



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Hofmann als Vorsitzenden, die Richterin MMag. Pichler und den Richter Mag. Meinl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Hapimag AG**, Sumpfstraße 18, 6312 Steinhausen, Schweiz, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert gesamt EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 28.12.2023, 43 Cg 21/22v-27, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht** Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.662,52 (darin EUR 610,42 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klagslegitimierter Verein. Die Beklagte ist eine zur Registernummer CHE-101.391-790 eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in

6312 Steinhausen im Kanton Zug in der Schweiz. Nach ihren Statuten „erstellt, erwirbt, mietet, verwaltet und betreibt“ die Beklagte „Feriendörfer, Apartmentanlagen, Hotels und ähnliche Einrichtungen, um diese in erster Linie ihren Aktionären und Partnern im Rahmen der Hapimag Ferienidee gemäß vom Verwaltungsrat festgesetzten Bedingungen zu möglichst vorteilhaften Konditionen zur Verfügung zu stellen.“

Die Beklagte bietet ihre Leistungen auch gegenüber Verbrauchern im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie hat 6681 Aktionäre in Österreich. Dementsprechend sind 6,41% der Aktionäre der Beklagten in Österreich ansässig.

Das Geschäftsmodell der Beklagten erklärt diese auf ihrer Website wie folgt:

„Wir sind rund 120.000 Mitglieder, die es lieben, entspannten und verantwortungsbewussten Urlaub zu machen. Deshalb investieren wir gemeinsam in Ferienwohnungen in ganz Europa, die wir individuell nützen können.“

Um das Angebot der Beklagten nutzen zu können, müssen Aktien gekauft werden. Mit den gehaltenen Aktien sind sogenannte „Wohnpunkte“ verbunden. Darüber hinaus sehen AGB der Beklagten „Allgemeine Bestimmungen zum Erwerb der Mitgliedschaft bei der Hapimag“, die zahlreichen aufrechten Verträgen zugrunde liegen, auch noch vor:

„Erwerb und Besitz jeder Aktie sind mit einem Darlehensvertrag verbunden, wonach der Partner Hapimag zur Beschaffung von Ferienwohnraum und Infrastruktur ein unverzinsliches Darlehen [...] gewährt.“

Mit den Wohnpunkten können Ferieneinrichtungen der Beklagten genutzt werden. Jedes Mitglied (also jeder Aktionär) erhält mindestens 60 Wohnpunkte pro Jahr. Allerdings können, falls einem Mitglied für den geplanten Urlaub derartige Wohnpunkte fehlen, „bis zu 120 Punkte dazu gekauft“

werden, also entgeltlich bei der Beklagten erworben werden.

Aufgrund des Geschäftsmodells der Beklagten, die für die Nutzung ihres Angebotes die Aktionärsstellung voraussetzt, sind Mitgliedschaft und Nutzung des Angebots der Beklagten eng miteinander verbunden.

Die Beklagte verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen mit österreichischen Verbrauchern zugrunde gelegt hat. Es kann nicht festgestellt werden, wie viele Verträge davon den hier vorgelegten AGB noch immer unterliegen. Es kann nicht festgestellt werden, ob und welche neue Fassung die Beklagte für ihre AGB verwendet bzw verwenden wird.

Der **Kläger** begehrt, die Beklagte im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr mit Verbrauchern mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich geschlossenen Verträgen zugrundelegt, zur Unterlassung der Verwendung und des Sich-Berufens von 48 Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu verpflichten. Der Kläger begehrt auch die Ermächtigung, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen (in eventu in einem vom Gericht festzusetzenden Medium in einer vom Gericht festzusetzenden Art und Weise - ON 18.2 S 3).

Die Verträge unterlägen, soweit sie die Beklagte mit Verbrauchern mit Wohnsitz in Österreich schließe, zur Gänze österreichischem Recht. Aufgrund des Geschäftsmodells der Beklagten, die die Aktionärsstellung für die Nutzung ihres Angebotes voraussetze, seien Mitgliedschaft und Nutzung des Angebots der Beklagten eng miteinander verbunden.

Schon allein die Möglichkeit, zusätzliche Nutzungsrechte auch entgeltlich von der Beklagten zu erwerben, führe dazu, dass die Verträge zwischen der Beklagten und Verbrauchern mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich schlicht als „Verträge über Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien im Sinne der Richtlinie 94/47/EG“ zu behandeln seien und daher aufgrund Art 6 Abs 4 lit c Rom I-VO österreichisches Sachrecht anzuwenden sei. Aus diesem Grund seien auch jene Regelungen, die formell Statutenbestimmungen seien, jedoch die Nutzung des Angebots der Beklagten regeln, nicht nach dem Gesellschaftsstatut, sondern infolge der Ausrichtung der Beklagten auch auf den österreichischen Markt nach dem österreichischen Recht zu prüfen. Das Personalstatut des § 10 IPRG betreffe nur Regelungen der „inneren Verfassung“ der Gesellschaft, also Fragen des Gesellschaftsrechtes, das ausschließlich die organisatorischen Aspekte dieser Gesellschaften betreffe. Die inkriminierten Klauseln seien daher nicht vom Personalstatut umfasst; materiell lägen Verbraucherverträge vor.

Aus den hohen Aktionärs- bzw Mitgliedszahlen der Beklagten sei zu schließen, dass die inkriminierten Klauseln einer sehr hohen Zahl von Verbraucherverträgen zugrunde gelegt worden seien und werden, was das bundesweite Veröffentlichungsbegehren rechtfertige. Die begehrte Urteilsveröffentlichung in der bundesweiten „Kronen“-Zeitung habe die größte Breitenwirkung und entspreche dem Talionsprinzip.

Die **Beklagte** wendet im Wesentlichen ein, sie schließe keine Verträge mit Kunden, sondern bloß mit ihren Aktionären, beispielsweise um an diese Aktien zu veräußern. Für die Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären der Beklag-

ten und der Beklagten sei aufgrund von § 10 IPRG und des Gesellschaftsstatuts der Beklagten das Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft anzuwenden. Statuten von Aktiengesellschaften unterlägen nicht der Klauselkontrolle nach dem KSchG oder dem ABGB. Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert. Mangels Zahlung eines Gesamtentgelts sei das TNG 2011 nicht anwendbar. Es sei keine Vertragslaufzeit vorgesehen, weil die Aktionäre ihre Aktien stets verkaufen könnten. Die Aktionärsstellung sei die charakteristische Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und ihren Aktionären. Es läge in der Hand der Aktionäre, wesentliche Aspekte der Aktionärsstellung sowie der Nutzung von Einrichtungen der Beklagten durch die Statuten festzulegen.

Die vom Kläger begehrte Urteilsveröffentlichung sei überschießend und punitiv. Da sich der potentielle Wettbewerbsverstoß nur gegenüber einem sehr beschränkten Personenkreis und auf einen beschränkten Zeitraum auswirke, komme die begehrte Veröffentlichung nicht in Betracht. Um unverhältnismäßig hohe Kosten der Veröffentlichung zu verringern und damit der Zweck der gesetzlichen Regelung gewahrt werde, schlug die Beklagte vor, dass die Urteilsveröffentlichung - beschränkt auf das Notwendige - im redaktionellen Teil/Amtsblatt der „Wiener Zeitung“ stattfinde. Die relativ geringe Anzahl an österreichischen Aktionären und potentiellen österreichischen Aktionären könne vor allem durch eine Veröffentlichung auf der aus Österreich abrufbaren Website der Beklagten wesentlich kostengünstiger, effizienter und vor allem zielgerichteter angesprochen werden.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt, wobei es die Leistungsfrist für das Verwenden mit drei Monaten und für das Sich-Berufen mit 14

Tagen festsetzte. Es traf dazu neben dem eingangs bereits zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt die auf den Urteilsseiten 12 bis 14 wiedergegebenen Feststellungen.

Das Erstgericht bejahte trotz der Gerichtsstandsvereinbarung in Klausel 15 seine internationale Zuständigkeit aufgrund von Art 23 Abs 5 iVm Art 17 Z 3 LGVÜ. Unterlassungsansprüche nach § 28 KSchG seien an sich als außervertraglich zu qualifizieren und fielen als solche unter Art 6 Abs 1 Rom II-VO. Das für die Beurteilung einer konkreten Vertragsbestimmung maßgebende Recht ergebe sich allerdings auch bei einer Verbandsklage aus der Rom I-VO. Dies führe im Ergebnis ebenso zur Anwendung des Rechts des Verbraucherstaates gemäß Art 6 Abs 1 Rom-I-VO. Auf eine allfällige Rechtswahl komme es nicht an. Die Rechtsansicht des Erstgerichts zu den einzelnen Klauseln wird jeweils bei diesen wiedergegeben.

Dagegen richtet sich die **Berufung** der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit einem auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Die Beklagte sieht einen Verfahrensmangel darin, dass das Erstgericht das tatsächlich anwendbare **Schweizer Recht** nicht geprüft hat. Ein solcher Verfahrensmangel kann jedoch nur vorliegen, wenn tatsächlich Schweizer Recht anwendbar ist, was die Beklagte mit der Aktionärsenschaft

ihrer „Kunden“ begründet. Auch in Klausel 16 wurde die Anwendbarkeit von Schweizer Recht vereinbart.

1.1. Die Verordnungen Rom I und Rom II gelten jeweils für vertragliche bzw außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen (Art 1 Abs 1 Rom I-VO und Rom II-VO). Ebenfalls in beiden Verordnungen ist das nach der jeweiligen Verordnung bezeichnete Recht auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist (Art 2 Rom I-VO und Artl 3 Rom II-VO). Damit sind diese beiden Verordnungen auch im Verhältnis zu einem Drittstaat wie der Schweiz zu beachten (vgl auch zB *Musger* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB ABGB⁷ Art 2 Rom I-VO Rz 1; *Neumayr* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB ABGB⁷ Art 3 Rom II-VO Rz 1; *Laimer* in *Laimer*, IPR Praxiskommentar Art 2 Rom I-VO Rz 1; *Koch* in *Laimer*, IPR Praxiskommentar Art 3 Rom II-VO Rz 1). Die Ansicht der Beklagten, die Anwendung der Rom I-VO und der Rom II-VO scheide aufgrund ihres Sitzes in der Schweiz aus, ist daher verfehlt.

1.2. Jedoch sind nach Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen, wie die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person von der Rom-I VO ausgenommen.

Ebenso nimmt Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht, dem Vereinsrecht und dem Recht der juristischen Personen ergeben, wie die Errichtung durch Eintragung oder

auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen, die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person sowie die persönliche Haftung der Rechnungsprüfer gegenüber einer Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern bei der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen aus der Rom II-VO aus.

1.3. Nach den Materialien sind Gegenstand der Bereichsausnahme Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO diejenigen Rechtsakte, die das Organisationsrecht der Gesellschaft und die gesellschaftsrechtliche Stellung der Mitglieder und Organmitglieder determinieren. Dies gilt etwa für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung, für die Zeichnung von Aktien, für die Ausübung des Stimmrechts, die Beschlussfassung, die Organbestellung und -abberufung usw (vgl *Eckert/Dobrijević* in *Laimer*, IPR Praxiskommentar Art 1 Rom I-VO Rz 40).

1.4. Nach Ansicht von *Eckert/Dobrijević* sei die Bereichsausnahme insgesamt so zu verstehen, dass bei Schuldverträgen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter an das Vertragsstatut anzuknüpfen sei. Die Bereichsausnahme greife nur bei jenen Rechtsgeschäften, die in der deutschsprachigen Literatur oft als „körperschaftsrechtlich“ bezeichnet würden: Rechtsgeschäfte, die direkt das Organisationsrecht der Gesellschaft, die Rechtsstellung der Mitglieder oder die Rechtsstellung der Organmitglieder begründen, beenden oder gestalten (Abschluss des Gesellschaftsvertrags, Zeichnungsvertrag, Anteilsübertragung, Beendigung der Mitgliedschaft, Gesellschafter- und Organbeschlüsse, Strukturänderungen, Organbestellung und -abberufung usf) (*Eckert/Dobrijević* in *Laimer*, IPR Praxiskommentar Art 1

Rom I-VO Rz 42).

Von der Anwendbarkeit der Rom I-VO ausgenommen und nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen seien: die Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft; die Vertretungsmacht der Organe, einschließlich Beschränkungen, Missbrauch und Insichgeschäfte; sämtliche Rechte und Pflichten der Gesellschafter, die aus der Mitgliedschaft erwachsen, insbesondere Begründung, Inhalt und Erlöschen von Einlagepflichten; die Rechtsstellung der Organe im Innen- und Außenverhältnis, insbesondere ihre Zusammensetzung, Bestellung und Abberufung sowie Aufgaben einschließlich Geschäftsführungsbefugnis; das gesamte Recht der Hauptversammlung: Einberufung, Nachweis der Gesellschafterstellung, Rechte der Aktionäre (Stimm-, Rede- und Auskunftsrecht) und ihre Ausübung, die Organisation der Abstimmung, die Feststellung des Beschlusses bis hin zur Bekämpfung rechtswidriger Beschlüsse; die Kapitalerhaltung, insbesondere Zulässigkeitsvoraussetzungen von Ausschüttungen seien dem Statut jener Gesellschaft zu entnehmen, aus der ausgeschüttet werde; die Rechnungslegung (Einzel- und Konzernabschluss); das Erlöschen der Gesellschaft und Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung. Hingegen unterlägen Verträge, die Anteile an einer Gesellschaft nur zum Gegenstand haben, wie insbesondere Anteilskaufverträge oder Treuhandverträge über Gesellschaftsanteile, dem Schuldstatut (*Eckert/Dobrijević* in Laimer, IPR Praxiskommentar Art 1 Rom I-VO Rz 46).

Hier könnten die Punkte „sämtliche Rechte und Pflichten der Gesellschafter, die aus der Mitgliedschaft erwachsen,“ und „Rechte der Aktionäre (Stimm-, Rede- und Auskunftsrecht) und ihre Ausübung“ relevant sein.

1.5. Zu Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO wird vertreten, dass, wenn ein außervertragliches Schuldverhältnis gerade

aus dem Recht der juristischen Personen (insbesondere dem Gesellschaftsrecht), das deren Bestand, ihre innere Organisation sowie die internen Verantwortlichkeiten regelt, resultiert, dies kollisionsrechtlich nicht nach dieser VO, sondern nach dem Personalstatut der juristischen Person zu beurteilen sei (*Koch in Laimer, IPR Praxiskommentar Art 1 und Art 2 Rom II-VO Rz 39*). Im Anwendungsbereich der Rom II-VO verbleiben aber die weder eindeutig Art 1 Abs 2 lit c noch lit d Rom II-VO zuordenbaren kapitalmarktrechtlichen Fragen der Prospekthaftung oder die deliktische Haftung von Rating-Agenturen (*Koch in Laimer, IPR Praxiskommentar Art 1 und Art 2 Rom II-VO Rz 38*).

1.6. Die Beklagte stützt sich für ihre Ansicht, dass Gesellschafter und Aktionäre im Verhältnis zur Gesellschaft nicht als Verbraucher anzusehen seien, auf die Entscheidung 6 Ob 18/17s. Jedoch betraf diese einen gänzlich anders gelagerten Sachverhalt, erwarb nämlich der dortige Kläger Aktien der Beklagten seiner Ansicht nach weit über dem wahren Börsenpreis, weil die Beklagte als Emittentin fundamentale Informationen zur Preisbildung verschwiegen und damit gegen die Verpflichtung zur Ad-hoc-Publizität gemäß § 15 Abs 1 dWpHG verstoßen habe. Der Schaden des Klägers ergebe sich daraus, dass er bei Kenntnis der von der Beklagten verschwiegenen Umstände alternativ in andere deutsche Industrieaktien investiert hätte.

Der OGH verneinte in 6 Ob 18/17s die Anwendbarkeit des Verbrauchergerichtsstands nach Art 17 EuGVVO. Es bestehe keine direkte Vertragsbeziehung, weil der Kläger die Aktien gar nicht von der Beklagten selbst, sondern am Sekundärmarkt erworben habe. Es könne auch nicht ohne weiteres ein „Ausrichten“ der gewerblichen Tätigkeit der Beklagten auf Österreich angenommen werden. Das Aktionärsverhältnis als solches sei kein „Geschäft zur privaten Geldanlage“,

sondern entgeltfremd. Dass der Aktionär im Verhältnis zur Gesellschaft nicht als Verbraucher im Sinn des EuGVVO anzusehen sei, ergebe sich auch daraus, dass der Verbraucher Empfänger der vertragscharakteristischen Leistung sein müsse. Im Gegensatz zum Kauf- oder Werkvertrag kenne das auf Dauer angelegte Gesellschaftsverhältnis weder eine vertragscharakteristische Leistung noch ein Synallagma. Die Satzung als Organisationsverfassung der Gesellschaft regle vielmehr ausschließlich die wechselseitigen Rechte und Pflichten zwischen Gesellschaft und Gesellschafter und sei entgeltfremd. Damit liege zwischen dem Kläger und der Beklagten gerade kein derartiges Rechtsgeschäft vor, sondern ein entgeltfremdes Dauerschuldverhältnis organisationsrechtlicher Natur.

1.7. *Jesser-Huß* geht davon aus, dass bei vereins- oder gesellschaftsrechtlicher Konzeption des Timesharings die Anknüpfungsregeln des internationalen Gesellschaftsrechts zu beachten seien (*Jesser-Huß* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 17 TNG 2011 Rz 3).

1.8. Nach der EuGH-Entscheidung C-25/18 *Kerr* betrifft der in Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO vorgesehene Ausschluss von Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht nicht die Forderung einer Rechtsgemeinschaft, die durch die von deren Verwalter vertretenen Miteigentümer eines Wohngebäudes gebildet wird, auf Zahlung von Jahresbeiträgen zum Haushalt der Eigentümergemeinschaft dieses Gebäudes (die unter das allgemeine Schuldrecht fällt), sondern ausschließlich die organisatorischen Aspekte dieser Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (C-25/18, *Kerr*, Rn 33).

1.9. In seiner Entscheidung C-272/18, *VKI gegen TVP*, hielt der EuGH fest, dass der in Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO vorgesehene Ausschluss von Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der ju-

ristischen Personen - wie die Errichtung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen durch Eintragung oder auf andere Weise, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit, ihre innere Verfassung und ihre Auflösung - vom Anwendungsbereich der Verordnung ausschließlich die organisatorischen Aspekte dieser Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen betreffe. Dieser Ausschluss gelte für all jene sehr komplexen Rechtsakte, die für die Errichtung einer Gesellschaft erforderlich seien oder ihre innere Verfassung oder ihre Auflösung regeln, das heißt für die unter das Gesellschaftsrecht fallenden Rechtshandlungen (C-272/18, *VKI gegen TVP*, Rn 35 f).

1.10. Wie in C-272/18, *VKI gegen TVP*, Rn 39, geht es im hier zu beurteilenden Fall nicht um die Tragweite der etwaigen Rechte und Pflichten, die die Treugeber nach dem anwendbaren Gesellschaftsrecht gegenüber den Kommanditgesellschaften haben, oder ihre etwaigen Verbindlichkeiten gegenüber Drittgläubigern der Gesellschaft, sondern um die Missbräuchlichkeit und deshalb die Zulässigkeit bestimmter Klauseln (dort der Treuhandverträge).

1.11. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass hier nicht wie in 6 Ob 18/17s die Aktien der Beklagten zum Zweck der Vermögensanlage durch Kurssteigerung und Erhalt von Dividenden erworben werden. Vielmehr ermöglicht der Erwerb der Aktie der Beklagten, der mit einem unverzinslichen Darlehen verbunden ist, den Zugang zu den Ferieneinrichtungen der Beklagten. Diese Fälle können daher nicht miteinander verglichen werden. Die Beklagte schließt mit ihren Kunden nicht nur die eben erwähnten Darlehensverträge ab. Vielmehr beruht auch die Nutzung der einzelnen Ferienobjekte auf weiteren Einzelverträgen (vgl zB Klauseln 20, 21 und 23). Das vorliegende Verfahren betrifft die von der Beklagten verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen

und nicht ihre Satzung (UA S 14; Beilagen ./A, ./B, ./C, ./D, ./E, ./F).

Auch wenn die Stellung als Aktionär Voraussetzung für die Nutzung des Angebots der Beklagten und die Betroffenheit von den AGB ist, regeln die vom Kläger bekämpften Klauseln keine typischen Rechte und Pflichten eines Aktionärs, sondern handelt es sich um ein spezielles System zur Nutzung von Ferieneinrichtungen. Damit kann die vorliegende Klage aber nicht unter die gesellschaftsrechtlichen Ausnahmen nach Art 1 Abs 3 lit f Rom I-VO und Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO fallen. Es bleibt somit bei der Anwendbarkeit der Rom I-VO und Rom II-VO.

1.12. Nach dem Vorabentscheidungsverfahren C-191/15, *VKI gegen Amazon*, ist der Unterlassungsanspruch als solcher nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO nach österreichischem Recht als dem Recht des Marktortes zu beurteilen, weil sich der Kläger ausschließlich gegen die Verwendung der Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern wendet, deren gewöhnlicher Aufenthalt in Österreich liegt. Dies betrifft etwa Fragen der Reichweite des Unterlassungsanspruchs (Verbot von „sinngleichen“ Klauseln) und der Wiederholungsgefahr. Davon getrennt ist zu prüfen, nach welchem Recht die Frage der Missbräuchlichkeit der einzelnen Klauseln zu beurteilen ist. Dieses Recht ist nach der Entscheidung des EuGH durch Anwendung der Rom I-VO zu ermitteln (vgl 2 Ob 155/16g Punkt 2.1).

1.13. Nach den Feststellungen richtet die Beklagte ihre Tätigkeit (auch) auf Österreich aus und fallen die mit den Verbrauchern angestrebten Verträge (zB Darlehensverträge, Verträge über die Nutzung von Appartements zu bestimmten Zeiten) in den Bereich dieser Tätigkeit. Art 6 Abs 4 lit d Rom I-VO nimmt zwar Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder die Miete oder

Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, aus, nennt aber als Gegen Ausnahme Verträge über Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien im Sinne der Richtlinie 94/47/EG. Diese Richtlinie wurde durch RL 2008/122/EG ersetzt. Gemäß deren Art 18 gelten Verweisungen auf die aufgehobene Richtlinie als Verweisungen auf RL 2008/122/EG.

In Art 2 Abs 1 lit a RL 2008/122/EG wird der „Teilzeitnutzungsvertrag“ als ein Vertrag mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr, mit dem der Verbraucher gegen Entgelt das Recht erwirbt, eine oder mehrere Übernachtungsunterkünfte für mehr als einen Nutzungszeitraum zu nutzen, definiert. Dies ist hier der Fall.

1.14. Daher ist die Verbraucherschutzvorschrift des Art 6 Rom I-VO anwendbar. Die objektive Anknüpfung nach Abs 1 dieser Bestimmung führt zur Anwendung österreichischen Rechts. Davon kann zwar nach Art 6 Abs 2 Rom I-VO mit Rechtswahl im Sinne von Art 3 Rom I-VO abgewichen werden. Die Rechtswahl kann aber nach dieser Bestimmung nicht dazu führen, dass in Österreich ansässigen Verbrauchern der Schutz zwingender Bestimmungen des österreichischen Rechts entzogen würde (vgl 2 Ob 155/16g Punkt 2.2).

Eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Gewerbetreibenden enthaltene Klausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde und nach der auf einen mit einem Verbraucher geschlossenen Vertrag das Recht des Mitgliedstaats anzuwenden ist, in dem der Gewerbetreibende seinen Sitz hat, ist missbräuchlich, sofern sie den Verbraucher in die Irre führt, indem sie ihm den Eindruck vermittelt, auf den Vertrag sei nur das Recht dieses Mitgliedstaats anwendbar, ohne ihn darüber zu unterrichten, dass er nach Art 6 Abs 2 Rom-I VO auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genießt, das ohne diese Klausel anzuwenden wäre (C-191/15, VKI gegen Amazon, Spruchpunkt 2;

vgl RS0131887). Dies bestätigte der OGH auch in seiner Entscheidung 8 Ob 59/20i, die eine Verbandsklage gegen eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz betraf, die im Wege eines „Online Ticket Marktplatzes“ gewerbsmäßig Tickets zwischen Veranstaltern bzw Verkäufern und Kaufinteressenten für weltweit stattfindende Veranstaltungen vermittelte (8 Ob 59/20i [1, 20]).

1.15. Damit ist Klausel 16 unzulässig und kann die Anwendbarkeit von Schweizer Recht nicht begründen. Es ist daher österreichisches Recht anwendbar. Der von der Beklagten geltend gemachte Verfahrensmangel der unterlassenen Ermittlung Schweizer Rechts liegt nicht vor.

2. Zur Prüfbefugnis des Klägers: Beim Kläger handelt es sich um einen nach § 29 KSchG klageberechtigten Verband. Strittig sind hier Klauseln in AGB und nicht in der Satzung einer AG (UA S 14; Beilagen ./A, ./B, ./C, ./D, ./E, ./F). Darüber hinaus hat der OGH festgehalten, dass die rechtliche Ausgestaltung der Genussrechte keiner besonderen gesetzlichen Regelung unterliegt und dies für den Emittenten weitgehende Gestaltungsfreiheit bedeutet. Der Privatautonomie sind aber grundsätzlich durch die Bestimmungen der §§ 864a, 879 ABGB und § 6 KSchG Grenzen gesetzt (1 Ob 105/10p [7.2]).

3. Das Klagebegehren richtet sich nur gegen die Verwendung gegenüber Verbrauchern mit Sitz in Österreich. Diese Beschränkung auf Verbraucherverträge findet sich auch in § 1 **TNG 2011**. Das TNG 2011 ist zu Gunsten des Verbrauchers zwingend (§ 1 Abs TNG 2011).

§ 2 Abs 1 Z 1 TNG 2011 definiert den „Teilzeitnutzungsvertrag“ als einen Vertrag, mit dem ein Unternehmer einem Verbraucher gegen ein Gesamtentgelt für eine Dauer

von mehr als einem Jahr das dingliche oder obligatorische Recht einräumt, ein oder mehrere Nutzungsobjekte wiederkehrend für jeweils einen begrenzten Zeitraum zu nutzen, und zwar unabhängig von der für die Rechtseinräumung gewählten Rechtsform, von der Rechtsform des Unternehmers und von den das Nutzungsobjekt betreffenden Rechtsverhältnissen.

Die Beklagte argumentiert, dass das TNG 2011 nicht anwendbar sei, weil ihre Aktionäre kein Gesamtentgelt entrichten, vielmehr würden sie einen jährlichen Beitrag leisten.

Dabei übersieht die Beklagte, dass die Verbraucher einerseits eine Aktie (gegebenenfalls am Sekundärmarkt) erwerben und andererseits der Beklagten auch ein unverzinsliches Darlehen gewähren müssen. Dazu kommt, dass in der Begriffsbestimmung des Art 2 Abs 1 lit a RL 2008/122/EG der Begriff „Gesamtentgelt“ nicht vorkommt.

Laut ihrem Erwägungsgrund 1 war Anlass für RL 2008/122/EG, dass sich der Markt für Teilzeitnutzungsrechte weiterentwickelt habe und neue ähnliche Urlaubsprodukte auf den Markt gebracht worden seien. Diese neuen Urlaubsprodukte sowie bestimmte mit Teilzeitnutzungsrechten zusammenhängende Geschäfte, wie Wiederverkaufsverträge und Tauschverträge, wurden von der Richtlinie 94/47/EG nicht erfasst. Ferner habe sich bei der Anwendung der Richtlinie 94/47/EG gezeigt, dass einige ihrer Bestimmungen aktualisiert oder klarer formuliert werden müssten, um zu verhindern, dass Produkte entwickelt würden, mit denen diese Richtlinie umgangen werden solle.

Die Gerichte haben sich bei der Auslegung der nationalen Vorschrift so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck der Richtlinie zu orientieren und Rechtsbegriffe, die in der Richtlinie und im innerstaatlichen Recht übereinstim-

men, entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Begriffen auszulegen (RS0075866). Im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung stellen daher bereits Aktienerwerb bzw sogar allein die Darlehensgewährung ein „Gesamtentgelt“ dar, das hier den Anwendungsbereich des TNG 2011 eröffnet (vgl zu diesem Thema auch *Jesser-Huß* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 2 TNG 2011 Rz 5, der ebenfalls für ein weites Verständnis im Sinne der Richtlinie plädiert). Somit sind die bekämpften Klauseln auch in Hinblick auf das TNG 2011 zu prüfen.

4. Voranzustellen sind folgende **Grundsätze der ständigen Rechtsprechung des OGH im Verbandsprozess** (zB 6 Ob 24/20b mwN):

4.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

4.2. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein „Überrumpelungseffekt“ innewohnen (RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftstyp üblich ist und ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (RS0105643 T3). Auf ihren Inhalt allein kommt es aber nicht an. Er spielt vor allem der Zusammenhang mit

der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich besonders aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (RS0014659 T2). Die Bestimmung darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner - ein durchschnittlich sorgfältiger Leser - dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte (RS0014646 T14). Gegen die für die Art des Rechtsgeschäfts typischen Vertragsbestimmungen kann auch ein unerfahrener Vertragspartner nicht ins Treffen führen, er sei von ihnen überrascht worden (RS0014610). Die Ungewöhnlichkeit eines Inhalts ist nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen (RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln; eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234). Die Geltungskontrolle ist nicht allein auf Nebenabreden beschränkt, sondern umfasst auch Vertragsbestimmungen über die Begründung, Umgestaltung bzw Erweiterung der Hauptpflichten (RS0014603).

4.3. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn die einem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden

Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht. Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient.

4.4. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Klausel-RL 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht werden, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein falsches oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Es soll verhindert werden, dass er dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegt werden. Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe.

4.5. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist.

5. Zu den einzelnen Klauseln:

Klausel 1:

„Der Käufer ist berechtigt, innerhalb von sieben Kalendarientagen nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung durch eingeschriebenen Brief an Hapimag/Havag den Rücktritt von diesem Vertrag zu erklären.“ (Punkt 2.1.)

Der Kläger brachte vor, diese Klausel verstoße gegen § 8 Abs 1 TNG, wonach ein Verbraucher binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen von einem Teilzeitnutzungsvertrag zurücktreten könne. Die Klausel stelle somit auch die aktuelle Rechtslage falsch dar und sei daher intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel sei deswegen auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Daneben verstoße die Klausel auch noch gegen § 10 Abs 1 TNG, sowie gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG.

Die Beklagte entgegnete, das TNG 2011 sei nicht anwendbar. Da ein gesetzlich nicht vorgesehenes Recht auf einen Vertragsrücktritt eingeräumt werde, sei der Käufer damit immer noch besser gestellt, als wenn die Klausel und sohin auch das darin festgehaltene Rücktrittsrecht wegfallen würde. Die eingeschriebene Form sei angesichts des komplexen Vertrages notwendig, um zu verhindern, dass bei einem Untergang der Sendung nicht nachvollziehbare rechtliche Problemstellungen auftreten. Es liege daher eine sachliche Rechtfertigung vor.

Das Erstgericht sah in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, weil sie eine strengere Form als das bloße Schriftformerfordernis im Sinne einer Unterschriftlichkeit vorsehe. Darüber hinaus sei das TNG in seiner derzeit gültigen Fassung anzuwenden. Das Rücktrittsrecht gemäß § 8 Abs 1 TNG 2011 - binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen - bestehe nicht nur bei Teilzeitnutzungsverträgen, sondern bei allen anderen der RL bzw

dem TNG 2011 unterliegenden Vertragstypen, also auch Nutzungsvergünstigungs-, Tauschsystem- sowie Vermittlungsverträgen.

Die Berufungswerberin argumentiert wegen des Aktionärsverhältnisses mit der Nichtanwendbarkeit des TNG 2011 und des KSchG.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Wie bereits oben dargelegt, führt im vorliegenden Fall die Ausgestaltung als Aktiengesellschaft mit ihren Kunden als Aktionären nicht dazu, dass letztere ihre Verbraucher-eigenschaft verlieren. Sowohl KSchG als auch TNG 2011 sind somit anwendbar.

Die Ausführungen des Erstgerichts sind zutreffend. Klausel 1 ist bereits aufgrund des Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 4 KschG unzulässig, weil sie dem Verbraucher für seine Rücktrittserklärung eine strengere Form als die Schriftform auferlegen will. Ebenso schränkt Klausel 1 das in § 8 TNG zu Gunsten der Verbraucher zwingende Rücktrittsrecht in unzulässiger Weise ein.

Klausel 2:

„Darlehen

Erwerb und Besitz jeder Aktie sind mit einem Darlehensvertrag verbunden, wonach der Partner Hapimag zur Beschaffung von Ferienwohnraum und Infrastruktur ein unverzinsliches Darlehen von gegenwärtig SFR 1100,- gewährt. Das Darlehen begründet die Wohnberechtigung. Partner und Gesellschaft verzichten gegenseitig ausdrücklich auf das Kündigungsrecht.“ (Punkt 2.3.)

Der Kläger erachtete diese Klausel wegen der Kombination aus unverzinstem Darlehen, Kündigungsverzicht und Bezahlung eines Jahresbetrages als gröblich benachteiligend im Sinne von § 879 Abs 3 ABGB. Darlehensverträge seien im

Zweifel entgeltlich. Die Klausel sei auch überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB, weil die Weiterverkaufs- bzw Rückkaufsmöglichkeit von der Zustimmung der Beklagten abhängig sei. Die vorgesehene unbefristete Vertragslaufzeit ohne Kündigungsmöglichkeit verstoße gegen die vom OGH als unzulässig beurteilte Maximaldauer von Teilzeitnutzungsverträgen. Die Klausel sei in diesem Zusammenhang auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar bleibe, ob damit auch das außerordentliche Kündigungsrecht erfasst sei. Dass aber auch das außerordentliche Kündigungsrecht erfasst sein solle, das grundsätzlich bei jedem Vertrag gegeben sei, sei gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte wandte ein, weder der Erwerb von Aktien noch deren Vinkulierung seien gröblich benachteiligend. Jeder Aktionär könne seine Aktien verkaufen und sich damit auch des Darlehens entledigen. Nach § 985 und § 988 ABGB sei ein Darlehensvertrag nach der Grundkonzeption unentgeltlich. Es handle sich nicht um einen Teilnutzungsvertrag. Auf das Aktionärsverhältnis sei Schweizer Recht anzuwenden. Das Verbot der Einlagenrückgewähr sei zu beachten.

Das Erstgericht erachtete die Klausel aufgrund der Ähnlichkeit zu einem unbefristeten Vertragskonstrukt ohne die Möglichkeit auf außerordentliche Kündigung als unzulässig gemäß §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel sei auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher nicht klar sei, ob auch das außerordentliche Kündigungsrecht erfasst werde.

Die Berufungswerberin verweist auf die Aktionärsstellung, die ein Rechtsverhältnis sui generis sei, welches die Aktionäre der Beklagten jederzeit beenden können, indem sie ihre Aktien veräußern. Aktien seien prinzipiell nicht

kündbar, entsprechend seien auch gesellschaftsrechtliche Nebenrechte und -pflichten (Sonderrechte) ebenso wenig kündbar. Aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr (Artikel 680 Abs 2 des Schweizer Obligationenrechts, § 52 AktG) ergebe sich das Verbot einer Aktiengesellschaft, einem Aktionär seine Einlage zurückzuzahlen. Die Aktionärsstellung unterliege jedenfalls Schweizer Recht. Das Erstgericht gehe bei seiner unrichtigen rechtlichen Beurteilung offensichtlich von der unrichtigen materiell-rechtlichen Annahme aus, dass Aktionärsverhältnisse nach Schweizer Recht ein außerordentliches Kündigungsrecht kennen müssten. Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht sei jedoch gerade nicht vorgesehen. Ein Verkauf sei - über den Marktplatz oder anderweitig - ohnehin jederzeit möglich.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Diese Klausel betrifft in erster Linie das Darlehen und nicht die Aktie. Es geht hier nicht um die „Kündigung“ der Aktie, sondern des Darlehens. Das Verbot der Einlagenrückgewähr steht der Rückzahlung eines Darlehens üblicherweise nicht entgegen (hier nicht zutreffende Ausnahme zB EKEG). Es besteht kein Anlass, für die Beurteilung des Darlehens am Schweizer Gesellschaftsstatut anzuknüpfen.

Ein Teilzeitnutzungsverhältnis an einer Immobilie („Time-Sharing“) kann als Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden. Ist das Teilzeitnutzungsrecht übertragbar, liegt ein wichtiger Auflösungsgrund solange nicht vor, als dem Nutzungsberechtigten eine zumutbare Möglichkeit zur Verfügung steht, das Teilzeitnutzungsrecht zu marktgerechten Bedingungen zu veräußern (RS0110645).

Die Klausel ist jedenfalls intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie den Verbraucher im Unklaren lässt, ob auch eine außerordentliche Kündigung des Darle-

hensvertrags ausgeschlossen sei.

Klausel 3:

„Bei Abschluss des Vertrages wird eine Bearbeitungsgebühr erhoben.“ (Punkt 2.4.)

Der Kläger behauptete unter anderem die Intransparenz dieser Klausel, weil die Höhe der Bearbeitungsgebühr weder in der Klausel noch in den AGB ersichtlich sei.

Die Beklagte wies darauf hin, dass die Bearbeitungsgebühr bei Vertragsabschluss anfalle und dem jeweiligen zukünftigen Aktionär bei Vertragsabschluss mitgeteilt werde. Die Klausel sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend.

Das Erstgericht bejahte die Intransparenz der Klausel gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil die Höhe der Bearbeitungsgebühr weder in der Klausel noch in den AGB ersichtlich gemacht werde. Da dadurch der Beklagten hinsichtlich der Höhe der Bearbeitungsgebühr weitreichende und willkürliche Änderungsmöglichkeiten zustehen würden, sei die Klausel auch nach § 879 Abs 3 ABGB unzulässig. Das Argument der Beklagten, dem jeweiligen zukünftigen Aktionär werde die Gebühr bei Vertragsabschluss (offenbar mündlich oder sonst eher formlos) mitgeteilt, greife nicht, weil die (verschriftlichte) Gebührenbestimmung im kundenfeindlichsten Sinn auszulegen sei.

Die Berufungswerberin argumentiert neuerlich mit der fehlenden Verbrauchereigenschaft. Aus der Klausel lasse sich keine Rechtsfolge ableiten. Bearbeitungsgebühren würden dem Aktionär vor Erwerb der Aktie bekannt gegeben. Ein Interessent könne somit frei entscheiden, ob er die Aktie unter Berücksichtigung der Bearbeitungsgebühr von der Beklagten erwerben möchte. Schon aufgrund der individuellen Bestimmungen seien Angaben von Gebühren nicht möglich. Des

Weiteren sei die Bestimmung keine allgemeine Geschäftsbedingung, weil diese Klausel für jeden Aktionär einzeln ausgehandelt werden müsse. Sie sei nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Selbst in der kundenfeindlichsten Interpretation könne eine Klausel, die eine Gebührenbestimmung bei Vertragsabschluss vorsehe, nicht in einen erst abzuschließenden Vertrag eingreifen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590). Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RS0121943). Es kommt somit nicht darauf an, ob, wie von der Beklagten vorgebracht, die Höhe der Bearbeitungsgebühr tatsächlich mit dem jeweiligen Kunden einzeln ausgehandelt wird.

Unbeschadet der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 15 KSchG verlangt schon das Transparenzgebot für eine Klausel über die Verpflichtung zur Tragung von Betriebskosten, dass in ihr der zu leistende Betrag entweder selbst genannt oder seine Auffindung durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung ermöglicht wird. Dem Verbraucher darf kein unklares Bild seiner vertraglichen Verpflichtung vermittelt werden (RS0110991 T8).

Da hier die Höhe der Bearbeitungsgebühr weder in der Klausel selbst genannt ist, noch die Klausel auf eine andere leicht auffindbare Stelle zur Berechnung der Bearbeitungsgebühr verweist, ist sie als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG anzusehen.

Klausel 4:

„Kommt der Käufer mit seiner Zahlung in Verzug, so

können Hapimag und Havag vom Vertrag zurücktreten.“ (Punkt 2.4.)

Nach Ansicht des Klägers verstoße die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil die vorgesehene Sanktion des Rücktritts nicht auf die Setzung einer angemessenen Nachfrist abstelle. Die Klausel sei dadurch auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil Verbraucher von der Durchsetzung ihrer Rechte abgehalten werden könnten. Die Gewährung einer Nachfrist ergebe sich nicht aus dem Klauselwortlaut.

Die Beklagte argumentiert, die Klausel entspreche der ständigen Rechtsprechung des OGH, sofern sie die Nachfrist tatsächlich gewähre. Dass sie keine Nachfrist gewähren würde, behaupte der Kläger nicht einmal.

Das Erstgericht kam zum Schluss, dass dem Wortlaut der Bestimmung folgend die Gewährung einer angemessenen Frist zur Nachholung der Leistung keine zwingende Voraussetzung für einen Rücktritt durch die Beklagte im Falle eines Verzuges sei, aus welchen Gründen auch immer der Verzug eingetreten sei. Die Klausel sei daher schon deshalb gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin bestreitet erneut, dass die Aktionäre der Beklagten in ihrem Rechtsverhältnis zur Beklagten als Verbraucher zu qualifizieren seien. Die Klausel sei nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Es sei nach der Rechtsprechung des OGH ausreichend, wenn der nichtsäumige dem säumigen Vertragspartner eine angemessene Frist zur Nachholung seiner Leistung tatsächlich gewähre.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Wie bereits zu Klausel 3 ausgeführt, hat nach der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590) und ist der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel

sel werde in der Praxis anders gehandhabt, im Verbandsprozess unerheblich (RS0121943).

In Anbetracht dieser Rechtsprechung kommt es im Verbandsprozess nicht darauf an, ob die Beklagte tatsächlich eine Nachfrist gewährt. Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 5:

„Havag, als Verkäuferin, kann in diesem Fall ohne weiteren Nachweis 20 Prozent der gesamten Verkaufssumme als Schadenersatz verlangen.“ (Punkt 2.4.)

Der Kläger wies darauf hin, dass diese Klausel für den Fall eines objektiven Verzugs das Recht der Beklagten beinhalte, „ohne weiteren Nachweis 20 Prozent der gesamten Verkaufssumme als Schadenersatz“ zu verlangen. Die Klausel verpflichte Verbraucher zur Zahlung von Schadenersatz, ohne dabei auf ein Verschulden abzustellen bzw einen Schadensnachweis zu verlangen. Es liege keine sachliche Rechtfertigung für diese gröbliche Benachteiligung vor. Darüber hinaus sei die Klausel auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie nicht auf das richterliche Mäßigungsrecht gemäß § 1336 Abs 2 ABGB hinweise.

Die Beklagte wandte ein, im Rahmen der Angemessenheitskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei darauf abzustellen, ob sich die Höhe des Strafbetrags am durchschnittlich zu erwartenden Schaden orientiere. Die hier vorliegende Konstellation sei beispielsweise nicht mit einem normalen Reisetorno vergleichbar. Der benötigte Aufwand für die Übertragung sei wesentlich höher. Wenn der Erwerber seine Verpflichtungen auch nicht innerhalb der Nachfrist erfülle, entgehe der Verkäuferin nicht nur die insbesondere für den Tourismus zeitlich beschränkte Erwerbchance sondern müsse auch die rechtlich komplizierte Rückabwicklung in-

itiiert werden. Daher seien sehr wohl 20 % als durchschnittlicher Schaden zu erwarten. Pauschalierte Strafen seien nicht sittenwidrig, sondern aus dem Wirtschaftsverkehr nicht wegzudenken. Es sei keinesfalls gröblich benachteiligend, wenn kein exakter Nachweis der Höhe zu erbringen sei. Die Formulierung „*Kommt der Käufer mit seiner Zahlung in Verzug*“ zeige eindeutig, dass hier ein subjektiver Verzug geregelt sei. Es liege keine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor. Wenn eine von Gesetzes wegen ohnehin eintretende Rechtsfolge wie zB das richterliche Mäßigungsrecht nicht ausreichend deutlich gemacht werde, liege darin keine Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Eine Klausel müsse nicht alle denkbaren Eventualitäten, auf die sie gar keine Anwendung finde, berücksichtigen, um dem Transparenzgebot zu entsprechen.

Das Erstgericht erachtete die Klausel bereits aus dem Grund für gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und sachlich nicht gerechtfertigt, weil sie den Verbraucher zur Zahlung eines vorweg pauschalierten Schadenersatzes im Falle eines Zahlungsverzugs verpflichte, ohne dabei auf ein etwaiges Verschulden des Verbrauchers abzustellen. Im Übrigen reichten „20 Prozent der gesamten Verkaufssumme“ an wucherische (Straf-)Zinsen heran.

Die Berufungswerberin wendet sich auch hier gegen die Verbraucherqualifikation. Der Schaden der Beklagten überschreite im Fall eines subjektiven Verzuges bei weitem 20 % der Verkaufssumme. Neben den Kosten, welche für die Rückübertragung selbst anfielen, seien auch Provisionen für Vermittlertätigkeit, welche auch im Fall eines Vertragsrücktritts zu entrichten seien und bei einem Erwerb von der Beklagten getragen werden, zu berücksichtigen. Daneben fielen noch buchhalterische Vorgänge wie entsprechende Rückstellungen etc bei der Beklagten an. All diese

Aufwendungen seien im Falle eines Rücktritts des Aktionärs frustriert. Eine Pauschalierung des Schadenersatzes mit 20% sei im gegenständlichen Fall jedenfalls sachlich gerechtfertigt, durchaus üblich und nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel regle tatsächlich nur den subjektiven Verzug.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Das Berufungsvorbringen zu den Provisionszahlungen an Vermittler stellt eine unzulässige Neuerung dar (vgl ON 6 S 11), die schon aus diesem Grund nicht weiter zu behandeln ist.

Die Argumentation der Beklagten, dass die Formulierung „Kommt der Käufer mit seiner Zahlung in Verzug“ eindeutig zeige, dass hier ein subjektiver Verzug geregelt sei, ist nicht nachvollziehbar. Dass Klausel 5 nur bei einem vom Schuldner verschuldeten Verzug (= subjektiver Verzug) gelten soll, lässt sich dieser Formulierung gerade nicht entnehmen. Da im Verbandsprozess die Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen hat, ist somit davon auszugehen, dass diese Klausel auch Fälle des objektiven Verzugs umfasst.

Die Vertragsstrafe ist im Zweifel nur dann zu entrichten, wenn den Schuldner an der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung ein Verschulden trifft. Es ist jedoch prinzipiell auch zulässig, für den Fall einer schuldlos herbeigeführten Vertragsverletzung eine Konventionalstrafe zu vereinbaren (RS0016558 T13). Eine Klausel in AGB, durch die dem Bausparer die Zahlung einer Vertragsstrafe aufgebürdet wird, obwohl diesen kein Verschulden an der Beendigung des Vertragsverhältnisses trifft und er überdies auch gar keine Vertragsverletzung begangen hat, ist unzulässig (RS0016558 T14). Wenn man diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall überträgt, ergibt sich bereits aus die-

sem Grund die gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 6:

„Der Aktionär kann seine Aktien jederzeit an einen Dritten verkaufen, muss aber gleichzeitig das Darlehen auf den Erwerber übertragen. Der Verwaltungsrat kann die Zustimmung zu einer solchen Aktien- und Darlehensübertragung ohne Angabe von Gründen verweigern. Die Übertragung ist gebührenpflichtig.“ (Punkt 2.4.)

Der Kläger brachte vor, vinkulierte Namensaktien wie hier können grundsätzlich vom Inhaber übertragen werden, wobei die Gesellschaft gemäß § 62 Abs 3 AktG die Zustimmung zur Übertragung lediglich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigern könne. Auf dieses Erfordernis eines wichtigen Grundes werde jedoch überhaupt nicht Bezug genommen. Die Klausel sei daher schon deswegen gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil die geltende Rechtslage zu vinkulierten Namensaktien falsch dargestellt werde. Auch auf die in § 62 Abs 3 AktG gesetzlich eingeräumte Möglichkeit der gerichtlichen Bewilligung einer verweiger-ten Zustimmung zur Aktienübertragung werde nicht hingewiesen.

Ein weiterer Grund für die gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und der Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei die vorgesehene Gebührenpflicht, wobei die näheren Parameter dieser Gebührenpflicht nicht genannt werden. Diese Änderungsmöglichkeiten der Beklagten stellten auch einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dar.

Die Klausel sei zudem gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil sie eine Übertragung auch in jenen

Fällen verunmöglichen könnte, in denen die weitere Inanspruchnahme des Reiseangebotes aus gesundheitlichen Gründen des Verbrauchers oder beispielsweise dessen Ehepartners nicht mehr möglich und sohin unzumutbar geworden sei. Auch die Koppelung des Darlehens an die Anteile mache sie bereits gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil dies einen Verkauf erschwere.

Die Beklagte wies darauf hin, dass sich die Vinkulierung der Aktien jedenfalls nach dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft richte. Die Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung ergäben sich aus Artikel 5 der Statuten der Beklagten und seien den Aktionären daher hinlänglich bekannt. Eine Begründungspflicht des Verwaltungsrates sei in den Statuten nicht vorgesehen und sei auch dem österreichischen Recht fremd, sofern sie nicht in den Statuten oder dem Gesellschaftsvertrag geregelt sei. Es sei nicht jede Abweichung von § 62 Abs 3 AktG unzulässig.

Die Gebühr werde einem Aktionär bei Übertragung der Aktien mitgeteilt. Eine Änderung der Gebühr betreffe den Aktionär insofern nicht, weil er die Gebühr auf den Erwerber überbinden könne und es sich um eine einmalige Gebühr handle, die dazu diene, den diesbezüglichen internen Aufwand abzugelten.

Die Zustimmung der Beklagten zur Übertragung könne durch Gerichtsbeschluss ersetzt werden. Dies sei prinzipiell auch möglich, wenn sich der Gesundheitszustand eines Aktionärs erheblich verschlechtere. Die Übertragung des Darlehens sei völlig unproblematisch und schlicht bei der Preisbildung zu berücksichtigen, woraus dem Aktionär kein Nachteil entstehe.

Eine Rückkaufsverpflichtung der Aktien sei der Beklagten nach Schweizer Gesellschaftsrecht verboten.

Das Erstgericht beurteilte diese Klausel, die das

Rechtsverhältnis der Beklagten zu ihren Aktionären, die formal zwar „Aktionäre“, materiell jedoch Verbraucher seien, regle, nach den Maßstäben der konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen. Demzufolge sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem in Geltung stehenden Gesetzeswortlaut widerspreche, die gesetzlich vorgesehene gerichtliche Bewilligung der Übertragung von Aktien abbedungen werde und weiters die näheren Parameter der gebührenpflichtigen Übertragung von Aktien nicht genannt werden.

Die Berufungswerberin verweist auf die Anwendbarkeit Schweizer Rechts. Klausel 6 entspreche Artikel 685a Abs 1 des Schweizer Obligationenrechts, dass die Statuten bestimmen können, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. Das Schweizer Obligationenrecht sehe keine Ersetzung der Zustimmung für die Übertragung durch eine gerichtliche Bewilligung vor. Die Gründe für die Verweigerung einer Zustimmung ergäben sich aus Artikel 5 der Statuten der Beklagten.

Auch nach österreichischem Aktienrecht wäre die Klausel zulässig. Für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften bestehe eine weitreichende Satzungsautonomie. Zur Gebührenpflicht wiederholte die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen und wies zusätzlich darauf hin, dass unter Punkt 7.2 der „Allgemeinen Bestimmungen & Informationen Hapimag Classic“ (Beilage ./C) die Bearbeitungsgebühr mit CHF 120,-- festgesetzt werde und daher den Aktionären bekannt sei.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Das Berufungsvorbringen zur Höhe der Bearbeitungsgebühr von CHF 120,-- stellt eine unzulässige Neuerung dar (vgl ON 6 S 12 f), die schon aus diesem Grund nicht weiter

zu behandeln ist.

Die Frage, ob die Genehmigungspflicht der Aktienübertragung nach österreichischem oder Schweizer Recht zu beurteilen ist, kann dahingestellt bleiben. Für die Frage der Gebührenpflicht ist jedenfalls österreichisches Recht anwendbar. Dabei handelt es sich nicht um einen Kernbereich des Gesellschaftsrechts, sondern um einen typischen Fall, in dem sich Unternehmer und Verbraucher gegenüberstehen.

Da hier die Höhe der Gebühr für die Übertragung weder in der Klausel selbst genannt ist, noch die Klausel auf eine andere leicht auffindbare Stelle zur Berechnung der Bearbeitungsgebühr verweist, ist sie als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG anzusehen. Auf die Ausführungen zur ähnlich gelagerten Klausel 3 wird ebenfalls verwiesen.

Die Argumente der Beklagten zur Überwälzung der Gebühr auf den Käufer überzeugen nicht, wird doch ein wirtschaftlich denkender Käufer üblicherweise bei seinem Kaufpreisangebot die von ihm zu zahlende Gebühr berücksichtigen.

Klausel 7:

„Der Rückkauf

Im Bestreben, den Partnern einen zusätzlichen Dienst zu erweisen, erklärt sich Havag ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bereit, im Umfang von 10 Prozent des Aktien-Neuverkaufes im laufenden Geschäftsjahr und unter Berücksichtigung sozialer Aspekte, Aktien zurückzukaufen und die damit verbundenen Darlehen zu übernehmen.

Ein Rückkaufsbegehren kann frühestens 48 Monate nach Vertragsabschluss gestellt werden.

Der Rücknahmebetrag entspricht dem Aktienpreis im Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung plus dem Darlehensbetrag, abzüglich 18 Prozent. Die Auszahlung

erfolgt innerhalb von sechs Monaten nach Erstellung der Rückkaufsabrechnung durch Havag und deren Genehmigung durch den Verkäufer.“ (Punkt 3.2.)

Der Kläger brachte vor, die Klausel weiche von der vom OGH vorgesehenen Rückkaufsverpflichtung ab und zwar, indem sie die Rückkaufsmöglichkeit an zwei Aspekte knüpfe. Verbraucher seien daher nicht nur unbefristet an den Vertrag gebunden, sondern haben darüber hinaus selbst bei Einhaltung der Voraussetzungen keinen Anspruch auf einen Rückkauf bzw treffe das Unternehmen keine Rückkaufsverpflichtung, was auch zu einem Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG führe. Eine solche Rückkaufsverpflichtung sei jedoch zwingend notwendig.

Die Klausel sei aber auch deswegen gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil das Unternehmen als Rücknahmebetrag nicht etwa den vom Verbraucher einbezahlten Betrag bzw den Wert der Einzahlung als Berechnungsbasis heranziehe, sondern den „Aktienpreis im Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung plus dem Darlehensbetrag, abzüglich 18 Prozent“. Damit seien die Verbraucher jedoch der Willkür des Unternehmens unterworfen, weil nicht auf den Zeitpunkt abgestellt werde, zu dem der Rückkaufsantrag gestellt werde, sondern auf den „Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung“, dessen Eintritt unklar sei. Die Wahl dieses Zeitpunktes könne laut Klauselwortlaut völlig willkürlich erfolgen. Auch im Hinblick auf die „Berücksichtigung sozialer Aspekte“ bleibe die Klausel intransparent.

Die Beklagte verwies darauf, dass sich der Aktienrückkauf nach dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft richte. Aber selbst nach österreichischem Recht wäre die Klausel zulässig. Ein Kündigungsrecht kenne das AktG nicht (Artikel 680 Abs 2 des Schweizer Obligationenrechts, § 52

AktG); das TNG 2011 sei nicht anzuwenden. Nach § 65 Abs 2 AktG sei kein unbegrenzter Erwerb von eigenen Aktien möglich. Informationsrechte von Aktionären in diesem Zusammenhang sehe das AktG außerhalb der Hauptversammlung nicht vor. Eine Rückkaufverpflichtung von Aktien habe der OGH – soweit überblickbar – auch niemals bejaht. Der Aktionär sei im Verhältnis zur Aktiengesellschaft nicht als Verbraucher anzusehen.

Die Berechnung des Aktienpreises erfolge wie üblich nach dem Kurswert zu einem gewissen Zeitpunkt. Im gegenständlichen Fall sei dies der Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung. Dies sei jener Zeitpunkt, an dem die Aktie auch tatsächlich von der Beklagten gekauft werde. Was an der Berücksichtigung sozialer Aspekte unklar sein solle, könne der Kläger nicht einmal darlegen.

Das Erstgericht kam zum Schluss, dass die gegenständliche Klausel in mehrfacher Hinsicht jedenfalls intransparent und damit in ihrer Gesamtheit nach dem derzeitigen Wortlaut unzulässig sei, weil das Unternehmen als Rücknahmebetrag nicht etwa den vom Verbraucher einbezahlten Betrag bzw den Wert der Einzahlung als Berechnungsbasis heranziehe, sondern den *„Aktienpreis im Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung plus dem Darlehensbetrag, abzüglich 18 Prozent“*. Damit werden die Verbraucher jedoch der Willkür des Unternehmens unterworfen, weil eben nicht auf den Zeitpunkt abgestellt werde, zu dem der Rückkaufsantrag gestellt werde, sondern auf den *„Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung“*, wann auch immer diese vorgenommen werde. Die weitere Voraussetzung *„...und unter Berücksichtigung sozialer Aspekte...“* sei gänzlich unbestimmt. Weiters sei nicht nachvollziehbar, aus welchem Titel sich gerade der Abzug von 18 % ergebe.

Die Berufungswerberin weist darauf hin, dass insbeson-

dere diese Klausel nach dem Schweizer Obligationenrecht zu beurteilen sei. Eine Rückkaufverpflichtung insbesondere zum ursprünglichen Preis würde dem Gedanken der Aktiengesellschaft diametral widersprechen.

Aber auch bei Anwendung von Verbraucherschutzrecht sei die Klausel zulässig: Die Beklagte habe keinen Einfluss auf den Aktienkurs zum Zeitpunkt des Rückkaufs. Die Heranziehung des Zeitpunkts der Erstellung der Rückkaufsabrechnung verursache den geringsten Verwaltungsaufwand.

Da die Beklagte keine Verpflichtung für einen Rückkauf der Aktien treffe, lege sie sich mit den „sozialen Aspekten“ zum Wohle ihrer Aktionäre einen Beurteilungsmaßstab auf, nach dem sie auf freiwilliger Basis Aktien zurückkaufe. Um dem Transparenzgebot zu entsprechen, müsse eine Klausel auch nicht alle denkbaren Eventualitäten, auf die sie mitunter gar keine Anwendung fände, berücksichtigen.

Damit Aktionäre keinen Profit aus der „Rückgabe“ der Aktien an die Beklagte erzielen, weil ansonsten die Gefahr bestehe, dass Spekulanten aus der Rückkaufsmöglichkeit ein Geschäftsmodell konzipierten, erfolge der Rückkauf nur unter einem im Vorhinein festgelegten Abschlag.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfordert, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind, sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.

Laut der Klausel 7 hängt der Rücknahmebetrag vom Aktienpreis im Zeitpunkt der Erstellung der Rückkaufsabrechnung ab. Es gibt aber keine Regelung, wann die Beklagte die Rückkaufsabrechnung zu erstellen hat bzw in welchem Zeitraum sie auf das Rückkaufsverlangen überhaupt zu reagieren hat. Die Beklagte könnte auf Grundlage dieser Klausel frei wählen, wann sie die Rückkaufabrechnung er-

stellt und dafür einen Tag mit einem möglichst niedrigen Aktienkurs auswählen. Dies stellt einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB dar. Diese Thematik ist im Sinne der obigen Ausführungen (Punkt 1.) nach österreichischem Verbraucherrecht zu beurteilen.

Klausel 8:

„Durch den Vertragsabschluss verpflichtet sich der Hapimag Partner, die Reglemente, Hausordnungen und anderen Erlässe der Verwaltung anzuerkennen und im Interesse aller Partner zu beachten.“ (Punkt 4.5.)

Der Kläger sieht in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil Verbraucher verpflichtet werden, nicht näher konkretisierte „Reglemente, Hausordnungen und anderen Erlässe[n] der Verwaltung“ sowohl „anzuerkennen“ als auch „zu beachten“. Der Inhalt dieser Dokumente sei den Verbrauchern aber nicht bekannt und sei auch nicht ersichtlich, wo sich Verbraucher darüber informieren könnten. Die Klausel beziehe sich nicht bloß auf Hausordnungen, sondern auch auf „Reglemente“ und „andere Erlässe der Verwaltung“, wodurch auch inhaltliche Aspekte inklusive der Hauptleistungen betroffen seien. Die Klausel werde dadurch auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil der Beklagten dadurch weitreichende Beurteilungsspielräume eingeräumt würden.

Die Beklagte legte dar, dass, sofern einen Aktionär einzelne Regelungen betreffen sollten, sie ihm natürlich mitgeteilt würden. Reglemente und Erlässe der Verwaltung würden den Aktionären prinzipiell zur Verfügung gestellt und seien diesen daher bekannt. Die Klausel sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend.

Das Erstgericht nahm einen Verstoß gegen § 6 Abs 3

KSchG an, weil Verbraucher dadurch verpflichtet würden, nicht näher konkretisierte „Reglementen, Hausordnungen und anderen Erlässe[n] der Verwaltung“ sowohl „anzuerkennen“ als auch „zu beachten“, wobei unklar sei, auf welche Regelungen sich diese Bestimmung konkret beziehe. Das Argument der Beklagten, dem jeweiligen Aktionär würden diese Bestimmungen natürlich mitgeteilt werden (offenbar mündlich oder sonst eher formlos), greife nicht, weil die Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen habe.

Die Berufungswerberin wies darauf hin, dass den Aktionären sämtliche geltenden Regelungen von der Beklagten zur Verfügung gestellt würden. Diese Regelungen seien von den Aktionären mit der Zielsetzung getroffen worden, die gemeinsamen Liegenschaften im Sinne einer Aktionärsgleichbehandlung fair und ordentlich zu benutzen. Das Erstgericht greife durch seine rechtliche Würdigung unter dem Vorwand, dass die Aktionäre schutzbedürftig seien, unmittelbar in Aktionärsrecht ein. Tatsächlich seien diese jedoch die „Herren der Verträge“, die sie im Rahmen der Generalversammlung abändern könnten. Die Aktionäre stimmten somit lediglich jenen Regelungen zu, welche sie selbst getroffen haben, weshalb eine Intransparenz ausscheide, zumal die Aktionäre der Beklagten keine Verbraucher seien.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Wie bereits zu Klausel 3 ausgeführt, hat nach der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590) und ist der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, im Verbandsprozess unerheblich (RS0121943). Damit kommt es auf die Frage, ob den Verbrauchern die „Reglemente, Hausordnungen und anderen Erlässe der Verwaltung“ tatsächlich zur Verfügung gestellt werden, nicht an. Für sich genommen ist die Klau-

sel jedenfalls intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Verbraucher unklar bleibt, welche Regelungen in den „Reglemente[n], Hausordnungen und anderen Erlässe[n] der Verwaltung“ enthalten sind.

Klausel 9:

„In bezug auf Wohnrechtspunkte gilt folgende Regelung:

- Punkte, die älter sind als fünf Jahre, verlieren ihre Gültigkeit (Artikel 31 der Statuten).

- Ein Tausch von Punkten gegen Bargeld und/oder Verrechnung durch die Gesellschaft ist nicht möglich.“ (Punkt 5.3.)

Der Kläger argumentiert, dass ein Verfall von Wohnpunkten binnen fünf Jahren in einem grundsätzlich unbestimmten laufenden Teilzeitnutzungsvertrag für Ferienimmobilien gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei und es dafür keine sachliche Rechtfertigung gebe. Die Judikatur des OGH zu Gutscheinen und Flugbonusmeilen sei anwendbar, weil die Wohnpunkte durch Bezahlung des Jahresbeitrags erworben würden.

Nach Ansicht der Beklagten sei die Judikatur zu Gutscheinen auf die Wohnpunkte nicht anwendbar. Bei den Wohnpunkten handle es sich um einen Anspruch, der nach österreichischem Recht gemäß § 1486 Z 1 ABGB binnen drei Jahren verjähren würde. Die Aktionäre seien daher sogar besser gestellt als nach dem Gesetz. Die Verjährung der Wohnpunkte sei überdies in den Statuten der Beklagten geregelt (Artikel 27) und könne daher nur durch Beschluss der Aktionäre in der Hauptversammlung abgeändert werden. Die Statuten unterlägen dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Statuten von Aktiengesellschaften unterlägen auch prinzipiell nicht der Klauselkontrolle. Die Qualifi-

kation der Wohnpunkte als Gutscheine sei verfehlt.

Der zweite monierte Punkt sei lediglich eine Klarstellung, die sich bereits aus dem Gesetz ergebe. Es bestehe kein Anspruch, Forderungen gegen Bargeld zu tauschen oder damit gegen Geldforderungen aufzurechnen. Die Klausel sei daher nicht gröblich benachteiligend.

Das Erstgericht hielt den Vergleich von „Wohnpunkten“ mit einem Gutscheinsystem für durchaus darstellbar, zumal die Wohnpunkte durch Bezahlung des Jahresbeitrags erworben würden. Die Judikatur des OGH zur Befristung von Gutscheinen sei daher sinngemäß anzuwenden. Für die kurze fünfjährige Verfallsfrist sei keine sachliche Rechtfertigung erkennbar. Ein Verfall nach fünf Jahren sei gröblich benachteiligend, weil auch eine Übertragung untersagt sei. Der Verbraucher werde dadurch in seiner Verfügungsmacht gröblich benachteiligend eingeschränkt, wobei diese Konsequenz für ihn auch unüblich und überraschend sei. Die Klausel halte daher auch der Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB nicht stand.

Die Berufungswerberin wendet sich gegen die Anwendung der OGH-Judikatur zu Gutscheinen auf die Wohnpunkte, weil es sich um ein Aktionärsrecht handle. Nur die Verwendung der Wohnpunkte sei an die Zahlung des Jahresbeitrages geknüpft, weil mit dem Jahresbeitrag die Liegenschaften instandgehalten und Verwaltungskosten für die Liegenschaften gedeckt würden. Die Wohnpunkte würden allerdings auch zugeschrieben beziehungsweise ausgeschüttet, wenn der Jahresbeitrag nicht entrichtet werde. Zwischen der Zuschreibung oder Ausschüttung der Wohnpunkte an die Aktionäre und der Zahlung des Jahresbeitrages bestehe kein vertragliches Austauschverhältnis.

Auch die 5-jährige Verfallsfrist sei eine Regelung, welche sich die Aktionäre selbst in den Statuten auferlegt

hätten und die ausschließlich im Interesse der Aktionärs- gleichbehandlung getroffen worden sei. Ohne diese Regelung könnte ein Aktionär Wohnpunkte ansammeln, ohne sich durch die Zahlung des Jahresbeitrages an der Erhaltung der gemeinsamen Liegenschaften zu beteiligen. Ein Aktionär könnte nach erneuter Entrichtung seines Jahresbeitrages die über Jahre angesammelten Wohnpunkte konzentriert einlösen. Darüber hinaus führe eine konzentrierte Wohnpunkteeinlösung dazu, dass Apartments über einen längeren Zeitraum blockiert wären und eine gleichmäßige Verfügbarkeit der Liegenschaften verhindert sei.

Die Statuten, in denen die Verfallsfrist für Wohnrechtspunkt geregelt sei, könne nur mittels eines Generalversammlungsbeschlusses unter Zustimmung der absoluten Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen geändert werden.

Die Beklagte erwirtschaftete mit den Wohnpunkten auch keinen Umsatz. Aktionäre könnten Wohnpunkte von Dritten erwerben oder an Dritte veräußern, es gebe somit einen liquiden Markt für allenfalls ungenutzte Punkte. Auf der von der Beklagten eingerichteten Plattform würden jährlich 2,8 Mio Wohnpunkt gehandelt. Die 5-jährige Verfallsfrist sei jedenfalls gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Argumentation des Erstgerichts, dass die Wohnpunkte durch Zahlung des Jahresbeitrags erworben werden, lässt sich aus den Regelungen zur Sistierung des Ferienrechts Punkt 8.2 in Beilage ./C ableiten (vgl RS0121557 zur Verwendung einer Urkunde im Berufungsverfahren). Bei einer Sistierung wird kein Jahresbeitrag mehr fällig, aber es werden keine Wohnpunkte mehr ausgegeben.

Der Anspruch auf jährlich auszuschüttende Gewinnanteile verjährt zwar nach § 1480 ABGB nach drei Jahren (vgl zB

R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.07} § 1480 Rz 8). Aber hier wurden den Kunden die Wohnpunkte bereits zugeschrieben. Die Situation stellt sich somit grundlegend anders dar, als wenn ein Gesellschafter seinen Gewinnanteil nicht von der Gesellschaft einfordert. Ein Kunde, dem Wohnpunkte bereits zugeschrieben wurden, muss nicht damit rechnen, dass diese bereits nach fünf Jahren verfallen. Die von der Beklagten vorgebrachten Rechtfertigungsgründe sind nicht überzeugend. Klausel 9 ist daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 10:

„Der Verwaltungsrat ist befugt, gegebenenfalls Ergänzungen und Änderungen des Punktesystems vorzunehmen.“

(Punkt 5.4.)

Der Kläger macht einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG geltend. Es werde nicht auf eine Zumutbarkeit und Geringfügigkeit bzw sachliche Rechtfertigung abgestellt. Es handle sich auch nicht um sachlich gerechtfertigte oder objektiv nachprüfbare Parameter und es könnten diese Änderungen auch innerhalb von vier Monaten ab Vertragsabschluss durchgeführt werden. Darüber hinaus sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte brachte vor, die Kompetenzen des Verwaltungsrates seien gemäß Schweizer Gesellschaftsrecht und den Statuten der Beklagten großzügig ausgestaltet. Gemäß Artikel 23 der Statuten der Beklagten obliege dem Verwaltungsrat unter anderem die Oberleitung der Gesellschaft und die Festlegung der Organisation. Da die Begebung von Wohnpunkten der Gesellschaft obliege und die innere Organisation der Beklagten betreffe, handle es sich definitiv

um eine Frage, die nach dem Gesellschaftsstatut und damit dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu beurteilen sei. Der Verwaltungsrat würde mit einer Änderung sein Mandat nicht überschreiten. Entsprechend sei eine Änderung des Punktesystems durch den Verwaltungsrat zulässig und unterliege auch nicht der Klauselkontrolle, weil Beschlüsse der Organe einer Gesellschaft nicht der Klauselkontrolle unterlägen.

Das Erstgericht nahm eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB und eine Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG an, weil die Klausel keine Angaben dazu enthalte, unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsrat wann befugt sei, Ergänzungen und Änderungen des Punktesystems vorzunehmen. Die einseitige Änderungsmöglichkeit verstoße auch eindeutig gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Die Berufungswerberin verweist im Wesentlichen auf die Anwendbarkeit Schweizer Rechts und die Kompetenzen des Verwaltungsrats. Die Klausel spiegle die Entscheidung der Aktionäre wider, dass der Verwaltungsrat, welchem gemäß Art 19 der Statuten der Beklagten nur Aktionäre angehören dürften, Entscheidungen zum Punktesystem in ihrem Sinne treffe. Der Verwaltungsrat sei bei seinen Entscheidungen an die aktienrechtlichen Grundsätze gebunden, weshalb Entscheidungen nur zum Wohl und im Sinne der Aktionäre der Beklagten getroffen werden dürften. Aufgrund dieses zwingenden Maßstabes, an dem sich der Verwaltungsrat zu orientieren habe, könnten Entscheidungen zum Punktesystem schon per Definition nicht zum Nachteil der Aktionäre reichen. Der Verwaltungsrat sei quasi der verlängerte Arm der Aktionäre. Eine einseitige Änderung im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG scheidet sohin schon denkbare aus, weil die Entscheidungen mittelbar durch alle Aktionäre getroffen würden.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Struktur der Beklagten, nur eigene Aktionäre als Kunden zu akzeptieren, führt nicht zum Verlust ihrer Verbraucherrechte. Wie bereits ausgeführt, steht hier nicht die Ausübung von Gesellschafterrechten im Vordergrund, sondern ist das offensichtliche Ziel der Aktionäre der Beklagten, deren Ferienimmobilien zu nutzen.

Wie bereits mehrfach ausgeführt, hat die Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen. Klausel 10 enthält keine Einschränkung und es könnte somit das Punktesystem komplett umgestaltet werden, zum Beispiel, dass pro Darlehen und Jahr nicht mehr 12 Punkte, sondern nur mehr 1 Punkt zugeschrieben werden. Auch bei der Einlösung der Punkte könnte deren erforderliche Anzahl ohne Einschränkungen geändert werden. Dies ist einerseits gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und verstößt andererseits gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, der weitgehend verhindern soll, dass der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann (es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist).

Klausel 11:

„Die Hapimag Partner entrichten pro Darlehen einen Jahresbeitrag, der vom Verwaltungsrat periodisch festgesetzt wird und sich nach den anfallenden Kosten richtet. Dieser Betrag wird insbesondere verwendet für:

- Abgaben, Gebühren, Miteigentumsspesen, Steuern und Versicherungsprämien*
- Abschreibungen*
- Reparaturen und Unterhalt an den Gebäuden und der Innenausstattung, Ersatzbeschaffung*

- *Verwaltung der Gesellschaft, Reservationsdienst.*"
(Punkt 7.1.)

Der Kläger erachtet die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil der Jahresbetrag de facto willkürlich und schrankenlos unbestimmt geändert werden könne. Die Klausel verstoße daher auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, insbesondere, weil die Änderung des Jahresbetrags gerade nicht auf sachlich gerechtfertigte und vom Willen des Unternehmens unabhängige Umstände abstelle. Mangels Nennung konkreter Parameter verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte wandte ein, dass die Klausel konkrete Gebühren, Abgaben und sonstige Kosten nenne, an denen sich der Jahresbeitrag orientiere. Auch für die Beklagte sei nicht ersichtlich, welche Kosten genau entstehen könnten und wie sie sich veränderten. Unvorhersehbare Kosten würden zwischen den Aktionären und der Beklagten geteilt, soweit eine Tragung aus Reserven der Beklagten nicht erfolgen könne. Es liege kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor, weil die konkreten Parameter für eine Änderung des Jahresbeitrages konkret benannt seien und auch eine Senkung des Jahresbeitrages auf Basis dieser Klausel erfolgen würde.

Das Erstgericht erachtete die Klausel für gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil für die Festsetzung des Jahresbeitrags durch den Verwaltungsrat keine Voraussetzungen genannt würden, an denen sich der Verbraucher orientieren könne. Der Jahresbetrag könne somit willkürlich geändert werden. Die Klausel verstoße daher jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, insbesondere weil die Änderung des Jahresbetrags gerade nicht auf im Vorhinein ersichtliche sachlich gerechtfertigte und vom Willen des Unternehmens unabhängige Umstände abstelle.

Eine Bestimmung in AGB, wonach „Änderungen vorgenommen werden (können), wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrunde liegenden Kosten verändern“, sei unzulässig, weil sie keine ausdrückliche Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorsehe.

Die Berufungswerberin geht davon aus, dass die maßgebenden Parameter für eine Änderung des Jahresbeitrages ausreichend konkret benannt seien. Willkürliche Änderungen zu Ungunsten der Aktionäre schieden aufgrund der gesetzlichen Vorgaben an den Verwaltungsrat aus. Die Beklagte könne Abgaben, Gebühren, Spesen oder Reparaturen nicht beeinflussen. Die Beklagte habe den Jahresbeitrag in der Vergangenheit tatsächlich auch verschiedentlich herabgesetzt. Es sei nicht ersichtlich, weshalb das Erstgericht schlussfolgere, dass die Klausel keine ausdrückliche Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorsehe. Nach dem Wortlaut der Klausel: *„Änderungen vorgenommen werden (können), wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrunde liegenden Kosten verändern“*, ergebe sich, dass ebenso Entgeltsenkungen vorgenommen werden könnten, wenn sich die zugrunde liegenden Kosten veränderten.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Das Argument der Beklagten, dass sie Abgaben, Gebühren, Spesen oder Reparaturen nicht beeinflussen könne, ist gerade hinsichtlich der Reparaturkosten nicht nachvollziehbar, weil dem Eigentümer oft mehrere unterschiedlich aufwendige Reparaturvarianten offenstehen. Auch bei Ersatzbeschaffungen steht es oft frei, wann diese genau getätigt werden (nur beispielhaft: bereits, wenn etwas nicht mehr perfekt ausschaut, oder erst, wenn etwas nicht mehr funktionsfähig ist?). Die Höhe und der Eintritt dieser Kosten sind somit zu einem gewissen Teil auch vom Willen der Beklagten abhängig (vgl § 6 Abs 1 Z 5 KSchG).

Beim Zitat in der Berufung, *„Änderungen vorgenommen werden (können), wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrunde liegenden Kosten verändern“*, handelt es sich nicht um einen Bestandteil der hier zu beurteilenden Klausel, sondern findet sich diese Formulierung in RS0115215, der lautet: Eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verbrauchergirokonten, wonach *„Änderungen der Konditionen ... vorgenommen werden (können), wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrundeliegenden Kosten verändern“*, ist unzulässig, weil sie keine Verpflichtung der Bank zur Entgeltsenkung vorsieht.

Auch wenn die Klausel hier anders formuliert ist, ergibt sich die Verpflichtung zur Entgeltsenkung nicht eindeutig.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt auch für Dauerschuldverhältnisse. Zweck dieser Norm ist es, den Verbraucher vor überraschenden Preiserhöhungen zu schützen (RS0124336). § 6 Abs 1 Z 5 KSchG idF der Novelle BGBI I 1997/6 sieht die Zweiseitigkeit von Preisgleitklauseln vor, sodass der Unternehmer gegebenenfalls auch den Preis herabzusetzen hat. Eine solche Verpflichtung muss bestehen, um eine ausgewogene Verteilung der Vor- und Nachteile zu gewährleisten und um Regelungen allein zu Lasten des Verbrauchers auszuschließen (RS0117365 T1). Die Zinsanpassungsklausel, wonach eine Bank berechtigt ist, den vereinbarten Zinssatz in einem angemessenen Ausmaß abzuändern, wenn sich das Zinsniveau für Einlagen oder auf dem Geldmarkt oder Kapitalmarkt verändert, beziehungsweise kreditpolitischen oder währungspolitische Maßnahmen Änderungen auf dem Kreditmarkt bewirken, ist mangels ausreichender Bestimmtheit ungültig (RS0117774). Der Gestaltungsspielraum des Unternehmers muss daher im Vertrag klar umschrieben sein. Das ist nur dann der Fall, wenn der maßgebliche Sachverhalt hin-

reichend deutlich, eindeutig und unmissverständlich beschrieben wird; bei Bezugnahme auf verschiedene Umstände muss deren Verhältnis zueinander (kumulative oder alternative Verwirklichung als Abänderungserfordernis) festgelegt sein (RS0117774 T8). Dies ist in Klausel 11 nicht der Fall, die nur eine demonstrative Aufzählung enthält. Klausel 11 verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Klausel 12:

„Das Darlehen der Partner wird jährlich mit einem vom Verwaltungsrat zu bestimmenden Betrag im Sinne eines nicht bar zu entrichtenden Amortisationsbetrages belastet. Bei Verkauf oder Rückkauf der Aktien muss das Darlehen durch den Partner wieder auf den ursprünglichen Wert aufgestockt werden.“ (Punkt 7.2.)

Laut dem Kläger sei diese Klausel intransparent und verstoße darüber hinaus auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, weil der Amortisationsbetrag völlig schrankenlos erhöht werden könne. Nach der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung sei die Klausel so zu verstehen, dass das Unternehmen als Darlehensnehmer einen Teil dieses Darlehens *„im Sinne eines nicht bar zu entrichtenden Amortisationsbetrages“* entnehme und der Verbraucher, möchte er zufällig zu dieser Zeit einen *„Verkauf oder Rückkauf der Aktien“* vornehmen, selbst (*„durch den Partner“*) das Darlehen wieder auf den ursprünglichen Wert aufstocken müsse.

Die Beklagte hält einen solchen Sachverhalt für realitätsfern und offenbar konstruiert. Die Beklagte habe die Möglichkeit, jährlich einen Amortisationsbetrag zu erheben und diesen gemeinsam mit dem Jahresbeitrag abzurechnen. Dadurch sei eine Überraschung eines Aktionärs ausgeschlossen. Derzeit hebe die Beklagte keinen Amortisationsbeitrag

ein. Es sei auch ausgeschlossen, dass ein Aktionär nicht verstehen könnte, dass eine Belastung einer Valuta durch einen festgelegten Betrag etwas anderes bedeute, als dass sich die Valuta verringere.

Das Erstgericht erachtete den genauen Bedeutungsgehalt der einzelnen Formulierungen für den Verbraucher als unverständlich und die Klausel bereits deshalb als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG . Der „nicht bar zu entrichtende Amortisationsbetrag“ sei weder konkret dargelegt noch der Höhe nach beschränkt und daher gröblich benachteiligend.

Die Berufungswerberin geht davon aus, dass jedem Aktionär bewusst sei, dass das Darlehen schlicht jährlich durch diesen Betrag verringert werde. Da der Verwaltungsrat nach den aktienrechtlichen Grundsätzen auch stets zu Gunsten seiner Aktionäre handeln müsse, könnten dessen Entscheidungen schon per Definition nicht gröblich benachteiligend für Aktionäre sein.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung der Klausel ergibt sich, dass der Verbraucher beim Verkauf oder Rückkauf der Aktien verpflichtet sein könnte, einen Barbetrag an die Beklagte zu bezahlen („muss wieder aufgestockt werden“). Dass das Darlehen nach Klausel 6 auf den Erwerber zu übertragen ist, spricht für eine Barzahlungspflicht des Verkäufers an die Beklagte in Höhe der kumulierten Amortisationsbeträge.

Die Verpflichtung des Verwaltungsrats, nach den aktienrechtlichen Grundsätzen stets zu Gunsten seiner Aktionäre handeln zu müssen, ist nicht ausreichend, um eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB für die Verbraucher zu verhindern. Nach dem Wortlaut der Klausel 12 ist der Verwaltungsrat bei der Festsetzung des

Amortisationsbetrags völlig frei.

Die Klausel 12 ist daher sowohl intransparent als auch gröblich benachteiligend.

Klausel 13:

„Die Mitarbeiter der Hapimag und Havag sind zur schriftlichen oder mündlichen Änderung oder Ergänzung der vorliegenden Vertragsbestimmungen nicht befugt.“ (Punkt 8.2.)

Nach Ansicht des Klägers verstößt diese Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil sie die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmens oder seiner Mitarbeiter abbedingen möchte.

Die Beklagte wendet ein, die Klausel sei durch Artikel 24 der Statuten der Beklagten bedingt. Die Beklagte werde nach außen vom Verwaltungsrat vertreten und Vertragsänderungen könnten entsprechend dem Gesellschaftsstatut nur vom Verwaltungsrat oder von vom Verwaltungsrat autorisierten Personen abgegeben werden. Der Kläger verstehe die Klausel bewusst falsch, tatsächlich gehe es um Änderungen oder Ergänzung von Vertragsbestimmungen durch Mitarbeiter. Organe, die zur Vertretung der Beklagten berechtigt seien, könnten freilich im Einklang mit den Statuten der Beklagten alle Erklärungen und in jeglicher Form abgeben.

Das Erstgericht nahm einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG an, weil mit dieser Klausel die Rechtswirksamkeit (auch) formloser Erklärungen der Vertreter der Beklagten, welche auch Mitarbeiter sein könnten, abbedungen werde.

Die Berufungswerberin meint, dass das Erstgericht übersehen habe, dass sich diese Klausel lediglich auf Änderungen oder Ergänzung von Vertragsbestimmungen durch Mitarbeiter beziehe. Organe, die zur Vertretung der Be-

klagen berechtigt seien, könnten im Einklang mit den Statuten der Beklagten alle Erklärungen und in jeglicher Form abgeben.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach § 10 Abs 3 KSchG kann die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Diese Regelung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (vgl RS0121954).

Der vertragliche Ausschluss der Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers ist nach § 10 Abs 3 KSchG unzulässig. Da Klausel 13 einen derartigen Ausschluss vornimmt, ist sie unzulässig.

Klausel 14:

„Mit Rücksicht auf die unbeschränkte Dauer dieses Vertrages kann die Generalversammlung der Aktionäre der Hapimag auf Antrag des Verwaltungsrates einzelne Bestimmungen der bestehenden, mit den Partnern abgeschlossenen Vereinbarungen betreffend Erwerb der Mitgliedschaft bei der Hapimag bzw die diesen bestehenden Verträgen zu Grunde liegenden Allgemeinen Bestimmungen abändern, ergänzen, aufheben oder geänderten Gegebenheiten, z.B. auf wirtschaftlichem, rechtlichem gesellschaftlichem und touristischem Gebiete, anpassen.“ (Punkt 8.4.)

Der Kläger bringt vor, diese Klausel sehe ein de facto unbeschränktes Änderungsrecht von Vertragsbestandteilen vor und weise auch keine sachliche Rechtfertigung auf. Etwasige Gründe seien lediglich demonstrativ aufgezählt. Die

Klausel sei daher sowohl gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, als auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte sieht in dieser Klausel den Inbegriff der Aktionärsstellung. Die Mehrheit der Aktionäre könne die Stellung der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft durch einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss abändern. Dieses Recht sei in der Regel weder vertraglich noch gesellschaftsrechtlich beschränkbar, eine abschließende Aufzählung von potentiellen Beschlussgegenständen sei daher schlicht unmöglich. Die Art der potentiellen Beschlüsse, die die Aktionäre treffen könnten, sei aber richtig umschrieben. Inwiefern die Ausübung von Aktionärsrechten durch die Aktionäre ihre Rechte verletzen solle, sei nicht nachvollziehbar. Die Aktionäre könnten auch Anfechtungsmöglichkeiten nutzen. Generalversammlungsbeschlüsse unterlägen prinzipiell nicht der Klauselkontrolle.

Das Erstgericht nahm eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB und Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG an. Die Klausel sehe ein unbeschränktes Änderungsrecht von Vertragsbestandteilen vor, etwaige Gründe seien nur demonstrativ aufgezählt und es liege auch keine sachliche Rechtfertigung vor.

Die Berufungswerberin meint, die Entscheidung des Erstgericht würde den Aktionären Änderungsrechte entziehen. Klausel 14 sei Ausdruck für das fehlende Kräfteungleichgewicht, welches jedoch für die Qualifikation als Verbraucher entscheidend wäre. Die Aktionäre seien „Herren der Verträge“ und bestimmten somit selbst, welche Regelungen hinsichtlich der Nutzung der Liegenschaft für sie gälten. Anders als im herkömmlichen Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis seien die Aktionäre gegenüber dem Unternehmen nicht unterlegen, sondern selbst Entscheidungsträger.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Wie bereits ausgeführt, hat das Erstgericht zu Recht eine Verbrauchereigenschaft der Aktionäre angenommen.

In der Entscheidung 3 Ob 199/23w hatte der OGH folgende Klausel zu beurteilen „O* behält sich vor, die zusätzlichen Vorteile jederzeit zu ändern, zu erweitern oder zu erneuern.“, und begründete deren Intransparenz damit, dass der Verbraucher anhand ihrer Formulierung nicht erkennen könne, welche Änderungen des Vertrags davon betroffen sein könnten, und dass sie völlig offen lasse, in welchen Bereichen und in welchem Umfang eine Änderung möglich sein solle. Im Sinn der im Klauselprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung müsse davon ausgegangen werden, dass auch nicht bloß geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderungen, die dem Verbraucher zumutbar wären, darunter fallen.

Im Sinn dieser Rechtsprechung ist auch die vorliegende Klausel 14 jedenfalls als intransparent anzusehen.

Klausel 15:

„Gerichtsstand für alle Ansprüche aus dieser Vereinbarung ist der Sitz der Gesellschaft.“ (Punkt 9.1.)

Der Kläger behauptet einen Verstoß gegen § 14 KSchG, weil der zwingende Verbrauchergerichtsstand vertraglich ausgeschlossen werde.

Die Beklagte bestreitet, § 14 KSchG sei im gegenständlichen Fall gemäß § 14 Abs 4 KSchG nicht anzuwenden, weil das LGVÜ anzuwenden sei, das § 14 KSchG derogiere. Für Klagen zwischen Aktiengesellschaften und ihren Aktionären sei prinzipiell Artikel 22 Z 2 LGVÜ 2007 anzuwenden, die eine ausschließliche Zuständigkeit regle.

Das Erstgericht bejahte die Anwendbarkeit des LGVÜ 2007. Gemäß Art 15 und 16 LGVÜ 2007 könne in Verbraucher-

sachen der Verbraucher den Vertragspartner sowohl vor den Gerichten des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet dieser Vertragspartner seinen Wohnsitz habe, oder vor den Gerichten des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz habe, klagen. Da offenbar auch keine Ausnahme im Sinne des Art 17 LGVÜ 2007 vorliege, könne davon nicht abgewichen werden. Der Verbraucher könne in seinem Heimatstaat somit auch einen Vertragspartner klagen, der sich in einem Drittstaat befinde. Die bekämpfte Gerichtsstandsklausel sei daher unwirksam.

Die Berufungswerberin geht davon aus, dass, insoweit das LGVÜ 2007 anzuwenden sei, das KSchG gemäß § 14 Abs 4 KSchG verdrängt werde. Die Aktionäre der Beklagten seien keine Verbraucher im Sinne des LGVÜ 2007. Die Klausel entspreche Artikel 22 Z 2 LGVÜ 2007.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Wie bereits ausgeführt, sind in dieser Konstellation die Aktionäre als Verbraucher anzusehen und zwar auch im Sinne des LGVÜ 2007. Es sind daher die Art 15 ff LGVÜ 2007 anwendbar. Da keine der Ausnahmen des Art 17 LGVÜ 2007 vorliegt, unter denen eine Gerichtsstandsvereinbarung mit einem Verbraucher zulässig ist, ist die Klausel 15 unzulässig.

Klausel 16:

„Es ist schweizerisches Recht anwendbar.“ (Punkt 9.2.)

Die Unzulässigkeit der Wahl von schweizerischem Recht wurde bereits oben unter Punkt 1.14 f behandelt.

Klausel 17:

„Bei Ungültigkeit oder Ungültigwerden einzelner Bestimmungen dieses Vertrages wird nicht der ganze Vertrag

unwirksam, vielmehr treten an Stelle der unwirksamen Bestimmungen diejenigen Regeln, die nach Treu und Glauben Sinn und Zweck dieses Vertrages erfüllen.“ (Punkt 9.4.)

Der Kläger hält diese Klausel für intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Unzulässige Klauseln hätten laut EuGH ersatzlos zu entfallen. Es handle sich um eine unzulässige salvatorische Klausel, weil sich der Konsument zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrages verpflichtete.

Die Beklagte wendet ein, dass Klausel 17 die Rechtslage wiedergebe und nicht intransparent sei. Es handle sich um eine von Gesetzes wegen ohnehin eintretende Rechtsfolge.

Das Erstgericht verwies darauf, dass in der Entscheidung 8 Ob 132/15t in der für zulässig erachteten Klausel ausdrücklich auf gesetzliche Bestimmungen zu Gunsten der Verbraucher verwiesen worden sei. Hier sei den Partnern jedoch überhaupt nicht klar, was der Begriff „nach Treu und Glauben Sinn und Zweck dieses Vertrages“ bedeute. Die Klausel sei daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Die weitere von der Beklagten zitierte Entscheidung 5 Ob 217/16x habe gesetzliche und somit nachvollziehbare Folgen aus dem Miet- und Wohnrecht zum Inhalt gehabt.

Die Berufungswerberin verweist im Wesentlichen auf die fehlende Verbrauchereigenschaft und ihr bisheriges Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Eine sogenannte salvatorische Klausel ist im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG dann intransparent, wenn sie beispielsweise den AGB nur soweit Geltung zubilligt, als ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstünden, oder wenn sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung eines Vertrags ver-

pflichten soll, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar wird und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (RS0122045 T3). Als unzulässig beurteilt wurden Klauseln mit folgenden Formulierungen: „im Rahmen der Gesetze“, „Sofern nicht anders im ungarischen bürgerlichen Gesetzbuch festgelegt“, „soweit gemäß den geltenden gesetzlichen Bestimmungen zulässig“ und „Sofern nicht anders im Übereinkommen oder anderen geltenden Vorschriften des anwendbaren Rechts angegeben“ (RS0122045 T7). Die Klausel ist daher als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG anzusehen.

Klausel 18:

„Hapimag kann das Produktportfolio jederzeit ändern: neue Produkte einführen oder bestehende Produkte nicht mehr zum Verkauf anbieten.“ (Punkt 1.)

Der Kläger sieht diese weitreichende Änderungsmöglichkeiten ohne sachliche Rechtfertigung als Verstoß gegen § 879 Abs 1 und 3 ABGB, § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 2 Z 4 KSchG.

Die Beklagte geht davon aus, dass diese Klausel nicht in das Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und ihren Aktionären eingreife. Es handle sich nur um eine Klarstellung. Der Wortlaut der Klausel ermögliche keine Änderung bestehender Rechtsbeziehungen.

Das Erstgericht nahm einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB an, weil sich die Beklagte weitreichende Änderungsmöglichkeiten vorbehalte, ohne dafür eine sachliche Rechtfertigung darzulegen. Der Vorbehalt in dieser Klausel sei auch unzumutbar, weil er nicht geringfügig sei, der Begriff „Produkte“ könne alles Mögliche bedeuten. Die in der Klausel angekündigten Änderungen verstoßen auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil sie nicht mit den „Aktionären“ aus-

verhandelt worden seien. Der Wortlaut der Klausel sei derart offen, dass die Argumentation der Beklagten nicht daraus hervor zu lesen sei, die Klausel betreffe angeblich nur potentielle oder neue Kunden, nicht jedoch bestehende „Aktionäre“. Dies sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin vertritt die Ansicht, aus dem Wortlaut der Klausel ergebe sich eindeutig, dass nur die zukünftige Ausgestaltung von Aktionärsrechten gemeint sein könne. Die Klausel betreffe bestehende Aktionäre gar nicht, so dass diesbezüglich nichts mit diesen auszuverhandeln sei. Die Klausel sei auch nicht intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Klausel ist jedenfalls aufgrund ihrer Intransparenz zu untersagen. Ihre Formulierung lässt offen, ob sie sich nur auf künftige oder auch auf bereits bestehende Kunden bezieht und welche Auswirkungen dies auf letztere hat.

Klausel 19:

„Die Gültigkeit der Punkte beträgt fünf Jahre (unter Einbezug des Jahres der Gutschrift).

Punktetransfers, Punkteerwerb und Abbuchungsreihenfolge der Wohnpunkte:

- Punktetransfers sind im persönlichen Kundenbereich auf my.hapimag.com gemäss den dafür geltenden aktuellen Nutzungsbedingungen möglich.

- Die Punkte behalten nach einem Punkteübertrag ihre ursprüngliche Gültigkeitsdauer.

- Hapimag behält sich vor, eine Bearbeitungsgebühr für die Punkteübertragung zu erheben.

Hapimag behält sich vor, weitere Beschränkungen vor-

zunehmen.“ (Punkt 2.3.)

Der Kläger verwies auf seine Ausführungen zu Klausel 9. Darüber hinaus werde die Klausel durch den Vorbehalt der Beklagten, „eine Bearbeitungsgebühr für die Punkteübertragung zu erheben“ und „weitere Beschränkungen vorzunehmen“, intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte verweist darauf, dass der Entfall dieser Klausel zur „Immobilisierung“ der Wohnpunkte führen würde, weil dann die Wohnpunkte nicht mehr gehandelt werden könnten. Die Beklagte führe die Buchungen im Zusammenhang mit allfälligen Wohnpunkten durch; zu dieser Dienstleistung sei sie nicht verpflichtet und sie dürfe dafür auch eine Gegenleistung erheben. Aktuell und in den letzten Jahren habe die Beklagte keine Bearbeitungsgebühr bei der Übertragung von Wohnpunkten erhoben.

Das Erstgericht nahm eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB an, weil die Klausel keine Angaben dazu enthalte, unter welchen konkreten Voraussetzungen „weitere Beschränkungen“ vorgenommen werden könnten. Die einseitige Änderungsmöglichkeit verstoße auch eindeutig gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Im Übrigen verwies es auf seine Erwägungen zu Klausel 9, wonach für die kurze fünfjährige Gültigkeitsdauer der Wohnpunkte keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich sei. Der inhaltliche Zusammenhang von Klausel 9 und 19 mache Klausel 19 daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin macht die Zulässigkeit der Verfallsfrist geltend. Die Wohnpunkte seien Nebenrechte zur Aktie und als Sonderrechte nicht frei übertragbar. Die Wohnpunkte seien auch nicht als Wertpapiere ausgestaltet. Dennoch ermögliche die Beklagte, diese Sonderrechte zu übertragen. Da es sich um ein freiwilliges Angebot der Beklagten handle, stehe es ihr frei, die Bedingungen für die

Übertragung festzulegen, letztlich erwachsen ihr auch Kosten durch die Übertragung. Da die Klausel den Aktionären einen Vorteil verschaffe, der ihnen nach dem Gesetz nicht zustünde, sei sie nicht gröblich benachteiligend.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit des Verfalls der Wohnpunkte ist der uneingeschränkte Vorbehalt von weiteren Beschränkungen gemäß § 879 Abs 3 ABGB unzulässig. Es ist hier keine der beiderseitigen Hauptleistungen betroffen. Es stellt eine gröbliche Benachteiligung der Kunden dar, wenn sich die Beklagte „weitere Beschränkungen“ vorbehält, ohne diese bzw die Umstände deren Eintretens näher zu definieren.

Klausel 20:

„Die Rechtsverbindlichkeit der Reservierung tritt mit der textlichen Bestätigung durch Hapimag ein (Brief, Fax oder Email).“ (Punkt 3.3.)

Der Kläger macht einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG geltend, weil die Wirksamkeit mündlicher Bestätigungen der Beklagten ausgeschlossen werde.

Die Beklagte bestreitet, dass durch diese Klausel die Wirksamkeit einer mündlichen Bestätigung zu Lasten der Aktionäre ausgeschlossen werden solle. Die gegenständliche Klausel betreffe lediglich die Bestätigung einer Reservierung und diene sohin auch dem Schutz des Verbrauchers. Eine derartige Beschränkung sei gemäß § 10 Abs 3 KSchG zulässig, weil sie eine zulässige Einschränkung der Vertretungsmacht der Mitarbeiter der Beklagten sei.

Das Erstgericht verwies auf seine Ausführungen zu Klausel 13. Die Klausel verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil damit die Rechtswirksamkeit auch formloser Erklärungen der Vertreter der Beklagten, welche auch Mitarbeiter

sein könnten, abbedungen werde.

Die Berufungswerberin wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach § 10 Abs 3 KSchG kann die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Diese Regelung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (vgl RS0121954).

Nach dieser Klausel könnte ein Mitarbeiter der Beklagten einem Kunden mündlich die Reservierung bestätigen und sich danach die Beklagte aufgrund dieser Klausel auf die Ungültigkeit der mündlichen Erklärung berufen. Gerade dies soll § 10 Abs 3 KSchG verhindern. Auch Klausel 20 ist daher zu untersagen.

Klausel 21:

„Fehlerhafte Reservierung (vom Aktionär oder Mitglied verursacht):

Fehlerhafte Reservierungen, die durch missverständlich ausgefüllte oder mehrfach übermittelte Reservierungsgesuche verursacht werden, gehen zu Lasten des Aktionärs oder des Mitglieds, d.h., Hapimag ist bei einer Rücknahme oder Umbuchung berechtigt, dem Aktionär oder dem Mitglied den hierdurch entstehenden Schaden (Ziffer 7.4) zu belasten.“ (Punkt 3.4.)

Der Kläger bringt vor, die Klausel schließe das Recht des Verbrauchers aus, einen Irrtum geltend zu machen und verstoße somit gegen § 6 Abs 1 Z 14 KSchG. Darüber hinaus sei die Klausel auch gröblich benachteiligend gemäß § 879

Abs 3 ABGB, weil auch solche „mehrfach übermittelte Reservierungsgesuche“ davon erfasst würden, bei denen der Beklagten als Empfänger der Irrtum offenbar auffallen haben müssen. Die Klausel verpflichte die Verbraucher auch in jenen Fällen zur Leistung von Schadenersatz, in denen diese gerade kein Verschulden an den fehlerhaften oder mehrfach übermittelten Reservierungen treffe. Eine sachliche Rechtfertigung fehle, weswegen die Klausel auch in diesem Aspekt gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Beklagte wendet ein, der Ausschluss des Rechts der Irrtumsanfechtung könne nicht aus der Klausel abgeleitet werden. Mehrfach übermittelte Reservierungsgesuche könnten entweder sofort offensichtlich erkennbar sein oder auch nicht, wenn mehrere Zimmer gebucht werden sollten. Bei fehlendem Verschulden sei kein Schadenersatz zu leisten, weil in der Klausel explizit auf eine Verursachung, also ein Verschulden, des Aktionärs abgezielt werde. Werde eine von Gesetzes wegen ohnehin eintretende Rechtsfolge nicht ausreichend deutlich gemacht, liege darin keine Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Das Erstgericht kam zum Schluss, dass eine Verursachung (Kausalität) nicht mit Verschulden gleichzusetzen sei. Die Klausel verpflichte die Verbraucher aber auch in jenen Fällen zur Leistung von Schadenersatz, in denen diese gerade kein Verschulden an den fehlerhaften oder mehrfach übermittelten Reservierungen treffe, weshalb die Klausel in diesem Aspekt gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei. Darüber hinaus schließe die Klausel das Recht des Verbrauchers aus, einen Irrtum geltend zu machen, und verstoße somit gegen § 6 Abs 1 Z 14 KSchG.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Argumentation des Erstgerichts ist zutreffend (§ 500a ZPO). Der Klauselwortlaut stellt auf ein Verursachen und damit nicht auf ein Verschulden des Kunden ab. Dies stellt eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar. Da die Klausel den Verbraucher direkt zu Schadenersatz verpflichtet, nimmt sie ihm das Recht zur Irrtumsanfechtung und verstößt dadurch auch gegen § 6 Abs 1 Z 14 KSchG.

Klausel 22:

„Stornierung durch Hapimag:

- Dauernde oder vorübergehende Schliessung des Resorts oder der Hausbootbasis aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen. Die Ansprüche des Aktionärs oder des Mitglieds sind in einem solchen Fall auf die Gutschrift der belasteten Punkte beschränkt.“ (Punkt 7.6.)

Der Kläger macht einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und § 6 Abs 1 Z 9 KSchG geltend. Die Resorts stünden im Eigentum der Beklagten, weshalb die Stornierung aufgrund einer vom Unternehmen herbeigeführten (vorübergehenden) Schließung kein objektiver oder sachlich gerechtfertigter Umstand sei, der eine Stornierung und gleichzeitig Schadensbegrenzung auf die Rückbuchung der eingesetzten Wohnpunkte rechtfertige. Es seien sogar vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigungen erfasst.

Die Beklagte meint, die Klausel gehe nicht davon aus, dass die Beklagte aus selbst herbeigeführten Gründen eine Stornierung vornehme. Es könne jedoch, gerade in der Tourismusbranche und insbesondere bei einer internationalen Verteilung der Resorts zu Vorkommnissen kommen, aufgrund denen wesentliche rechtliche oder auch überraschende wirtschaftliche Umstände entstünden, die sich ohne Einfluss-

möglichkeit des Unternehmers, so entwickelten, dass eine Vertragsabwicklung oder ein Festhalten am Vertrag derart erschwert werde, dass ein Interesse an der Auflösung des Vertrages von den Verbrauchern respektiert werden müsse. Die Klausel sei sohin sachlich gerechtfertigt. Eine sachliche Rechtfertigung erlaube auch trotz § 6 Abs 2 Z 1 KSchG einen nicht im Einzelnen ausgehandelten Rücktritt vom Vertrag seitens des Unternehmers, wenn ein wichtiger Grund zum Rücktritt vorliege. § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verbiete, dass Unternehmer durch ihr Fehlverhalten bedingte Schadensrisiken auf die Verbraucher abwälzten, aber die in der Klausel angeführten Gründe stellten ein gerechtfertigtes Interesse der Beklagten dar, dem Aktionär die Punkte zurück zu übertragen. Die Klausel verstoße auch nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil wichtige, sich der Sphäre der Beklagten entziehende Gründe vorliegen könnten, welche einen Rücktritt vom Vertrag rechtfertigten.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als so allgemein formuliert, dass ein durchschnittlicher Verbraucher daraus nicht konkret abschätzen könne, welche wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründe hier gemeint sein könnten bzw ob diese Gründe auch sachlich gerechtfertigt seien oder nicht. Eine Einschränkung auf konkrete schwerwiegende Gründe, welche von der Judikatur für eine Zulässigkeit einer solchen Klausel gefordert würden, sei hier nicht ersichtlich. Noch dazu stelle die Klausel auf Vorkommnisse ausschließlich in der Sphäre der Beklagten ab und nicht etwa auf Gründe beim Aktionär/Mitglied selbst (zB dessen Zahlungsunfähigkeit oder unzumutbares Verhalten). Die Klausel verstoße daher jedenfalls gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und sei schon deshalb unzulässig.

Die Berufungswerberin ist der Ansicht, aus der Klausel gehe klar hervor, dass die Gründe dermaßen gravierend sein

müssten, dass eine Schließung erfolgen habe müssen. Eine sachliche Rechtfertigung liege daher bereits in dem Umstand, dass die Beklagte für die Anwendung der Klausel habe gezwungen sein müssen, das entsprechende Resort zu schließen, weshalb kein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG vorliege.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

§ 6 Abs 2 Z 1 KSchG untersagt die - nicht ausgehandelte - Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes des Unternehmers ohne sachliche Rechtfertigung, insbesondere ohne Leistungsstörung des Verbrauchers (RS0117366). Der Unternehmer soll nicht die Möglichkeit haben, sich jederzeit (durch Rücktritt) willkürlich vom Vertrag zu lösen und so dem Verbraucher von vornherein das für eine sinnvolle Nutzung des Vertrags notwendige Vertrauen auf seine Erfüllung durch den Unternehmer zu nehmen (RS0117366 T3).

Die Formulierung „*Dauernde oder vorübergehende Schliessung des Resorts oder der Hausbootbasis aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen*“ ist derart vage, dass sie den Rücktritt in das Belieben der Beklagten stellt. Die Argumentation der Beklagten, dass nur eine gravierende Änderung sie zur Schließung eines Resorts veranlassen würde, ist zwar wirtschaftlich grundsätzlich nachvollziehbar. Sie ergibt sich aber nicht aus dem Klauselwortlaut, auf den im Verbandsprozess abzustellen ist. Die Klausel ist daher bereits wegen des Verstoßes gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG zu untersagen.

Klausel 23:

„*Lokale Kostenbeiträge*

b) *Wir behalten uns vor, die lokalen Kostenbeiträge im Falle unvorhergesehener Kostenerhöhungen im Resort anzupassen.*“ (Punkt 7.7.)

Der Kläger bemängelt, dass diese Klausel der Beklagten eine de facto unbeschränkte Möglichkeit einräume, die „lokalen Kostenbeiträge“ nach Belieben anzupassen. „Unvorhergesehene Kosten“ würden als vermeintlich objektive und externe Umstände dargestellt, die die Beklagte dann völlig unbeschränkt dazu berechtigen sollten, schrankenlos die Kostenbeiträge anzupassen. Die Kostenbeiträge könnten zudem auch binnen zwei Monaten ab Vertragsabschluss angepasst werden. Die entsprechenden Voraussetzungen einer einseitigen Preisänderung durch das Unternehmen lägen jedoch nicht vor, weswegen die Klausel im Ergebnis gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 2 Z 4 KSchG und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoße.

Die Beklagte sieht die Klausel im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die Klausel führe auf transparente Weise an, dass hier lokale Kostenbeiträge im Falle unvorhergesehener Kostenerhöhungen im Resort auch erhöht würden. Dies sei sachlich gerechtfertigt, weil der Aktionär diese Leistungen in Anspruch nehme und die erhöhten Preise vor Ort lediglich weitergegeben würden. Die Preisanpassung sei nicht vom Willen der Beklagten abhängig. Es werde auch keine völlig unbeschränkte Erhöhung ermöglicht. Die Klausel sei weder intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, noch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Eine Anwendung des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sei schon allein aus dem Gesetzeswortlaut ausgeschlossen, weil es hier gerade nicht um eine nachträgliche Änderung gehe.

Das Erstgericht nahm aufgrund der pauschalen Begriffe „lokale Kostenbeiträge“ und „unvorhergesehene Kostenerhöhungen“ Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG an. Aufgrund der Unbestimmtheit der Formulierung stünden der Beklagten weitreichende und willkürlich auszuübende Änderungsmöglichkeiten hinsichtlich möglicher Kostenerhöhungen zu.

Eine sachliche Rechtfertigung fehle. Die Klausel sei daher auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Im Übrigen schütze § 6 Abs 2 Z 4 KSchG den Verbraucher vor kurzfristigen und überraschenden Entgelterhöhungen. Das Erstgericht verwies auch auf seine Erwägungen zu Klausel 26 betreffend § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach der Absicht des Gesetzgebers soll § 6 Abs 2 Z 4 KSchG verhindern, dass der Preis im Vertrag zahlenmäßig bestimmt wird, der Unternehmer sich jedoch die Möglichkeit offenhält, für nur kurze Zeit später erbrachte Leistungen ein höheres als dieses zahlenmäßig bestimmte Entgelt zu verlangen. Auch der Mieter hat ein berechtigtes Interesse daran, dass der zahlenmäßig vereinbarte Mietzins zumindest für die nächsten Monate verbindlich ist (8 Ob 6/24a Rz 8).

Warum die Beklagte davon ausgeht, dass es hier nicht um eine nachträgliche Änderung geht, ist für das Berufungsgericht nicht nachvollziehbar. Vom Wortlaut der Klausel ist auch der Fall umfasst, dass ein Kunde ein Appartement in einem Resort bucht und dann vor Ort aufgrund der Klausel 23 mit höheren „lokalen Kostenbeiträgen“ als erwartet konfrontiert wird. Da nicht einmal eine Einschränkung hinsichtlich Entgeltänderungen binnen zweier Monate nach Vertragsabschluss gemacht wird, liegt jedenfalls ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG vor.

Klausel 24:

„Anwendbares Recht/Gerichtsstand

Für die Rechtsbeziehung zwischen Hapimag und dem Teilnehmer gilt Schweizer Recht. [...] ausschliesslicher Gerichtsstand für die Leistungen von Hapimag ist Zug.“

(Punkt 9.3.)

Die Unzulässigkeit der Wahl von schweizerischem Recht wurde bereits oben unter Punkt 1.14 f behandelt, detto die Unzulässigkeit der ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung bereits bei Klausel 15.

Klausel 25:

„Änderungen

Hapimag behält sich vor, die Buchungsbedingungen aufgrund neuer Erkenntnisse (wie z.B. die Erhöhung oder die Einführung staatlicher Abgaben oder Gebühren, Steuern oder Wechselkursänderungen) regelmässig anzupassen und/oder zu ergänzen. Hapimag wird die Aktionäre und Mitglieder über solche Änderungen textlich in ihren Publikationen oder mündlich bei der Reservierung informieren und in der Reservierungsbestätigung textlich darauf hinweisen.“ (Punkt 9.4.)

Der Kläger bringt vor, die Beklagte behalte sich vor, im Einzelfall auch bloß im Nachhinein, also nach einer Buchung, in der Reservierungsbestätigung auf geänderte Buchungsbedingungen hinzuweisen, und zwar auch dann, wenn es für Verbraucher keine Möglichkeit gegeben habe, Einsicht in die „Publikationen“ der Beklagten zu nehmen und auch dann, wenn etwa gerade nicht „mündlich bei der Reservierung“ informiert worden sei. Eine sachliche Rechtfertigung, auch erst im Nachhinein, also nach erfolgter Buchung über geänderte Buchungsbedingungen zu informieren, sei nicht gegeben. Die Klausel verstoße hinsichtlich dieser weitreichenden Änderungsvorbehalte der Buchungsbedingungen gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und auch gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, weil die (Preis-)Änderungen auch binnen zwei Monaten ab Vertragsabschluss eintreten könnten. Die Klausel weise hinsichtlich der in Frage kommenden Um-

stände („neue Erkenntnisse“) eine bloß demonstrative Aufzählung auf und sei daher auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte wendet ein, selbst bei der verbraucherfeindlichsten Auslegung sei bei dieser Klausel nicht von einer nachträglichen Preisänderung bei einer abgeschlossenen Buchung auszugehen. Es sei klar, dass es hier um die Produktpalette gehe und hier in den AGB verdeutlicht werde, dass sich die Preise der Produktpalette ändern könnten. Dies stelle jedoch keine nachträgliche Änderung nach dem Abschluss einer Buchung dar. Dies gehe auch im Zusammenhang mit den angeführten Änderungen der Publikationen (etwa Kataloge) klar hervor bzw dadurch, dass man bei der Reservierung auf die aktuellen Preise hinweise. Die Klausel sei daher weder intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG noch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Eine Anwendung des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sei schon allein aus dem Gesetzeswortlaut ausgeschlossen, weil es hier gerade nicht um eine nachträgliche Änderung gehe.

Das Erstgericht folgte den Argumenten des Klägers. Die Klausel verstoße jedenfalls gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und sei aufgrund ihres Wortlauts und der pauschalen Begriffe intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin meint, es sei eindeutig, dass es hier um zukünftige Buchungen gehe und hier in den AGB verdeutlicht werde, dass sich die Preise der Buchungen ändern könnten.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Ansicht der Berufungswerberin, es sei eindeutig, dass es hier um zukünftige Buchungen gehe, wird nicht geteilt. Insbesondere bei der hier anzuwendenden kundenfeindlichsten Auslegung ergibt sich diese Einschränkung

auf zukünftige Buchungen nicht aus dieser Klausel. Damit besteht auch hier, wie bereits bei Klausel 23, die Problematik mit Entgeltänderungen binnen zweier Monate nach Vertragsabschluss. Dazu kommen gröbliche Benachteiligung und Intransparenz, weil es durch die demonstrative Aufzählung zu keiner Einschränkung der Änderungsmöglichkeiten der Beklagten an den Buchungsbedingungen kommt.

Klausel 26:

„Preiserhöhungen/Zahlungsbedingungen:

Hapimag behält sich vor, die Preise bei Wechselkursänderungen oder Preisänderungen der Leistungserbringer und Einführung von zusätzlichen Steuern und Abgaben entsprechend anzupassen. Die Rechnung wird mit der Bestätigung zugestellt und ist spätestens 30 Tage nach Buchungsdatum der vermittelten Leistung fällig und zahlbar.“ (Punkt 4.)

Der Kläger bringt vor, der Klauselwortlaut suggeriere, dass auch bei bereits vereinbartem Preis nachträglich eine neue Rechnung geschickt werden dürfe, die „spätestens 30 Tage nach Buchungsdatum der vermittelten Leistung fällig und zahlbar“ sei. Damit werde jedoch eine grundsätzliche Frist von 30 Tagen ab Buchungsdatum als Fälligkeitsdatum festgelegt, unabhängig davon ob und wenn ja, wann eine angepasste Preisänderung stattfinde und wann der Verbraucher die angepasste Rechnung erhalte. Die Klausel sei bereits deswegen intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Es gebe aber auch sonst keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass sich die Beklagte vorbehalte, einen mit dem Verbraucher vereinbarten Preis nachträglich - laut Klauselwortlaut mit offener Frist - durch bloße Übermittlung einer angepassten Rechnung zu verändern, wenn sich die bloß intransparent genannten Parameter änderten, wie zB „Preisänderungen der

Leistungserbringer“, oder es zur „Einführung von zusätzlichen Steuern und Abgaben“ komme. Es handle sich grundsätzlich um das unternehmerische Risiko, welches das Unternehmen bei der Preisgestaltung bereits zu berücksichtigen habe. Damit verstoße die Klausel aber auch gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG. Die Klausel werde durch die weitreichenden Beurteilungsspielräume gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und durch die Verwendung intransparenter Parameter zugleich auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Weiters verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil sich das Unternehmen einseitige Preisänderungen vorbehalte, ohne die gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG notwendigen Voraussetzungen einzuhalten. Insbesondere mangle es an der Verpflichtung des Unternehmens, auch entsprechende Senkungen der Preise an die Verbraucher weiterzureichen. Darüber hinaus seien die genannten Parameter gerade nicht sachlich gerechtfertigt und überhaupt nicht transparent umschrieben.

Die Beklagte argumentiert mit dem Satzteil „Die Rechnung wird mit der Bestätigung zugestellt [...]“ und meint, dadurch werde klar zum Ausdruck gebracht, dass der Rechnungsbetrag im Zusammenhang mit der Bestätigung zu sehen sei, die vom zeitlichen Ablauf nicht irgendwann nach dem Buchungsdatum liege, sondern mit der Bestätigung der Buchung erfolge. Dass eine Preisänderung danach vorgenommen werde, sei auch bei der verbraucherfeindlichsten Auslegung nicht zu erkennen. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Frist der Zahlung willkürlich und verspätet festgelegt werde. Eine Anpassung aufgrund von Faktoren, die nicht in der Sphäre des Unternehmers lägen, sei zulässig. Die Klausel sei weder intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, noch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Eine Anwendung des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sei

schon allein aus dem Gesetzeswortlaut und der hier behandelten Frage ausgeschlossen.

Nach Ansicht des Erstgerichts seien hier die Voraussetzungen für Preiserhöhungen und Bedingungsänderungen begrifflich und in ihrem zeitlichen Zusammenhang pauschal beschrieben. Die Klausel verstoße daher jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und sei zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin geht davon aus, dass die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vorlägen. Dem Aktionär werde durch die Klausel klar und verständlich dargelegt, dass es bei einer Änderung des Wechselkurses, Preisänderungen des Leistungserbringers sowie bei Änderung der Steuern und Abgaben zu Preisänderungen kommen könne. Die Beklagte habe auf diese Änderungen keinen Einfluss. Eine taxative Aufzählung aller möglichen Umstände, die eine Preisänderung zur Folge haben könnten, sei unmöglich. Die Preisänderung habe auch keinen Einfluss auf bereits getätigte Buchungen. Die Preiserhöhungen seien demnach auch nicht überraschend, weil dem Aktionär die Preise mit der Buchung zur Kenntnis gebracht würden.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Intransparenz der Klausel zeigt sich bereits in der Argumentation der Beklagten: Dass die Bestätigung, mit der die Rechnung zugestellt wird, nur die Buchungsbestätigung sein kann, also das Schreiben, mit dem dem Kunden die Buchung bestätigt wird, ergibt sich aus der Klausel nicht eindeutig. Es könnte auch irgendeine Bestätigung gemeint sein. Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum diese Klausel keinen Einfluss auf bereits getätigte Buchungen haben soll. Die Klausel entspricht somit nicht dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verbrauchergirokonten, wonach „Änderungen der Konditionen ... vorgenommen werden (können), wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrundeliegenden Kosten verändern“, ist unzulässig, weil sie keine Verpflichtung der Bank zur Entgeltsenkung vorsieht (RS0115215). Klausel 26 verstößt außerdem bereits deshalb gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil sie keine Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorsieht.

Klausel 27:

„Hapimag behält sich vor, alle Reservierungsbestimmungen regelmässig teilweise oder zur Gänze anzupassen und/oder zu ergänzen.“

Der Kläger bringt vor, diese Klausel ermögliche der Beklagten, weitreichende Änderungen an den Reservierungsbestimmungen vorzunehmen, wobei eine sachliche Rechtfertigung fehle. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Außerdem verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Die Beklagte behauptet, die Adaptierung der Modalitäten der Reservierungsbestimmungen sei sachlich gerechtfertigt, weil dies dem permanenten technischen Fortschritt geschuldet sei. Dies habe jedoch keine wesentliche Auswirkung auf die Erbringung der Hauptleistung. Im Gegenteil ermögliche diese Klausel eine verbraucherfreundliche Verbesserung des Services. Es lägen sachlich gerechtfertigte Änderungen und keine ungerechtfertigte einseitige Leistungsänderungsklausel vor. Die Klausel stehe den Beschränkungen nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nicht entgegen und es werde damit auch nicht die Rechtslage verschleiert, weshalb keine Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Die

teilweise nicht beeinflussbaren Umstände machten eine allfällige Änderung notwendig, weshalb eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB entfalle.

Das Erstgericht nahm einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG an, weil die Beklagte eine von ihr zu erbringende Leistung (Reservierungen) einseitig ändern oder von ihr abweichen könne. Die Vorbehalte müssten in der Klausel selbst klar und deutlich zum Ausdruck kommen und für den Verbraucher zumutbar sein, was hier nicht der Fall sei (arg „...teilweise oder zur Gänze...“). Ein bloß allgemeiner Verweis auf die Möglichkeit künftiger Änderungen der AGB (zB in einem Kundenbindungsprogramm) genüge nicht.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und verweist noch darauf, dass sich das Änderungsrecht nur auf zukünftige Buchungen beziehe.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG will verhindern, dass sich der Unternehmer das Recht auf weitgehende, den Interessen des Verbrauchers widersprechende, einseitige Leistungsänderungen vorbehält. Umfassende und vage Änderungsklauseln indizieren daher eine Unzumutbarkeit. Die Vorbehalte müssten, damit sie rechtswirksam bleiben, daher möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein (RS0111807). Die Vornahme von Reservierungen ist eine zentrale Leistung der Beklagten. Mit dieser Klausel könnte die Beklagte ihre Reservierungsbestimmungen ohne Einschränkungen ändern. Es sind nicht einmal irgendwelche Vorbehalte konkretisiert. Die Klausel ist daher bereits wegen des Verstoßes gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zu untersagen.

Klausel 28:

„Die Wohnpunkte sind eine beschränkte Anzahl Jahre

gültig, derzeit ab Ausgabe fünf Jahre." (Punkt 3.2)

Der Kläger verwies auf seine Ausführungen zu den Klauseln 9 und 19. Darüber hinaus beinhalte die Klausel einen jederzeitigen Änderungsvorbehalt, durch Verwendung der Formulierung „derzeit“. Es liege daher auch aus diesem Punkt eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB und eine Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG vor.

Die Beklagte ging nur auf das Thema Verjährung ein.

Das Erstgericht hielt den Vergleich von „Wohnpunkten“ mit einem Gutscheinsystem für durchaus darstellbar, zumal die Wohnpunkte durch Bezahlung des Jahresbeitrags erworben werden. Für die kurze fünfjährige Verfallsfrist sei daher keine sachliche Rechtfertigung erkennbar. Die Judikatur des OGH zur Befristung von Gutscheinen sei sinngemäß anzuwenden. Ein Verfall nach fünf Jahren sei gröblich benachteiligend, weil eine Übertragung auch untersagt sei. Der Verbraucher werde dadurch in seiner Verfügungsmacht gröblich benachteiligend eingeschränkt, wobei diese Konsequenz für ihn auch unüblich und überraschend sei. Die vorliegende Klausel halte daher schon der Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB nicht stand. Im Übrigen weise die Klausel einen einseitigen und unbegründeten Änderungsvorbehalt auf, weil die Verfallfrist mit „derzeit“ fünf Jahren festgelegt sei (§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG). Offenbar könnte die Beklagte diesen Zeitraum jederzeit abändern.

Die Berufungswerberin verweist auf ihre Ausführungen zu Klausel 9.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Ob grundsätzlich ein Verfall der Wohnpunkte nach fünf Jahren zulässig ist, kann dahingestellt bleiben, weil die Klausel bereits aufgrund des jederzeitigen Änderungsvorbehalts unzulässig ist. Durch die Verwendung des Wortes „derzeit“ behält sich die Beklagte vor, die Frist für den

Verfall der Wohnpunkte jederzeit abzuändern. Dies stellt jedenfalls eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar. Im Übrigen bleibt auf die Ausführungen zur ähnlichen Klausel 33 („derzeit CHF 120“) hinzuweisen.

Klausel 29:

„Das Mitglied verpflichtet sich, jährlich einen Beitrag pro Ferienrecht zu bezahlen («Jahresbeitrag»). Der Jahresbeitrag wird vom Verwaltungsrat der Hapimag jährlich festgelegt und dem Mitglied mit der jährlichen Rechnung mitgeteilt. Der Jahresbeitrag deckt insb. die Kosten der zentralen Services und der Tochtergesellschaften, die Steuern sowie den Aufwand für Renovierungen (Abschreibungen) und Infrastruktur der Ferienwohnungen. Weitere Details zum Jahresbeitrag sind abrufbar unter www.hapimag.com/zusaetzliche-informationen.“ (Punkt 3.3)

Nach Ansicht des Klägers suggeriere die Klausel, dass der Jahresbetrag die Betriebskosten der Ferienanlagen widerspiegeln, wobei das tatsächlich jedoch nicht konkret der Fall sei, weil der Jahresbetrag bloß *„insbes. Kosten der zentralen Services und der Tochtergesellschaften, die Steuern sowie den Aufwand für Renovierungen (Abschreibungen) und Infrastruktur der Ferienwohnungen“* abdecken sollte. Weiters werde auf *„zusätzliche Informationen“* zu diesem Jahresbeitrag verwiesen, wobei der Link zu anderen AGB führe, konkret zu den zusätzlichen Informationen zu den AGB Hapimag Classic. In Abschnitt *„II. Informationen über die Kosten (ziff. 3.3 und ziff 4 AGB)“* fänden sich Informationen zum Jahresbetrag, wobei diese Klauseln wiederum auf eine weitere Seite (www.hapimag.com/jahresbeitrag) verwiesen, auf der Informationen zum Jahresbetrag einsehbar seien. Die Klausel beinhalte daher einen doppelten

Verweis und sei bereits deswegen als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen. Ein weiterer Grund für die Intransparenz sei, dass beim Terminus Steuern völlig unklar bleibe, um welche Art von Steuern es sich dabei handle. Die Klauselformulierung sei auch so gehalten, dass Änderungen schrankenlos möglich wären, insbesondere gebe es keinerlei Begrenzungen hinsichtlich etwaiger Erhöhungen des Jahresbetrages, wobei dies gegen § 879 Abs 3 ABGB und auch gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

Die Beklagte meint, die Klausel zähle auf transparente Weise auf, welche Faktoren den Jahresbeitrag der Aktionäre beeinflussen. Es lägen sachlich gerechtfertigte Änderungen und keine ungerechtfertigte einseitige Leistungsänderungsklausel vor. Die Klausel stehe der Beschränkung nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nicht entgegen und verschleierte auch nicht die Rechtslage, weshalb keine Intransparenz nach § 6 Abs 3 vorliege. All diese teilweise nicht beeinflussbaren Umstände machten eine allfällige Änderung notwendig, weshalb eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB entfalle.

Das Erstgericht hielt die Klausel für gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil für die Festsetzung des Jahresbeitrags durch den Verwaltungsrat keine konkreten Voraussetzungen genannt würden, an denen sich der Verbraucher orientieren könne („...insb.“). Der Jahresbetrag könne demnach willkürlich geändert werden. Die Klausel verstoße daher jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, insbesondere weil die Änderung des Jahresbetrags gerade nicht auf (im Vorhinein ersichtliche) sachlich gerechtfertigte und vom Willen des Unternehmens unabhängige Umstände abstelle. Kosten der zentralen Services und der Tochtergesellschaften sowie zu tätiger Aufwand für Renovierungen (Abschreibungen) und Infrastruktur der Ferienwohnungen lä-

gen regelmäßig in der Sphäre der Beklagten begründet und könnten von ihr in jegliche Richtung beeinflusst werden. Die Klausel 29 beinhalte im Vergleich zu den Klauseln 11 und 12 auch einen doppelten Verweis, wo die Details ersichtlich seien, und sei daher schon deshalb als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen. Beim Terminus „Steuern“ bleibe völlig unsubstantiiert, um welche Art von Steuern und Abgaben es sich dabei handeln könnte.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Formulierung der Klausel 29 vermittelt den Eindruck, dass der Verwaltungsrat den Jahresbeitrag beinahe völlig frei festlegen könne. Klausel 29 enthält nur eine demonstrative Aufzählung, wobei nicht einmal eindeutig ist, ob der Jahresbeitrag der Summe dieser demonstrativ genannten und ähnlicher Kosten genau entsprechen muss. Die Klausel erfüllt die Voraussetzungen der § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht. Es ist weder eine Entgeltsenkung konkret vorgesehen, noch sind die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag konkret umschrieben (nur eine demonstrative Aufzählung), jedoch ist der Eintritt der entgeltändernden Bedingungen zumindest teilweise vom Willen des Unternehmers abhängig. Die Klausel ist daher bereits wegen des Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig.

Klausel 30:

„Das Mitglied räumt Hapimag ein Rückkaufsrecht betreffend die Aktie(n) ein, wenn das Mitglied mit der Begleichung von fälligen Forderungen von Hapimag in Verzug ist («Rückkaufsrecht»).

Die Rückübertragung der Aktie(n) erfolgt max. gegen Bezahlung des Substanzwerts der Aktie(n) (einsehbar im ak-

tuellen Geschäftsbericht unter www.hapimag.com/geschaeftsbericht) abzüglich allfälliger Steuern (z.B. Verrechnungssteuer) und einer Bearbeitungsgebühr («Rückkaufpreis»).

Für den Fall, dass Hapimag das Rückkaufsrecht ausübt, verpflichtet sich das Mitglied, auf erstes Verlangen von Hapimag, zur Vornahme sämtlicher Handlungen für die Übertragung seiner Aktie(n) auf Hapimag; darin eingeschlossen ist die Unterzeichnung einer Abtretungserklärung sowie die Bezahlung sämtlicher Kosten der Übertragung.“ (Punkt 5.4)

Der Kläger hält diese Klausel für gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil sie im Falle eines einfachen Verzugs bereits eine sehr drastische Sanktion, und zwar in Form der Ausübung eines Rückkaufsrechtes der Aktien vorsehe. Es sei nicht einmal eine Nachfristsetzung vorgesehen. Die Klausel verstoße auch gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, weil sich die Beklagte ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung vom Vertrag mit Verbrauchern lösen könne.

Die Beklagte bringt vor, es sei eindeutig, dass ein subjektiver Verzug Regelungsgegenstand sei. Darüber hinaus erlaube eine sachliche Rechtfertigung trotz § 6 Abs 2 Z 1 KSchG einen nicht im Einzelnen ausgehandelten Rücktritt vom Vertrag seitens des Unternehmers, wenn ein wichtiger Grund zum Rücktritt vorliege.

Das Erstgericht verweist auf die nicht vorgesehene Nachfrist, und dass es an konkreten schwerwiegenden Gründen fehle, die ein sofortiges Rückkaufsrecht rechtfertigen würden. Die Klausel sei daher schon deshalb gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel verstoße auch gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, weil sich die Beklagte ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung vom Vertrag mit Verbrauchern lösen könne.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Ausführungen des Erstgerichts sind zutreffend (§ 500a ZPO). Die Berufung setzt sich mit dessen Begründung inhaltlich nicht auseinander. Bereits ein einmaliger Verzug würde die Beklagte zur Ausübung des Rückkaufsrechts berechtigen. Dies ist aber ein alles andere als gravierendes Fehlverhalten, das ein sofortiges Rückkaufsrecht rechtfertigen könnte.

Es fehlt auch hier an einer sachlichen Rechtfertigung im Sinne des § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Darüber hinaus stellt ein sofortiges Rückkaufsrecht bei einmaligem Verzug ohne Nachfrist eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar.

Klausel 31:

„Das Mitglied kann sein Ferienrecht inkl. Aktie und allfälligen Wohnpunkten einem Dritten übertragen oder ein Ferienrecht inkl. Aktie von einem Veräusserer erwerben («Übertragung»). Die Ferienrechte und Aktien können nur gemeinsam erworben und übertragen werden. Die Festlegung der Konditionen der Übertragung ist Sache des Mitgliedes und des Dritten.“ (Punkt 7.1)

Der Kläger verwies auf seine Ausführungen zu den Klauseln 2 und 3 und darauf, dass die Kopplung der Ferienrechte an die Aktien gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Beklagte verwies ihrerseits auf ihr Vorbringen zu den Klauseln 2 bis 6. Die Ferienrechte seien Nebenrechte des Aktionärsverhältnisses, die nicht separat übertragbar seien.

Das Erstgericht verwies auf die Erwägungen zu Klausel 2, wonach der Verbraucher die Aktien nur gekoppelt an einen Darlehensvertrag erwerben könne, der gleichzeitig

unverzinst sei und bei dem keine Kündigungsmöglichkeit zustehen solle, und der wiederum nur gemeinsam mit den Aktien übertragen werden könne, wobei dieser Schritt wiederum von einer Zustimmung des Verwaltungsrates der Beklagten abhängig sei. Diese gröblich benachteiligende Vertragslage im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB werde im Falle der hier geregelten „Übertragung“ laut Klausel 31 auf das neu eintretende Mitglied überwältzt. Auch für dieses bestehe ab Übertragung ein unbefristetes Vertragskonstrukt; die Möglichkeit eines außerordentlichen Kündigungsrechts bleibe unklar (§ 6 Abs 3 KSchG).

Die Berufungswerberin verwies auf die Zulässigkeit der Vinkulierung von Aktien sowohl nach österreichischem Aktienrecht als auch nach Schweizer Obligationenrecht. Ein Kündigungsrecht sei bei einem Aktionärsverhältnis schlicht nicht vorgesehen. Die Klausel sei auch nicht deshalb intransparent, weil die Möglichkeit eines außerordentlichen Kündigungsrechts im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG unklar bleibe.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Berufungswerberin übersieht, dass nicht nur die Aktie, sondern auch das Darlehen übertragen wird, und für letzteres jedenfalls eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit bestehen muss (vgl zB RS0018368).

Durch Klausel 31 wird das gesamte Vertragskonstrukt auf einen Dritten übertragen. Daraus folgt die bereits zu Klausel 2 ausgeführte Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar bleibt, ob auch eine außerordentliche Kündigung des Darlehensvertrags ausgeschlossen ist. Auch Klausel 31 ist somit unzulässig.

Klausel 32:

„Die Übertragung bedarf der Zustimmung von Hapimag

(vgl. Art. 5 Statuten) sowie der Zustimmung des/der Erwerbers/in zu den aktuell gültigen AGB." (Punkt 7.1)

Auch zu Klausel 32 verwies der Kläger auf seine Ausführungen zu den Klauseln 2 und 3 und darauf, dass die Kriterien für eine Zustimmung der Beklagten nicht ersichtlich seien.

Detto verwies die Beklagte ihrerseits auf ihr Vorbringen zu den Klauseln 2 bis 6. Außerdem bestehe ein sachlich begründetes Interesse daran, einen Überblick über die Übertragungen zu erhalten sowie eine Vereinheitlichung des Rechtsbestandes anhand möglichst einheitlicher anwendbarer AGB zu erreichen. Die Vinkulierung von Aktien richte sich nach dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Statuten der Beklagten.

Das Erstgericht legte dar, dass die Klausel, die das Rechtsverhältnis der Beklagten zu ihren Aktionären, die formal zwar „Aktionäre“, materiell jedoch Verbraucher seien, regle, nach den Maßstäben der konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen sei. Demzufolge sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil überhaupt keine sachlichen und/oder persönlichen Kriterien daraus hervorgingen, ob und wann die Beklagte einer „Übertragung“ zustimme oder nicht. Die Weiterverkaufsmöglichkeit des Verbrauchers werde (abgesehen vom Zustimmungserfordernis des neu eintretenden Mitglieds zu den gerade aktuellen AGB) ausschließlich von einem Einverständnis bzw der Zustimmung der Beklagten abhängig gemacht, womit es in deren Belieben stehe, ob ein Verbraucher aus dem unbefristeten Vertragskonstrukt aussteigen könne. Dadurch werde die Klausel auch überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB.

Die Berufungswerberin verwies auf ihre Ausführungen

zur Zulässigkeit der Vinkulierung von Aktien sowohl nach österreichischen Aktienrecht als auch nach dem Schweizer Obligationenrecht. Die Gründe für die Verweigerung der Zustimmung seien in Artikel 5 der Statuten der Beklagten genannt. Es obliege den Aktionären bei der Generalversammlung, die Statuten abzuändern. Der offensichtliche Grund, weshalb die Aktionäre weiterhin auf der Zustimmung des Verwaltungsrates zu neuen Aktionären bestünden, sei die vorhergehende Kontrolle potentieller Aktionäre und somit eine Aufrechterhaltung einer einvernehmlichen Nutzung der Liegenschaften der Beklagten. Es sei im ureigenen Interesse der Aktionärgemeinschaft, die Übertragung gegebenenfalls einzuschränken, sollten beispielsweise unbezahlte Forderungen existieren oder sollte der Erwerber eine Aktie nicht zum Zwecke der Nutzung der Immobilien der Beklagten gemäß Gesellschaftszweck erwerben wollen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die vom Erstgericht angestellten Überlegungen sind zutreffend (§ 500a ZPO).

Das Ziel, einen Überblick über die Übertragungen zu erhalten, kann auch durch eine bloße Informationspflicht der Beklagten erreicht werden, ohne dass ihre Zustimmung erforderlich ist.

In den Statuten der Beklagten finden sich in Punkt 5 Regelungen, wann die Beklagte die Zustimmung zur Übertragung verweigern kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese zulässig wären, weil schon mangels Verweis in der Klausel Intransparenz vorliegt. Ein Verbraucher, der die Klausel 32 in Beilage ./C liest, bleibt im Unklaren, unter welchen Voraussetzungen die Beklagte ihre Zustimmung zur Übertragung erteilen wird. Die Klausel ist daher sowohl gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs ABGB als auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 33:

„Bei einer Übertragung erhebt Hapimag vom Veräusserer eine Bearbeitungsgebühr von derzeit CHF 120.-.“ (Punkt 7.2)

Der Kläger verwies auf seine Ausführungen zu Klausel 5. Durch die Formulierung „derzeit“ behalte sich die Beklagte zudem auch willkürliche und weitreichende Änderungsrechte hinsichtlich dieser Bearbeitungsgebühr vor.

Die Beklagte hält den Betrag von CHF 120,-- für sachlich gerechtfertigt, weil es sich um einen zusätzlichen Aufwand handle. Es sei klar ersichtlich, dass der Betrag für die AGB gelte, die zwischen den Geschäftspartnern vereinbart worden seien. Eine Änderung der Gebühr könne daher schon begrifflich nicht eintreten. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei daher nicht anwendbar. Die Klausel sei auch nicht intransparent oder gröblich benachteiligend.

Das Erstgericht hielt die Klausel für gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil der Betrag von „derzeit“ CHF 120,- für eine einfache Übertragung jedenfalls nicht gerechtfertigt sei. Durch die Formulierung „derzeit“ behalte sich die Beklagte auch willkürliche und weitreichende Änderungsrechte hinsichtlich dieser Bearbeitungsgebühr vor. Die Klausel sei auch aus diesem Aspekt heraus gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Nach Ansicht der Berufungswerberin sei die Klausel nicht gröblich benachteiligend. Der Betrag von CHF 120,- sei sachlich gerechtfertigt und angemessen für den durch die Übertragung entstehenden internen Verwaltungsaufwand für die Übertragung der Aktionärsstellung samt Nebenrechten. Es lasse sich aus der Klausel auch kein Änderungs-

recht der Beklagten ableiten. Da die Klausel die Beklagte nicht zu einer Änderung der Bearbeitungsgebühr berechtige, könne diese auch nicht gegen den § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoßen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

In der Entscheidung 9 Ob 241/02k setzte sich der OGH mit folgender Klausel auseinander: „3) Bei Unterschreitung einer Flüssiggasbestellmenge von 500 kg pro Lieferung wird ein Transportkostenbeitrag von derzeit öS 1.000,-- inklusive Mehrwertsteuer verrechnet.“ und hielt dazu fest, da die Relativierung des ursprünglich bestimmten Preises (durch das Wort „derzeit“) kaum in das Bewusstsein des Verbrauchers dringe, bedürfe es der Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG werde die beanstandete Klausel 3 schon deshalb nicht gerecht, weil sie keine eindeutige Verpflichtung enthalte, den Transportkostenbeitrag zu senken, wenn sich die Kosten verringerten. Die Änderung (= auch Senkung) werde vielmehr in das Belieben der Beklagten gestellt (arg „derzeit“). Ob die Klausel auch im Sinne einer Verpflichtung zur Entgeltsenkung auszulegen sei, könne bei ihrer Beurteilung im Verbandsprozess nicht berücksichtigt werden.

Im Hinblick auf diese Rechtsprechung verstößt die Klausel 33 bereits aufgrund der Formulierung „derzeit“ gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und ist daher zu untersagen.

Klausel 34:

„Im Interesse von Hapimag und der Hapimag Community kann der Verwaltungsrat in einer ausserordentlichen Situation festlegen, dass Ferienrechte während max. sechs Monaten nicht sistiert werden können. In diesem Fall treten die Folgen der Sistierung gemäss Ziff. 8.2 nicht ein und es gelten weiterhin die Rechte und Pflichten gemäß Ziffer

3, insbesondere die Pflicht zur Bezahlung des Jahresbeitrages.“ (Punkt 8.1)

Der Kläger macht eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB geltend, weil das Sistierungsrecht der Verbraucher unternehmensseitig völlig willkürlich entwertet werden könne. Die genannten Parameter („im Interesse von Hapimag und der Hapimag Community“ sowie „in einer außerordentlichen Situation“) seien keine geeignete Einschränkung dieser Klausel. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung, dass das Sistierungsrecht „im Interesse von Hapimag“ in einer „außerordentlichen Situation“ einfach ausgesetzt werden könne. Die Formulierungen „im Interesse von Hapimag“ und auch „in einer außerordentlichen Situation“ seien zudem völlig unbestimmt und unklar, weswegen die Klausel auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG sei. Darüber hinaus fehle eine Beschränkung in der Klausel, wonach das Recht auf Aussetzung der Sistierung nicht mehrfach hintereinanderfolgend oder wiederholt in Anspruch genommen werden könne. Denn damit könnte das Unternehmen mehrere Aussetzungen hintereinanderschalten. Auch in diesem Punkt sei die Klausel intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB .

Die Beklagte argumentiert, die Sistierung werde nur geringfügig und zeitlich maximal limitiert eingeschränkt. Eine abschließende Liste an Gründen, wann im Interesse der Hapimag Community zu handeln sei, sei nicht dienlich und unrealistisch. Um dem Transparenzgebot zu entsprechen, müsse eine Klausel eben gerade nicht alle denkbaren Eventualitäten, auf die sie gar keine Anwendung finde, berücksichtigen. Die Klausel sei jedenfalls nicht gröblich benachteiligend oder intransparent.

Das Erstgericht erachtete die Klausel für intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend

gemäß §§ 879 ABGB. Die genannten pauschalen Voraussetzungen „im Interesse von Hapimag und der Hapimag Community“ sowie „in einer außerordentlichen Situation“ seien keine geeigneten Einschränkungen dieser Klausel. Sie böten auch keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass das Sistierungsrecht einfach ausgesetzt werden könne. Darüber hinaus fehle in der Klausel eine Beschränkung, die wiederholt aufeinander folgende Aussetzungen verhindern würde.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihre bisherigen Argumente und weist noch darauf hin, dass die Entscheidung über den Ausschluss der Sistierung dem Verwaltungsrat vorbehalten sei, den die Aktionäre aus ihrer Mitte wählten und der seine Handlungen immer zum Wohle seiner Aktionäre zu setzen habe. Dadurch seien die Interessen der Aktionäre ausreichend gewahrt.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Den Ausführungen des Erstgerichts ist zuzustimmen (§ 500a ZPO). Die Klausel ist aufgrund der genannten unbestimmten Formulierungen sowohl intransparent als auch gröblich benachteiligend. Eine mehrfache sechsmonatige Aussetzung ist auch direkt hintereinander nicht ausgeschlossen. Das Argument der Beklagten, der Verwaltungsrat habe stets im Sinne der Aktionäre zu entscheiden, weshalb deren Rechte gewahrt seien, überzeugt nicht. Die verbraucherrechtlichen Vorschriften sind jedenfalls einzuhalten.

Klausel 35:

„Falls ein Mitglied ein Ferienrecht länger als insgesamt fünf Jahre im sistierten Zustand hält, hat Hapimag das Recht, die damit verbundene Aktie zum Rückkaufpreis (siehe Ziff. 5.4) zurückzukaufen. Die Verrechnung gegenseitiger Forderungen mit dem Rückkaufpreis ist zulässig.“

Hapimag behält sich vor, den Rückkaufpreis nicht in bar sondern in Wohnpunkte zu begleichen." (Punkt 8.2)

Der Kläger argumentiert, die Klausel sei gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil eine sachliche Rechtfertigung fehle, warum die Beklagte im Falle einer insgesamt länger als fünf Jahre andauernden Sistierung des Ferienrechts die Aktien zurückkaufen könne, wobei sie sich gleichzeitig auch vorbehalte, den „Rückkaufpreis nicht in bar, sondern in Wohnpunkte[n] zu begleichen“. Das dann ehemalige Mitglied könne die Wohnpunkte auch nicht mehr nützen. Darüber hinaus sei diese Klausel auch überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB, weil Verbraucher typischerweise nicht damit rechnen müssten, dass man bei einem „Rauswurf“ lediglich Wohnpunkte erhalte, die man nicht mehr sinnvoll nutzen könne.

Die Beklagte beruft sich darauf, dass die Ausübung des Ferienrechts darauf beruhe, dass die Aktionäre Wohnpunkte für ein Ferienerlebnis einzusetzen haben. Es sei daher sachlich gerechtfertigt, wenn der Aktionär Wohnpunkte erhalte. Eine Abgeltung in anderen als in Barwerten sei bereits in vergleichbaren Konstellationen vom OGH als zulässig erachtet worden. Wohnpunkte könnten auch nach Verlust der Aktionärsstellung genutzt oder auch weiterverkauft werden. Die Klausel sei weder überraschend noch nachteilig im Sinne des § 864a ABGB.

Das Erstgericht erachtete die Klausel bereits deshalb als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil es sich schlichtweg als sinnlos darstelle, die Aktie zum Rückkaufpreis zurückzukaufen, also das Mitglied tatsächlich zu kündigen (bzw dieses aus dem Time-sharing-Vertrag „hinauszuwerfen“) und diesem dann, statt den Rückkaufswert in einer für das nunmehr ehemalige Mitglied nutzbaren Bar-

oder Buchgeldform zu überweisen, den Rückkaufspreis in Wohnpunkten zu erstatten, somit in einer „Währung“, die das nunmehr ehemalige Mitglied gar nicht mehr nutzen könne. Die Abgeltung der Aktie mit Wohnpunkten für den Rückkauf der Aktie weise daher keine sachliche Rechtfertigung auf. Die von der Beklagten ins Treffen geführte Einzelfallentscheidung 6 Ob 299/03v greife hier nicht, weil das dortige Geschäftsmodell (sogenannter Tauschring als Gegengeschäftsvermittlung) mit den hier vorliegenden Teilnutzungsvereinbarungen nicht unmittelbar vergleichbar sei. Klausel 35 habe nicht die Ausgestaltung der laufenden Geschäfts- und Mitgliederbeziehung zum Gegenstand, sondern das Ausscheiden und die Abfindung des bisherigen Hapimag-Mitgliedes.

Die Berufungswerberin weist darauf hin, dass die Beklagte den Verbrauch von angesammelten Wohnpunkten auch dann zulasse, wenn ein Aktionär seine Aktie bereits veräußert habe, sofern der Aktionär nicht auch seine Wohnpunkte veräußert habe. Die Begleichung mit Wohnpunkten sei im Sinne des Aktionärswohls der bestehenden Aktionäre, weil die Beklagte somit keine Eigenmittel für den Rückkauf aufwenden müsse, welche für die Erhaltung und Entwicklung der gemeinschaftlich genutzten Liegenschaften verwendet werden könnten. Den Aktionären stehe es auch im Rahmen der Generalversammlung frei, diese Regelung abzuändern.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Selbst wenn die Verbraucher die Wohnpunkte noch nach dem Rückkauf nutzen können, ist der Rückkauf mit Wohnpunkten gröblich benachteiligend. Gerade wenn, so wie hier, der Rückkauf in das Belieben der Beklagten gestellt wird, nur weil das Ferienrecht länger als insgesamt fünf Jahre im sistierten Zustand gehalten wird, ist dem Verbraucher eine angemessene Entschädigung zu gewähren. Wohnpunkte

sind jedenfalls keine angemessene Entschädigung, außer dies wird explizit vom Verbraucher gewünscht.

Darüber hinaus zeigen sich Intransparenzen: einerseits die vom Erstgericht aufgegriffene Frage, ob Wohnpunkte überhaupt noch nach dem Ende der Aktionärsstellung verbraucht werden können, und andererseits, ob die „insgesamt fünf Jahre“ der Sistierung an einem Stück erfolgen müssen oder einzelne sistierte Zeiten addiert werden, wobei fraglich ist, ob der Zeitraum für die Addition unbeschränkt ist, was wiederum zu einer gröblichen Benachteiligung führen würde.

Klausel 36:

„Das Mitglied kann ein sistiertes Ferienrecht, vorbehältlich Ziff. 8.2 Abs. 3, jederzeit kostenlos zu den aktuell gültigen AGB reaktivieren.“ (Punkt 8.3)

Der Kläger erachtet diese Klausel als gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil sich das Unternehmen damit ein Vertragsänderungsrecht vorbehalte, indem die Reaktivierung von sistierten Ferienrechten automatisch „zu den aktuell gültigen AGB“ erfolgen solle. Damit werde die Reaktivierung auch gleichzeitig als Zustimmung zu den neuen AGB gewertet, wobei dies gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße, weil deren Voraussetzungen nicht eingehalten seien. Dies sei zudem auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte stützt sich darauf, dass mit der Sistierung und Reaktivierung dem Vertragspartner zusätzliche Möglichkeiten eröffnet würden. Die Klausel vereinfache Beendigung und Neuerwerb der Leistungen. Möchte der Kunde die neuen AGB im weiteren nicht akzeptieren, stehe ihm auch die Beendigung zu. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG liege keinesfalls vor, dies schon allein deswegen

nicht, weil der Kunde aktiv die Reaktivierung und Akzeptierung der neuen AGB vornehmen müsse. Die Klausel biete den Kunden einen Mehrwert und sei keinesfalls gröblich benachteiligend.

Das Erstgericht nahm einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG an, weil die Reaktivierung von sistierten Ferienrechten durch den Verbraucher sozusagen automatisch zur Zustimmung zu den „aktuell gültigen AGB“ führe, ohne dass dem Verbraucher eine zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung angemessene Frist eingeräumt werde. Daher sei diese Klausel auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin weist darauf hin, dass die Reaktivierung und die Zustimmung zu den neuen AGB aktiv erfolgen müsse. Die Klausel gebe dem Aktionär die Möglichkeit, zu den neuen und somit für den Aktionär vorteilhafteren AGB zu optieren, ohne dass Mehrkosten anfielen. Aus der Klausel lasse sich auch bei der verbraucherfeindlichsten Auslegung nicht die Pflicht des Aktionärs zu dieser Optierung ableiten. Außerdem lasse sich aus der Klausel nicht ableiten, dass dem Aktionär Mehrkosten entstünden.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin lässt sich eine Option des Verbrauchers, die neuen AGB anzunehmen, nicht erkennen. Klausel 36 verpflichtet vielmehr den Verbraucher, der sein sistiertes Ferienrecht reaktivieren will, dazu, die aktuell gültigen (= möglicherweise neuen) AGB zu akzeptieren. Es erschließt sich auch nicht, warum die neuen AGB „für den Aktionär vorteilhafter“ sein sollen.

Die Reaktivierung führt aufgrund Klausel 36 zur Akzeptanz der aktuell gültigen AGB. Damit gilt ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe einer Erklärung, wo-

bei der Verbraucher bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist nicht auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird und er auch keine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung hat. Das Erstgericht hat daher zu Recht einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG angenommen.

Klausel 37:

„Für Nichtzustellungen infolge unvollständig mitgeteilter Adressen haftet das Mitglied.“ (Punkt 9.1)

Der Kläger nimmt einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG an, weil die Klausel im Ergebnis eine Zugangsfiktion bewirken solle, welche nicht den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG entspreche. Die Klausel nehme keinen Bezug auf die zuletzt bekanntgegebene Anschrift, sondern normiere eine nicht näher konkretisierte Haftung des Verbrauchers im Falle von unvollständig mitgeteilten Adressen. Das sei einerseits gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und darüber hinaus auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil völlig unklar bleibe, welche „Haftung“ die Verbraucher im Falle von unvollständig mitgeteilten Adressen treffe.

Nach Ansicht der Beklagten stehe die Klausel im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Der Grund für eine dem Aktionär nicht erfolgte Zustellung liege jeweils schuldhaft in seiner Sphäre. Gebe ein Kunde eine falsche Adresse an, so verletze er seine nebenvertraglichen Pflichten und habe für daraus entstehende Schäden im Rahmen der gesetzlichen Grenzen einzustehen. Dies sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend, sondern adäquat. Dies müsse auch nicht zwanghaft die „zuletzt bekannte Anschrift“ sein, sondern umfasse auch den Fall einer falsch angegebenen Adresse. Widrigenfalls könnten sich Aktionäre generell

durch die Angabe von falschen Adressen jeglichen Rechtsfolgen entziehen, die mit einer Kommunikation einhergingen.

Das Erstgericht stützt sich darauf, dass die Klausel keinen Bezug auf die zuletzt bekannt gegebene Anschrift nehme, sondern eine nicht näher konkretisierte Haftung des Verbrauchers im Falle von unvollständig mitgeteilten Adressen normiere. Dadurch werde auch das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher abgewälzt, weshalb diese Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstoße. Die Formulierung „Haftung“ ohne auszuführen, wofür das Mitglied genau hafte, mache die Klausel auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Klausel sei auch nicht schon aufgrund des Terminus „Haftung“ intransparent und gröblich benachteiligend.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Das Verbot nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG betrifft rechtlich bedeutsame Erklärungen - nicht nur Willenserklärungen - des Unternehmers an den Verbraucher, also solche, die nachteilige Folgen für den Verbraucher haben, wie zB Mahnung, Fristsetzung, Kündigung, Rechnung, Rücktrittserklärung (RS0130831). Vom Verbot vereinbarter Zugangsfiktionen sind nur Vertragsbestimmungen ausgenommen, nach denen der Zugang einer Erklärung an der vom Verbraucher zuletzt bekannte gegebenen Anschrift eintritt, sofern der Verbraucher pflichtwidrig eine Anschriftsänderung nicht mitgeteilt hat (RS0106801 T1).

Da Klausel 37 nicht auf die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers abstellt, entspricht sie nicht § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Darüber hinaus ist nicht eindeutig,

welche konkreten Folgen durch den Begriff „haftet“ gemeint sind, weshalb die Klausel auch intransparent ist.

Klausel 38:

„Bei Zustellung per Post können Gebühren anfallen.“

(Punkt 9.1)

Der Kläger bemängelt, dass dadurch der Beklagten weitreichende Änderungsspielräume hinsichtlich der Höhe dieser „Gebühren“ eingeräumt würden. Verbraucher könnten nicht abschätzen, mit welchen Kosten sie eventuell zu rechnen haben. Die Klausel sei daher intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, aber auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil sie überhaupt nicht beschränkt sei.

Die Beklagte hält es weder für überraschend noch für benachteiligend, sondern für adäquat, dass für Zustellungen per Post Gebühren der Universalpostdienstleister anfielen. Die AGB der Beklagten stellten die Pflichten und Rechte in einfacher Sprache deutlich dar. Die Anforderungen an das Transparenzgebot dürften keinesfalls überspannt werden.

Das Erstgericht stellte klar, dass aus dem Transparenzgebot eine Pflicht zur Vollständigkeit folge, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar blieben. Klausel 38 lege nicht näher dar, um welche „Gebühren“ es sich dabei handeln könnte (der Post?, der Beklagten?, oder auch dritter Anbieter?). Der Verbraucher könne die Höhe solcher Gebühren nicht abschätzen. Dies mache die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin meint, die Klausel gebe eine klare Auskunft darüber, dass eine Postsendung Gebühren auslöse. Die Klausel sehe nicht einmal vor, dass die Gebühren von den Aktionären zu tragen seien und könne schon

deshalb nicht als gröblich benachteiligend angesehen werden, weil aus dieser keine Rechtsfolge abgeleitet werden könne. Nach Ansicht des Erstgerichts müsste die Beklagte eine unübersichtliche Liste erstellen, die alle aktuellen Portokosten für alle Brief- und Paketgrößen für alle Länder der Aktionäre angebe und diese mit einer vorherigen Zustimmung der Aktionäre aktuell halten.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Warum die Berufungswerberin meint, dass diese Klausel die Aktionäre nicht zur Tragung der Postgebühren verpflichte, ist nicht nachvollziehbar.

Wie hoch die Gebühren sind, lässt sich jedoch der Klausel nicht entnehmen. Dadurch ist sie einerseits intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG). Andererseits stellt der weite Gestaltungsspielraum, der dadurch der Beklagten bei der Einhebung dieser „Gebühren“ eingeräumt wird, eine gröbliche Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) dar.

Klausel 39:

„Via ePost zugestellte Dokumente haben die gleiche Beweiskraft wie Papierdokumente und gelten mit Eingang im Mitgliederkonto als zugestellt. Dokumente sind zwei Jahre im Mitgliederkonto verfügbar.“ (Punkt 9.1)

Der Kläger behauptet eine gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstoßende Zugangsfiktion von elektronischen Dokumenten im Mitgliederkonto des Unternehmens. Auch sei die Aufbewahrungsdauer von zwei Jahren gerade im Hinblick auf die Vertragslaufzeit von solchen Ferienrechtsverträgen viel zu kurz. Die Klausel sei auch deswegen unzulässig, weil Dokumente bereits mit dem Eingang in das Mitgliederkonto als zugestellt gelten, ohne dass es darauf ankomme, ob Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit des Abrufs hätten. Weiters müssten Verbraucher laut Klauseltext nicht zusätz-

lich darüber in Kenntnis gesetzt werden, dass Mitteilungen oder Dokumente zum Abruf bereit lägen. Die Klausel sei daher auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte verweist darauf, dass die Klausel mit dem Satz beginnt: „*Mitteilungen wie Rechnungen, Buchungsinformationen, Reservationsbestätigungen und Kontoauszüge werden auf dem vom Mitglied festgelegten Kommunikationsweg (ePost oder Post) zugestellt.*“ Damit haben die Vertragspartner explizit die Möglichkeit, Zustellungen über das Mitgliederkonto auszuwählen. Mit Eingang im Mitgliederkonto sei die Nachricht dem Aktionär auch tatsächlich zugegangen und bestehe für den Kunden auch die Möglichkeit, die Dokumente abzurufen. Die vollständig wiedergegebene Klausel stehe daher im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Sie sei auch weder intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG noch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Das Erstgericht nahm einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG an, weil die Beklagte durch die Formulierung „*gelten ... als zugestellt*“ das Risiko der Beweisbarkeit des Erhalts auf den Verbraucher überwälze. In der Entscheidung 4 Ob 58/18k habe der OGH es für unzulässig erachtet, dass Kunden die in der Postbox enthaltenen Dokumente gesichert nur für drei Jahre zur Verfügung gestellt würden. Da die Aufbewahrungsdauer der hier von der Beklagten zugestellten Dokumente lediglich zwei Jahre betragen solle, sei dies im Hinblick auf die Vertragslaufzeit gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin meint, Klausel 39 gebe keine Auskunft darüber, wie lange die Dokumente von der Beklagten aufbewahrt würden. Nach dem Wortlaut lasse sich lediglich ableiten, dass die Dokumente für zwei Jahre vom Mitgliederkonto abrufbar seien und nicht, dass die Beklagte die Dokumente nur zwei Jahre lang speichere. Es bleibe of-

fen, inwiefern die Abrufbarkeit in einem Zusammenhang mit der Dauer des Aktionärsverhältnisses stehe.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Die Dauer der Aufbewahrungsfrist gilt auch für diejenigen Kunden, die sich freiwillig für die elektronische Zustellung entscheiden. Laut der Klausel sind Dokumente zwei Jahre im Mitgliederkonto verfügbar. Dies bedeutet, wobei nicht einmal auf die kundenfeindlichste Auslegung abzustellen ist, dass sie nur zwei Jahre im Mitgliederkonto abrufbar sind. Es kommt auf den einfachen Zugang des Kunden zu diesen Dokumenten an und nicht, dass die Beklagte diese noch irgendwo doch noch aufbewahrt. Darüber hinaus stellt die Klausel selbst nicht dar, wie die Beklagte nach zwei Jahren mit den Dokumenten verfährt, was eine Intransparenz darstellt.

In 4 Ob 58/18k wurde ein „zur Verfügung stellen“ für drei Jahre bei einer Kontoverbindung nicht als ausreichend angesehen, auf diese Ausführungen insbesondere 2.7.5 und 2.7.9 wird verwiesen. Auch beim hier vorliegenden Ferienwohnrecht ist von einem länger andauernden Vertrag auszugehen, so dass die vorgesehenen zwei Jahre Zugriffsdauer keinesfalls ausreichend sind, auch wenn es hier nicht um Zahlungsdienstleistungen geht. Die Klausel ist daher bereits aus diesem Grund unzulässig.

Klausel 40:

„Hapimag behält sich jederzeitige Änderungen der AGB vor. In diesem Fall gibt Hapimag dem Mitglied die Änderungen in geeigneter Weise, vorgängig bekannt. Widerspricht das Mitglied nicht schriftlich innert 30 Tagen ab Bekanntgabe, gelten die Änderungen als genehmigt. Im Widerspruchsfall gelten weiterhin die bisherigen AGB.“ (Punkt 12.)

Der Kläger macht einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG und auch gegen § 879 Abs 3 ABGB geltend. Die Klausel beinhalte eine völlig schrankenlose Änderungsmöglichkeit des Vertrages via Erklärungsfiktion.

Die Beklagte sieht keinen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, weil eine Widerspruchsmöglichkeit und -frist aufgenommen sei. Der Verbraucher könne sich in einer angemessenen Frist äußern und so die Wirksamkeit der alten AGB bewahren.

Das Erstgericht verwies auf die schrankenlose Änderungsmöglichkeit des Vertrages („jederzeitige Änderungen der AGB“) mittels Erklärungsfiktion („widerspricht das Mitglied nicht ...“) und nahm Unzulässigkeit gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und § 879 ABS 3 ABGB an. Weiters seien die Formulierungen „vorgängig“ und „in geeigneter Weise“ nicht ausreichend bestimmt und daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach der Rechtsprechung des OGH ist die Zulässigkeit einer Klausel auch dann nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen, wenn sie den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen darüber hinaus auch der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB (5 Ob 87/15b Rz 6.6.1 mwN).

Klausel 40 lässt bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit auch des Individualvertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zu. Die dadurch der Beklagten insgesamt eingeräumte Möglichkeit, das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen

über eine Zustimmungsfiktion erheblich zu ihren Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten, ist gröblich benachteiligend (vgl 5 Ob 87/15b Rz 6.6.2 mwN).

Darüber hinaus liegt auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor. Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit einer formellen Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind. Hier ist völlig unbestimmt, welche Leistungen mit der in diesen Klauseln formulierten Zustimmungsfiktion eingeschränkt werden können (vgl 5 Ob 87/15b Rz 6.6.2 mwN).

Klausel 41:

„Die Parteien verpflichten sich, die unwirksame Bestimmung durch eine Regelung zu ersetzen, die dem mit ihr angestrebten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.“
(Punkt 13.)

Der Kläger wendet Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG und gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB ein, weil die Klausel vorsehe, dass unwirksame Bestimmungen durch Regelungen ersetzt würden, die dem mit ihr angestrebten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kämen.

Die Beklagte sieht in der Klausel kein einseitiges Änderungsrecht. Die Klausel sei jedenfalls nicht gröblich benachteiligend, weil sie ein gemeinsames Zusammenwirken der Vertragsparteien vorsehe. Auch der Inhalt der Klausel sei völlig verständlich und transparent, weil ihr Regelungsgegenstand klar erkennbar sei.

Das Erstgericht nahm eine gemäß § 6 Abs 3 intransparente unzulässige „Ersetzungsklausel“ an.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und geht davon aus, dass die

Klausel gerade auf das Einvernehmen zwischen der Beklagten und dem konkreten Aktionär abstelle.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Eine Ersetzungsklausel in Finanzierungsleasingverträgen mit dem Inhalt: „Der Bestand dieses Vertrages wird durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen desselben nicht berührt. Eine unwirksame Bestimmung ist durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung weitestmöglich entspricht.“ ist intransparent (RS0115219 T23). Dasselbe gilt auch für die ähnlich formulierte Klausel 41.

Klausel 42:

„Preisumrechnungstabelle für Referenzpreise EUR und CHF

EUR 1.- = CHF 1.10 CHF 1.- = EUR 0.91

EUR 10.- = CHF 11.00 CHF 10.- = EUR 9.09

EUR 100.- = CHF 111.- CHF 100.- = EUR 91.-

EUR 1000.- = CHF 1100.- CHF 1000.- = EUR 909.-

Der tatsächlich zu bezahlende Preis in CHF bzw. EUR ist jedoch abhängig vom jeweiligen Tageswechselkurs und von möglichen Bankgebühren, die im Zusammenhang mit dem Umtausch CHF in EUR bzw. EUR in CHF entstehen können.“

Der Kläger bringt vor, die Klausel sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Verbraucher einen fixen Wechselkurs für die Umrechnung von CHF in Euro und umgekehrt suggeriere, der jedoch im konkreten Einzelfall gerade nicht zur Anwendung kommen müsse, weil die Umrechnung nach dem tatsächlichen Tageswechselkurs vorgenommen werden solle. Diese Darstellung sei für Verbraucher zudem überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB, weil sie nicht damit rechneten, im ersten Klauselteil Wechselkurse präsentiert zu bekommen, die im zweiten Klauselteil dann völ-

lig entkräftet würden.

Die inkriminierten Teile der FAQs seien nicht bloße Hinweise, sondern Bestimmungen, die dem Vertragsverhältnis mit der Beklagten zugrunde zu legen und daher als AGB zu qualifizieren seien.

Die Beklagte argumentiert, dass die FAQ keine AGB oder sonstige Formblätter seien. In dieser Darstellung werde dem Kunden nur beispielhaft gezeigt, wie sich Umrechnungskurse darstellen könnten. Diese Formulierung könne wohl kaum als überraschend betrachtet werden. Die Klausel sei weder intransparent noch ein Verstoß gegen § 864a ABGB.

Das Erstgericht erachtete die Klausel mit ihren beiden Teilen für in sich widersprüchlich („... ist jedoch ...“) und nahm einen Verstoß gegen das Transparenzgebot im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG an.

Die Berufungswerberin sieht keine Widersprüchlichkeit. Es müsse jedem Aktionär bewusst sein, dass der bezifferte Wechselkurs nur als Richtwert diene und nicht den tagesaktuellen Wechselkurs wiedergebe. Wenn das Erstgericht eine Hilfestellung für den Aktionär als intransparent ansehe, verkenne es die bestehende Rechtsprechung.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur dann nicht vor, wenn Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartei-

en im Einzelnen ausgehandelt sind (RS0123499 T2). Beispielsweise sind auch „Mitteilungen“ über die Umstellung auf elektronische Rechnungen „allgemeine Geschäftsbedingungen“ bzw „Vertragsformblätter im Sinne von § 28 KSchG (RS0123499 T8). Die hier vorliegenden FAQ unterliegen daher sehr wohl der Klauselkontrolle.

Die beiden Klauselteile sehen unterschiedliche Umrechnungsarten vor (einerseits Fixkurs, andererseits Tageswechselkurs plus Bankgebühren), die sich widersprechen. Dazu kommt, dass weder der „Tageswechselkurs“ noch die „möglichen Bankgebühren“ eindeutige Begriffe sind.

Bei der Klausel in AGB eines Kreditkartenunternehmens *„Bei in Fremdwährung entstandenen Belastungen anerkennt der Karteninhaber den zur Verrechnung gelangenden Wechselkurs.“* fehlt die erforderliche Transparenz im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, bleibt doch offen, wie und von wem dieser Wechselkurs gebildet wird, wo er allenfalls abgerufen werden kann sowie wann jeweils umgerechnet wird (RS0122169 T3). Dasselbe Problem besteht auch hier. Die Annahme der Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG ist daher nicht zu beanstanden.

Klausel 43:

„Die jeweils gültigen Punktebelastungen finden Sie auf der Hapimag Webseite, während der Online-Buchung, oder Sie erfahren sie im persönlichen Gespräch mit unseren Mitarbeitenden via Service Line.“

Der Kläger bringt vor, dass sich die Beklagte auch mit dieser Klausel einseitige Änderungsmöglichkeiten hinsichtlich der *„jeweils gültigen Punktebelastungen“* vorbehalte. Dies stelle außerdem einen dynamischen Verweis dar, weswegen bereits aus diesem Grund Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Die Beklagte wendet ein, die FAQ seien im Verbandsverfahren nicht zu prüfen. Dass in FAQ nicht auf einzelne, bestimmte Verträge verwiesen werden könne, sei nicht intransparent. Es könne allein schon aus der Tatsache, dass hier nur FAQ als nicht wirksam angegriffen würden, kein rechtswidriger dynamischer Verweis vorliegen.

Das Erstgericht ging davon aus, dass sich die Beklagte mit dieser Klausel einseitige Änderungsmöglichkeiten hinsichtlich der „jeweils gültigen Punktebelastungen“ vorbehalte. Dies stelle im vorliegenden Zusammenhang mit den angeführten technischen und persönlichen Informationsquellen einen dynamischen Verweis dar, weshalb schon aus diesem Grund Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Zur Prüfungsbefugnis hinsichtlich der FAQ wird auf die Ausführungen zu Klausel 42 verwiesen.

Dass die Beklagte unter Berufung auf diese Klausel die „jeweils gültigen Punktebelastungen“ ohne weiteres abändern kann, stellt einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 4 KSchG dar. Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Einschränkungen des (Preis-)Änderungsrechts werden in dieser Klausel nicht berücksichtigt.

Klausel 44:

„Ihre Aktie zurückgeben?

Unsere Mitarbeitenden bewerten jeden Fall im Einzelnen unter Berücksichtigung der geltenden AGB. Im Interesse der Hapimag Community kaufen wir Aktien abhängig von der Anzahl neu verkaufter Aktien zurück. Aktionäre haben neben alternativen Optionen, die Möglichkeit, sich auf die Rückkaufswarteliste setzen zu lassen.“

Der Kläger verweist auf seine Ausführungen zu den Klauseln 3 und 7. Darüber hinaus sei diese Klausel in den FAQ auch noch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie von den sonstigen diesbezüglichen Regelungen in den AGB abweiche. Wie und zu welchem Preis die Beklagte „im Interesse der Hapimag Community“ „abhängig von der Anzahl neu verkaufter Aktien“ Aktienrückkäufe betreibe, bleibe unklar, was die ebenfalls Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG begründe.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer AGB-Klausel. Diese Textpassage sei auch weder intransparent noch gröblich benachteiligend. Sie verstoße auch nicht gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die gegenständliche FAQ-Antwort beziehe sich auf das Rechtsverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär und unterliege bereits deswegen keiner Inhaltskontrolle gemäß § 28 KSchG.

Das Erstgericht geht davon aus, dass die Voraussetzung und Tragweite der Angabe „Im Interesse der Hapimag Community kaufen wir Aktien abhängig von der Anzahl neu verkaufter Aktien zurück.“ den Verbraucher gänzlich im Unklaren lasse, welches „Interesse“ bei der Beklagten vorliegen müsse und wonach sich die „Anzahl neu verkaufter Aktien“ bemesse, damit er abschätzen könne, ob und wann er seine eigenen „Aktien“ zurückgeben (zurückverkaufen) könne. Diese Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG stehe auch in Zusammenhang mit der sogenannten Rückkaufsklausel (Klausel 7). Überdies stelle sich die Vertragslage nach Klausel 44 für den „Aktionär“ als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar, weil es ausschließlich in der Hand der Beklagten liege, ob und wann er seine Aktien wieder veräußern könne.

Die Berufungswerberin argumentiert, dass keine Verpflichtung zum Rückkauf der Aktien bestehe. Da es sich um

eine freiwillige Zusatzleistung der Beklagten zu Gunsten der Aktionäre handle, könne diese schon per Definition nicht zu Ungunsten der Aktionäre gröblich benachteiligend sein. Es sei auch nicht intransparent, dass die Beklagte die Anzahl der Rückkäufe an die Zahl der Verkäufe kopple. Dies sei jedenfalls aus wirtschaftlicher Sicht gerechtfertigt, stünde doch bei einer sinkenden Anzahl an Aktionären weniger Kapital für Erhaltung und Ausbau von gemeinschaftlich genutzten Liegenschaften zur Verfügung. Überdies müsse die Beklagte beim Rückkauf von Aktien die Einschränkungen des Schweizer Obligationenrechts einhalten und könne nicht unbegrenzt Aktien zurückkaufen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Zur Prüfungsbefugnis hinsichtlich der FAQ wird auf die Ausführungen zu Klausel 42 verwiesen.

Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind 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 (RS0115219 T22).

Die Intransparenz der Klausel 44 ergibt sich bereits durch den Vergleich mit Klausel 7. Der Verbraucher gewinnt nur bei Lektüre der Klausel 44 ein unvollständiges Bild des Rückkaufregimes der Beklagten. Die Klausel ist aufgrund des Verstoßes gegen § 6 Abs 3 KSchG unzulässig.

Klausel 45:

„Bleibt der Jahresbeitrag konstant?

Es ist mit keinem markanten Kostenanstieg zu rechnen.

Die Inflationsrate, Lohnentwicklungen aufgrund gesetzlicher Vorgaben sowie Renovierungskosten können jedoch dazu führen, dass Hapimag den Jahresbeitrag für das Folgejahr neu kalkulieren und gegebenenfalls leicht anpassen muss.“

Der Kläger wendet ein, die in der Klausel genannten Parameter seien weitestgehend von der Beklagten beeinflussbar, böten entsprechende Beurteilungsspielräume für das Unternehmen und benachteiligten den Verbraucher daher gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Gleichzeitig werde die Klausel damit auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 2 Z 4 KSchG.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer AGB-Klausel. Sie könne Inflationsrate oder Lohnentwicklungen nicht beeinflussen. Auch Renovierungskosten durch Abnutzung seien nicht direkt durch die Beklagte bestimmt und es lägen sohin Faktoren vor, die eine Anpassung rechtfertigten. Der Inhalt der Klausel sei jedenfalls verständlich und daher nicht intransparent. Die Klausel entspreche auch dem Normzweck von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sei wegen des Jahresbeitrags nicht anwendbar.

Das Erstgericht verwies auf die Argumente des Klägers und seine Erwägungen zu den Klauseln 11 und 29.

Die Berufungswerberin verneint einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil die maßgebenden Parameter für eine Änderung des Jahresbeitrages konkret benannt seien und eine Senkung des Jahresbeitrages auf Basis dieser Klausel erfolgen würde. Abgaben, Gebühren, Spesen oder Reparaturen seien Umstände, welche typischerweise außerhalb des Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Beklagten gelegen seien. Da der Verwaltungsrat nach den aktienrechtlichen Grundsätzen auch stets zu Gunsten seiner Aktionäre handeln müsse, könnten dessen Entscheidungen schon per Definition

nicht gröblich benachteiligend für einen Aktionär sein.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Zur Prüfungsbefugnis hinsichtlich der FAQ wird auf die Ausführungen zu Klausel 42 verwiesen.

Wie bereits bei Klausel 44 ergibt sich bei Klausel 45 eine Intransparenz durch den Vergleich mit einer anderen Klausel, im Fall von Klausel 45 mit der Klausel 11, die deutlich mehr Details als die Klausel 45 enthält. Auch hier vermittelt die Klausel 45 dem Verbraucher ein unvollständiges Bild.

Zusätzlich bestehen bei Klausel 45 dieselben Probleme wie bei Klausel 11: Die Höhe und der Eintritt der genannten Kosten sind zu einem gewissen Teil auch vom Willen der Beklagten abhängig und es ist keine eindeutige Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorgesehen. Es liegt daher neben der Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor.

Klausel 46:

*„Was, wenn ich nicht alle Wohnpunkte nutze?
Die Wohnpunkte sind 5 Jahre gültig.“*

Der Kläger verwies auf sein Vorbringen zu den Klauseln 9 und 19.

Die Beklagte bestritt das Vorliegen einer AGB-Klausel und wiederholte im Wesentlichen ihr Vorbringen zu Klausel 9. Die Judikatur zu Gutscheinen sei nicht auf die Wohnpunkte anwendbar.

Das Erstgericht hielt Klausel 46 ebenso für unzulässig wie die inhaltlich gleichartigen bzw gleich gelagerten Klauseln 9, 19 und 28 und verwies auf seine dortigen Erwägungen. Der Verfall des Anspruches nach einer relativ kurzen Zeit sei gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin bestritt das Vorliegen von AGB und verwies auf ihr Vorbringen zu Klausel 9.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Zur Prüfungsbefugnis hinsichtlich der FAQ wird auf die Ausführungen zu Klausel 42 verwiesen.

Dass Wohnpunkte nur fünf Jahre gültig sind, verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB, wobei auf die diebezüglichen Ausführungen zu Klausel 9 verwiesen wird.

Klausel 47:

„Wie kann ich meine Mitgliedschaft kündigen?

Interessierte Mitglieder können Hapimag für 12 Monate kennenlernen und bis dahin entscheiden, ob sie eine längerfristige Mitgliedschaft eingehen wollen oder nicht. Mit einer längerfristigen Mitgliedschaft hat der Vertrag eine erstmalige Laufzeit von drei Jahren. Die Laufzeit des aktuellen Produktes Hapimag Classic beginnt jeweils am folgenden 01.01. nach der Vertragsunterzeichnung. Für das Jahr der Vertragsunterzeichnung und die drei Folgejahre bezahlen Sie mit Hapimag Classic vier Jahre den jährlichen Beitrag.“

Der Kläger macht eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB geltend, weil laut Klauselwortlaut für das Jahr der Vertragsunterzeichnung in allen Fällen der gesamte Jahresbeitrag anfalle und zwar unabhängig davon, ob die Vertragsunterzeichnung im Jänner oder im Dezember erfolge. Dass auch für das Jahr der Vertragsunterzeichnung das volle Entgelt verrechnet werde, sei gröblich benachteiligend, weil eine sachliche Rechtfertigung fehle.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer AGB-Klausel. Die Passage müsse unmissverständlich so verstanden werden, dass nach Unterzeichnung erst mit Jahreswechsel zum 1.1. das Jahr der Vertragsunterzeichnung beginne und

darauf drei weitere Jahre folgten und damit für vier Jahre auch viermal der Jahresbeitrag geleistet werden müsse. Keinesfalls liege eine ungerechtfertigte Benachteiligung vor. Selbst wenn man das Verständnis des Klägers heranziehe, sei keine gröblich Benachteiligung gegeben, weil der Kunde hier klar über seine Vertragsverpflichtungen aufgeklärt werde und ab diesem Zeitpunkt auch die Leistungen in Anspruch nehmen könne.

Das Erstgericht meint, der Klauselwortlaut sei sehr wohl dahin zu lesen, dass für das Jahr der Vertragsunterzeichnung in allen Fällen der gesamte Jahresbeitrag anfalle, und zwar unabhängig davon, ob die Vertragsunterzeichnung im Jänner oder im Dezember dieses - ersten entgeltspflichtigen! - Jahres stattfinde (arg „Für das Jahr der Vertragsunterzeichnung und die drei Folgejahre...“). Dass auch für das Jahr der Vertragsunterzeichnung das volle Entgelt verrechnet werde, sei mit diesem Wortlaut gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, weil eine sachliche Rechtfertigung dafür fehle.

Die Berufungswerberin wiederholt im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Zur Prüfungsbefugnis hinsichtlich der FAQ wird auf die Ausführungen zu Klausel 42 verwiesen.

Das Berufungsgericht schließt sich der Argumentation des Erstgerichts an (§ 500a ZPO). Auch das Berufungsgericht versteht den Klauseltext so, dass der Jahresbeitrag bereits für das Jahr der Vertragsunterzeichnung zu zahlen ist, unabhängig davon, wann in diesem Jahr die Vertragsunterzeichnung erfolgt, und nicht erst ab dem Jahr, das auf die Vertragsunterzeichnung folgt. Es liegt daher eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor.

Klausel 48:

„Gutschein Bedingungen

Gutschein ist übertragbar und 24 Monate gültig. Eine Barauszahlung des Gutscheines sowie die Rückerstattung von nicht verwendeten Beträgen sind ausgeschlossen. Bitte geben Sie den Gutschein im Original an der Hapimag Rezeption ab.“

Der Kläger verwies auf seine Ausführungen zu den Klausel 9 und 19. Der OGH habe bereits eine zweijährige Befristung von Gutscheinen für unzulässig erklärt. Eine sachliche Rechtfertigung für die gröbliche Benachteiligung liege nicht vor.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer AGB-Klausel. Die Gutscheine seien übertragbar und es bestehe daher ein gerechtfertigtes Interesse der Beklagten, deren Wirksamkeit, insbesondere auch aus Schutz vor Fälschungen sowie bezüglich einer möglichen Planbarkeit der Kapazitäten, mit einer zeitlichen Befristung zu versehen.

Das Erstgericht verwies auf die OGH-Judikatur zur Befristung von Gutscheinen (7 Ob 22/12d). Es bestünden durchaus berechnigte Interessen des Gutscheinerwerbers bzw Gutscheininhabers, dass der Gutschein länger als während zweier Jahre eingelöst werden könne. Es könne eine Vielzahl von (auch unbeeinflussbaren) Gründen auf Seiten des Gutscheininhabers geben, die ihn daran hinderten, die Gutscheine innerhalb von zwei Jahren einzulösen. Durch die in der Klausel vorgesehene Verfallsfrist trete eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ein.

Die Berufungswerberin weist darauf hin, dass die genannten Gutscheine keine Wohnpunkte und von diesen strikt zu unterscheiden seien. Es bestehe ein berechtigtes Inter-

esse der Aktionäre, dass diese Gutscheine nur eine begrenzte Geltungsdauer haben, damit diese im Umlauf befindlichen Gutscheine in einem kontrollierbaren Maß blieben.

Das Berufungsgericht hat erwogen:

Zur Prüfungsbefugnis hinsichtlich der FAQ wird auf die Ausführungen zu Klausel 42 verwiesen. Am Rande sei darauf hingewiesen, dass sich die Klausel 48 in Beilage ./F Seite 2 findet (vgl RS0121557 zur Verwendung einer Urkunde im Berufungsverfahren).

Wie die Beklagte zu Recht ausführt, betrifft diese Klausel Gutscheine und nicht Wohnpunkte. Sie legt eine Gültigkeit von nur 24 Monaten fest. In 7 Ob 22/12d nahm der OGH bei nur zwei Jahre gültigen Thermengutscheinen eine gröbliche Benachteiligung des Erwerbers an. Der Beklagten gelingt es nicht aufzuzeigen, warum dieselbe Gültigkeitsdauer bei ihren Gutscheinen zulässig sein sollte. Vielmehr handelt es sich jeweils um Freizeitdienstleistungen. Auch Klausel 48 ist daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Es sind daher alle Klauseln unzulässig.

6. Die Berufungswerberin wendet sich auch gegen den Zuspruch des **Veröffentlichungsbegehrens**.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. An diesen Zwecken gemessen ist die begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und angemessen (RS0121963). Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Ge-

samtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RS0121963 T7). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 T9). Die mediale Berichterstattung wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das Gleiche gilt für die Bereitstellung einschlägiger Informationen über die Website des Klägers (RS0121963 T10). Das Veröffentlichungsbegehren des Klägers ist daher grundsätzlich berechtigt.

Die festgestellten 6.681 Aktionäre in Österreich stellen keine ganz geringe Anzahl dar. Dazu kommen noch vormalige Aktionäre oder Personen, die den Erwerb einer Aktie der Beklagten in Betracht ziehen. Die von der Beklagten zitierte Entscheidung 4 Ob 130/03a betraf ein international tätiges Unternehmen, bei dem nur rund 4 % des gesamten Beförderungsvolumens auf Aufträge von Verbrauchern entfielen. Aufgrund des Geschäftsmodells der Beklagten ist davon auszugehen, dass ihre Kunden hauptsächlich Verbraucher sind, stellt doch die Nutzung zu gewerblichen Zwecken einen Grund für die Untersagung der Übertragung der Aktien dar (vgl Beilage ./1 Punkt 5.3.c und RS0121557 zur Verwendung einer Urkunde im Berufungsverfahren). Die Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ ist daher nicht überschießend. Die Feststellungen des Erstgerichts sind ausreichend, um das Veröffentlichungsbegehren beurteilen zu können.

7. Die Leistungsfrist wird im Berufungsverfahren nicht

bekämpft.

8. Die Entscheidung über die **Kosten** des Berufungsverfahrens gründet auf den §§ 41 und 50 ZPO.

9. Die **ordentliche Revision** war einerseits aufgrund der unbedenklichen Bewertung in Hinblick auf die Bedeutung der Klauseln und andererseits wegen der Reichweite der gesellschaftsrechtlichen Ausschlüsse in Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO und Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO sowie des Anwendungsbereiches des TNG als erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 18. Juli 2024

Mag. Werner Hofmann
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG