seien zum Nachteil des Verbrauchers nicht verbindlich. Die beanstandete Regelung beziehe sich gerade auf Zusagen oder Erklärungen der Beklagten im Zusammenhang mit dem bestehenden Mietverhältnis.

Die Beklagte entgegnet im Wesentlichen, dass § 10 Abs 3 KSchG auf Zielschuldverhältnisse abziele. Demgegenüber bestehe bei Dauerschuldverhältnissen ein besonderes, in die Zukunft gerichtetes Bedürfnis nach Rechtsklarheit. Mit der in Rede stehenden Norm solle verhindert werden, dass ein Vertreter eines Unternehmers Zusagen abgebe, um den Verbraucher zum Vertragsabschluss zu bewegen, wobei dieser nicht bemerke, dass die Wirksamkeit dieser Zusagen von einem Formerfordernis abhängig sei. Diese Bestimmung greife daher nur dann, wenn der Vertrag zustande gekommen und die Verbindlichkeit von einzelnen Zusagen von der

Einhaltung der Schriftform abhängig gemacht worden sei.

Das Erstgericht beurteilt diese Klausel als unwirksam. Nach dieser Vertragsbestimmung seien auch Erklärungen des Unternehmers nur in Schriftform wirksam.

8.1 Nach § 10 Abs 3 KSchG darf die Rechtswirksamkeit formloser Unternehmererklärungen und damit auch mündlicher Nebenabreden nicht ausgeschlossen werden. Dies gilt insbesondere auch, aber nicht nur, für mündliche Zusagen seitens des Unternehmers vor Vertragsabschluss (Krejci, aaO, Rz 30 zu § 10 KSchG).

8.2 Die beanstandete Klausel knüpft die Rechtsverbindlichkeit auch von Erklärungen der Beklagten gegenüber den Mietern in Bezug auf die Änderung oder Ergänzung des Mietvertrags an die Einhaltung der Schriftform. Demnach sind formlose, va mündliche Abmachungen allgemein unwirksam, was auch für den Verbraucher nachteilig sein kann. Damit verstößt die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG.

8.3 Der Beklagten kann nicht beigespflichtet werden, dass sich die erwähnte Norm nur auf einzelne Zusagen oder Erklärungen, nicht aber auf die Änderung eines Vertrags beziehe. Für die Änderung oder Ergänzung eines Vertrags ist ebenso eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmungserklärung des Unternehmers, die auch die Form einer Zusage haben kann, erforderlich. Von § 10 Abs 3 KSchG sind nicht etwa nur einseitige Erklärungen, sondern auch

Vertragserklärungen des Unternehmers erfasst. Diese Norm bezieht sich auch nicht nur auf die Verleitung zum Vertragsabschluss durch in Wirklichkeit formgebundene Zusagen, sondern ebenso auf Unternehmererklärungen während des laufenden Vertragsverhältnisses.

Klausel 13 (lit h):

Auch nach Übergabe der Wohnhausanlage dürfen Änderungen an dieser bis zum Ende der Gewährleistungsfrist nur durch das am Bau beschäftigte Unternehmen vorgenommen werden, widrigenfalls jeglicher Gewährleistungsanspruch gegen die BUWOG erlischt.

Nach Ansicht der Beklagten verstößt diese Bestimmung gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen § 9 KSchG. Die Beklagte könne dem Mieter vorschreiben, welcher Subunternehmer beauftragt werden müsse. Zudem führe die Klausel zu einem undifferenzierten Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen, unabhängig davon, im Rahmen welcher Leistungen der Mangel entstanden sei. Die Beklagte habe zu dieser Vertragsklausel keine vorbehaltlose Unterlassungserklärung abgegeben.

Die Beklagte wendet ein, dass sie in Bezug auf den Passus "widrigenfalls jeglicher Gewährleistungsanspruch gegen die BUWOG erlischt" eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Die Frage nach einer teilweisen Unterlassungserklärung betreffe nicht die geltungserhaltende Reduktion, sondern die Wiederholungsgefahr, der ausreichend begegnet werde. Davon abgesehen sei die Klausel

in ihrer ursprünglichen Form zulässig. Sie enthalte keinen Vorwegausschluss der Gewährleistung; Gewährleistungsansprüche würden vielmehr nur dann verloren gehen, wenn der Mieter Änderungen durch Fremdprofessionisten vornehmen lasse. Dies sei sachlich gerechtfertigt, weil die Beklagte gegenüber den Handwerkern die Beweislast für das Vorliegen von Sachmängeln treffe. In den Verträgen mit den Professionisten werde auch häufig vereinbart, dass die Gewährleistungsansprüche verloren gingen, wenn am mangelhaften Teil Fremdarbeiten durchgeführt würden.

Das Erstgericht beurteilt die Klausel als unwirksam. Die Wiederholungsgefahr könne nur durch vollständige Unterwerfung unter den Klagsanspruch beseitigt werden. Der Unterlassungserklärung beigefügte Bedingungen oder Einschränkungen würden dafür nicht ausreichen. Die Beklagte habe daher keine ausreichende Unterlassungserklärung abgegeben. Inhaltlich sei die Vertragsbestimmung gröblich benachteiligend, wobei eine sachliche Rechtfertigung nicht bestehe. Es sei nämlich an der Beklagten gelegen, die Verträge mit den Professionisten in Bezug auf die Gewährleistungsansprüche in geeigneter Weise zu gestalten.

9.1 Nach § 9 Abs 1 MRG ist der Mieter - nach entsprechender Anzeige - zur Vornahme von wesentlichen Veränderungen des Mietgegenstands berechtigt. Selbst bei einer Weigerung des Vermieters hat der Mieter die Möglichkeit, die Durchsetzung der Arbeiten auch gegen

den Willen des Vermieters zu beantragen, soweit die positiven und negativen Voraussetzungen des § 9 Abs 1 Z 1 bis 7 MRG erfüllt sind. Da nach dieser Bestimmung die Anzeigepflicht auf wesentliche Veränderungen beschränkt ist, wird daraus geschlossen, dass unwesentliche Veränderungen keiner Genehmigung bedürfen (Prader, aaO, mwN).

Aus § 1098 ABGB wird abgeleitet, dass auch in diesem Bereich der Mieter Anspruch auf Durchführung diverser Änderungen hat, soweit dies für eine vertragskonforme Benützung notwendig ist und weder die Substanz des Hauses gefährdet noch sonstige wichtige Interessen des Vermieters oder anderer Mieter verletzt werden und diese leicht wieder zu beseitigen sind. Unter Beachtung dieser Grundsätze sind auch im Bereich des ABGB geringfügige Änderungen nicht genehmigungspflichtig; der Mieter kann diese also ohne Anzeige durchführen, wenn sie sich im Rahmen der Verkehrssitte halten (Prader, aaO).

Das Änderungsrecht des Mieters ist im durchsetzbaren Rahmen nicht an zusätzliche Vorgaben des Vermieters geknüpft. Dieses impliziert daher, dass jedenfalls die Auswahl der Professionisten dem Mieter überlassen bleibt.

9.2 Mit der zu beurteilenden Klausel wird die Ausübung des Änderungsrechts des Mieters (soweit er nicht von der Beklagten vorgegebene Professionisten beauftragt) bis zum Ende der Gewährleistungsfrist (für

Baumängel) mit der Sanktion des Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen (gegenüber der Beklagten) verknüpft.

Zunächst ist fraglich, was mit Gewährleistungsansprüchen (des Mieters) gegenüber der BUWOG gemeint ist. Wird vom Mieter ein eigener Professionist (Fremdprofessionist) beauftragt, so sollen die Gewährleistungsansprüche des Mieters gegenüber der BUWOG verloren gehen. Die Beklagte rechtfertigt dies damit, dass sie gegenüber den von ihr beauftragten Handwerkern die Beweislast für das Vorliegen von Sachmängeln treffe. Die Beklagte will somit ihre Inanspruchnahme aus Baumängeln, allgemein aus von ihr beauftragten mangelhaften Professionisten-Leistungen, durch den Mieter ausschließen.

9.3 Mängel in der Bauausführung können auch Auswirkungen auf die Brauchbarkeit einer Wohnung sowie allgemeiner Teile haben. Die Klausel bezieht sich damit auf sämtliche Mängel aus der Bauausführung einschließlich solcher, die den bedungenen Gebrauch der Wohnung ausschließen. Abgesehen davon, dass die Klausel auf Grund der Verwendung des Begriffs "Gewährleistungsanspruch" unklar und zumindest missverständlich ist, weist der Kläger zutreffend darauf hin, dass die Klausel undifferenziert Ansprüche aus der Tätigkeit der von der Beklagten beauftragten Professionisten ausschließt. Erfasst sind auch Ansprüche in Bezug auf Arbeiten, die mit allfälligen vom Mieter vorgenommenen

Änderungsarbeiten in keinem Zusammenhang stehen und sich von diesen eindeutig abgrenzen lassen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Badinstallationen bauherenseits mangelhaft ausgeführt wurden und der Mieter die Bodenlegearbeiten von einem selbst ausgewählten Professionisten ausführen lässt. Die Klausel führt somit zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Änderungsrechts des Mieters und zu einer unangemessenen Interessensverlagerung zu seinen Lasten.

9.4 Nach § 9 Abs 1 KSchG können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Diese Bestimmung bezieht sich somit auf gesetzliche Gewährleistungsansprüche nach §§ 922 ff ABGB bzw nach § 1167 ABGB. Wie bereits dargestellt, werden von der inkriminierten Klausel (im Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und den Mietern) nicht Vertragswidrigkeiten im Sinn einer Leistungsstörung aus einem Liefer-, Dienstleistungs- oder Werkvertrag erfasst; in Bezug auf Professionisten-Leistungen ist die Beklagte nicht Gewährleistungsschuldnerin.

9.5 Zur Frage der Unterlassungserklärung hat der OGH in der Entscheidung zu 8 Ob 17/00h Folgendes ausgesprochen:

"Nach § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung von in Abs 1 beschriebenen allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung binnen angemessener Frist

eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Nach der zu § 14 UWG ergangenen Rechtsprechung beseitigt eine der Unterlassungserklärung beigefügte Bedingung oder Einschränkung die Wiederholungsgefahr nicht, liegt doch darin keine vorbehaltlose Anerkennung des gegnerischen Anspruchs, sondern ein Beharren auf dem eigenen Standpunkt, was gerade keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen bietet (ÖBl 1972, 130; ÖBl 1996, 6; RdW 1999, 458; RdW 1999, 519 ua). Gerade die in den neu aufgelegten AGB der Beklagten ersichtliche beharrliche Fortschreibung zu Recht inkriminierter Verstöße gegen Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes in den Punkten "Rücktrittsrecht" und "Gewährleistung" zeigt, dass die Beklagte nicht bereit ist, sich gesetzeskonform zu verhalten, sodass entgegen ihrer Ansicht schon deshalb keine Rede davon sein kann, die Verwendung neuer AGB beseitige unabhängig von der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr."

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass grundsätzlich nur eine vollständige, uneingeschränkte und bedingungslose Unterwerfung unter den Unterlassungsanspruch die Wiederholungsgefahr beseitigt (RIS-Justiz RS0111637). Dies gilt insbesondere im Verbandsprozess,

weil auf Grund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden kann (RIS-Justiz RS0038205). Ziel der Unterlassungsklage nach § 28 KSchG ist es, auf einen angemessenen Inhalt der beanstandeten AGB hinzuwirken; der Verwender soll sie selbst gesetzeskonform gestalten (4 Ob 288/02k). Dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn der Beklagte in Bezug auf inkriminierte Klauseln nur eine einschränkende Unterlassungserklärung abgibt, weil er dadurch zu erkennen gibt, das ihm nicht daran gelegen ist, eine gesetzeskonforme Regelung zur Gestaltung der betroffenen Rechtsverhältnisse auszuarbeiten, sondern er die ursprüngliche Klausel soweit wie möglich aufrecht erhalten will. Insoweit hat das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht nur Auswirkungen auf das gerichtliche Unterlassungsgebot, sondern auch auf die Beurteilung der Wiederholungsgefahr auf Grund einer Unterlassungserklärung.

Die Gefahr künftigen rechtswidrigen Verhaltens ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Beklagte trotz teilweiser Unterlassungserklärung behauptet, dass die inkriminierte Klausel tatsächlich zulässig sei. In diesem Sinn vertritt die Beklagte auch noch im Berufungsverfahren die Ansicht, dass die inkriminierte Klausel auch in der ursprünglichen Form zulässig sei.

Nach den Feststellungen des Erstgerichts hat die Beklagte (auch) zu der zu beurteilenden Klausel nur

eine teilweise Unterlassungserklärung abgegeben. Das Vorliegen von Wiederholungsgefahr ist daher zu bejahen.

Klausel 23 (lit j):

Jede gänzliche oder teilweise, entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe des Mietgegenstandes bedarf der vorherigen schriftlichen Genehmigung der BUWOG.

In dieser Vertragsbestimmung erblickt der Kläger einen Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 11, 12 MRG sowie weiters gegen § 879 Abs 3 ABGB und gegen §§ 6 Abs 3 und 10 Abs 3 KSchG. Nach §§ 11, 12 MRG sei eine Weitergabe des Mietobjekts zulässig. Auch außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG könne die Weitergabe unter bestimmten Voraussetzungen (zB Aufnahme eines Lebensgefährten; prekaristische Weitergabe an einen in Scheidung lebenden Bekannten; Untervermietung während eines Auslandsaufenthalts) nicht verhindert werden. Zudem sei fraglich, was unter Weitergabe des Bestandobjekts zu verstehen sei. Darüber hinaus dürfe die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

Die Beklagte entgegnet im Wesentlichen, dass sie im Hinblick auf das Schriftformerfordernis sowie auf den Vollenwendungsbereich des MRG und den Anwendungsbereich des WGG eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Von diesen Überlegungen abgesehen sei die Regelung nicht intransparent, weil sich das Genehmigungserfordernis (außerhalb des vom Kläger geltend

gemachten Anwendungsbereichs) auf jede gänzliche oder teilweise, entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe des Mietgegenstands beziehe. § 1098 ABGB sehe vor, dass die Weitergabe des Mietgegenstands oder die Gabe in Unterbestand im Vertrag untersagt werden könne. Die Beklagte habe ein Interesse daran, dass der Mietgegenstand nur vom Vertragspartner verwendet werde.

Das Erstgericht betrachtet die hier in Rede stehende Klausel als unzulässig. Durch die Klausel werde die Untervermietung der Wohnung auch in jenen Fällen ausgeschlossen, in denen dies gemäß §§ 11 und 12 MRG zulässig sei. Da die Bestimmung den Eindruck erwecke, es sei jegliche Art der Untervermietung oder der Weitergabe des Mietgegenstands durch den Mieter unzulässig, sei sie auch intransparent. Dadurch werde nämlich gegen das Richtigkeitsgebot verstoßen, wonach eine Klausel die Rechtslage nicht verschleiern oder undeutlich darstellen dürfe.

10.1 In der Klausel wird jegliche Weitergabe des Mietgegenstands von der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Beklagten abhängig gemacht. Darin ist der Ausschluss der Wirksamkeit formloser Erklärungen (hier Zustimmungserklärungen) der Beklagten gelegen, was sich va zum Nachteil des Mieters auswirkt. Damit verstößt die Vertragsbestimmung gegen § 10 Abs 3 KSchG.

10.2 Die Beklagte erkennt selbst, dass das inkriminierte, allgemein gefasste Weitergabeverbot gegen §§ 11 und 12 MRG verstößt. Zum Hinweis der Beklagten

auf ihre (teilweise) Unterlassungserklärung in Bezug auf den Formvorbehalt und den Vollenwendungsbereich des MRG bzw den Anwendungsbereich des WGG ist sie auf die Ausführungen zur vorhergehenden Klausel zu verweisen. Nach den Feststellungen des Erstgerichts liegt auch in dieser Hinsicht keine vollständige Unterwerfung ohne Bedingungen und Einschränkungen vor.

11.1 Zum Veröffentlichungsbegehren, dem das Erstgericht im Umfang der Unterlassungspflicht stattgegeben hat, führt die Beklagte in ihrer Berufung aus, dass eine Veröffentlichung in einer österreichweit verbreiteten Tageszeitung voraussetze, dass an einer derartigen Publizität ein gerechtfertigtes Interesse bestehe. Eine Veröffentlichung sei nur bei einem schutzwürdigen Interesse an der Aufklärung des Publikums gerechtfertigt. Dementsprechend müsse die Rechtsverletzung einem größeren Personenkreis bekannt geworden sein und sich auch noch künftig auswirken können. Das Urteil enthalte keine Feststellungen über den Umfang und die Häufigkeit der Verwendung der inkriminierten Vertragsklauseln. Aus diesem Grund liege ein sekundärer Verfahrensmangel (Feststellungsmangel) vor.

11.2 Das Erstgericht hat zu Beginn seiner Entscheidungsgründe als unstrittig festgehalten, dass die Beklagte va mit Verbrauchern in ganz Österreich hinsichtlich der Vermietung von Wohnungen in rechtsgeschäftlichen Kontakt trete. In dieser Hinsicht hat die Beklagte das Vorbringen zu Pkt II der Klage außer

Streit gestellt (AS 23). Damit steht fest, dass an einer Mietwohnung interessierte Verbraucher österreichweit mit den inkriminierten Vertragsklauseln in Berührung kommen und davon betroffen sein können.

11.3 Die Urteilsveröffentlichung im Verfahren über eine Verbandsklage nach § 28 KSchG verfolgt den gleichen Zweck wie die Urteilsveröffentlichung nach § 25 UWG. Der Zweck einer derartigen Urteilsveröffentlichung besteht darin, eine durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufene unrichtige Meinung wieder richtigzustellen und zu verhindern, dass die Meinung weiter um sich greift. Auf diese Weise soll auch der entstandene Schaden gutgemacht und der Verletzer vor weiteren Nachteilen bewahrt werden (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0079764). Das Ziel der Urteilsveröffentlichung besteht somit in der Aufklärung des Publikums über einen Gesetzesverstoß; die abstrakte Eignung, diesen Zweck zu erreichen, ist ausreichend (4 Ob 288/02k). Dementsprechend ist sie in einem solchen Umfang zu erteilen, dass diejenigen Personen, die vom Verstoß Kenntnis erlangt haben, über die Gesetzwidrigkeit des Handelns des Beklagten (und über den wahren Sachverhalt) aufgeklärt werden (4 Ob 114/91).

11.4 Angesichts der bundesweiten Tätigkeit der Beklagten und der evident großen Zahl an Verträgen, die unter Zugrundelegung der in Rede stehenden Bestimmungen mit Verbrauchern abgeschlossen werden, erscheint die

begehrte Urteilsveröffentlichung gerechtfertigt, um dem anerkannten Ziel der möglichst angemessenen Aufklärung des betroffenen Publikums Rechnung zu tragen. Die vom Erstgericht ausgesprochene Unterlassungspflicht der Beklagten ist daher gerechtfertigt. Angemerkt wird, dass es sich beim Anspruch auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung um einen vom Unterlassungsbegehren abhängigen Nebenanspruch handelt (RIS-Justiz RS0079531).

12. Insgesamt ergibt sich somit, dass die angefochtene Entscheidung in teilweiser Stattgebung der Berufung des Klägers in Bezug auf die Klausel 12 (lit d) und die Klausel 29 (lit f) im Sinn einer Klagsstattgebung abzuändern und hinsichtlich der Klausel 18 (lit l) aufzuheben war. Zur Klausel 11 (lit c) war das angefochtene Urteil hingegen zu bestätigen.

Die von der Berufung der Beklagten betroffenen Klauseln (lit a, b, e, g, h, j) sind gesetzwidrig, weshalb sie vom Erstgericht zu Recht als unwirksam beurteilt wurden. Der Berufung der Beklagten war daher der Erfolg zu versagen.

13. Im Hinblick auf das erstinstanzliche Verfahren waren die Kosten auch hinsichtlich des mit Teilurteil erledigten Begehrens gemäß § 52 ZPO (iVm § 392 Abs 1 ZPO) der Endentscheidung vorzubehalten. Der endgültige Prozessserfolg der Parteien kann noch nicht beurteilt werden.

Der Kostenvorbehalt hinsichtlich der sich auf die

Berufung des Klägers beziehenden Kosten stützt sich auf § 52 ZPO.

Da die Beklagte mit ihrer Berufung nicht durchgedrungen ist, hat sie gemäß §§ 50, 41 ZPO dem Kläger die tarifmäßigen Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen. Der Kläger hat sein Unterlassungsbegehren, das sich insgesamt auf zwölf Klausel erstreckt hat, mit EUR 21.500,-- bewertet. Das Interesse am Urteilsveröffentlichungsbegehren hat er mit EUR 4.500,-- angegeben; die anteilige Ermittlung des Berufungsinteresses erfasst auch das Veröffentlichungsbegehren, weil sich die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung nur auf den klagsstattgebenden Urteilsspruch erstreckt (RIS-Justiz RS0035828). Da sich die Berufung der Beklagten auf insgesamt sechs Klauseln bezieht, errechnet sich die Bemessungsgrundlage mit EUR 13.000,--. Angemerkt wird, dass der Kläger für seine Berufungsbeantwortung nur 100% ES verzeichnet hat. Demnach bestimmen sich die berechtigten Kosten für die Berufungsbeantwortung des Klägers mit EUR 833,28 inkl EUR 138,88 USt. Die Kosten für die Berufungsbeantwortung des Klägers waren entsprechend zu korrigieren.

14. Bei der gemäß § 500 Abs 2 Z 1 lit a und b ZPO erforderlichen Bewertung des vom Teilurteil erfassten Entscheidungsgegenstands war auszusprechen, dass auch dieser EUR 20.000,-- übersteigt. Nach der Bewertung durch den Kläger entfällt auf jede Klausel hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens ein Betrag von EUR 1.791,67

sowie hinsichtlich des Veröffentlichungsbegehrens (vgl. Stohanzl, JN-ZPO¹⁵ E 17 zu § 54 JN) ein solcher von EUR 375,--. Diese Bewertung erscheint in Anbetracht der Anzahl der vom Teilurteil umfassten Klauseln und der Bedeutung der Verwendung dieser Klauseln durch die Beklagte als zu gering. Diese Überlegungen führen zu einer die genannte Wertgrenze übersteigenden Bewertung.

Im Hinblick auf das mit Teilurteil erledigte Begehren ist die ordentliche Revision nicht zulässig, weil das Berufungsgericht nicht über eine erhebliche Frage des formellen oder materiellen Rechts zu entscheiden hatte. Aus diesem Grund bestand hinsichtlich der Aufhebung des angefochtenen Urteils für einen Ausspruch im Sinn des § 519 Abs 1 Z 2 ZPO kein Anlass.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt 1, am 30. Mai 2006



Dr. Renate Pimmer
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Renate Pimmer