



REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

1 R 192/14b

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat als Berufungsgericht in der Rechtssache des Klägers [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Dr. Josef Fromhold, Rechtsanwalt in 1070 Wien, wider die Beklagte Lyoneess Europe AG, Bahnhofstraße 7, CH-9470 Buchs, vertreten durch Reif und Partner Rechtsanwälte OG in 8020 Graz, wegen Euro 6.000,-- samt Anhang, über die Berufungen des Klägers (Berufungsinteresse Euro 670,83) und der Beklagten (Berufungsinteresse Euro 5.329,17) gegen das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 16.7.2014, 1 C 98/14i-12, jeweils in nicht öffentlicher Sitzung

I. durch die Richter Dr. Schinzel (Vorsitzender), Dr. Hinek und Mag. Wanke den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Berufung der Beklagten wird, soweit darin Nichtigkeit geltend gemacht wird, verworfen.

II. durch die Richter Dr. Schinzel (Vorsitzender), Dr. Hinek und KR Fischer zu Recht erkannt:

Beiden Berufungen wird teilweise Folge gegeben:

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat:

„1. Die Klagsforderung besteht mit EUR 6.000,-- zu Recht.

2. Die Gegenforderung besteht mit EUR 670,83 zu Recht.

3. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen EUR 5.329,17 samt 4% Zinsen seit 3.4.2011 zu bezahlen sowie die mit EUR 2.123,30 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 308,40 an Barauslagen und EUR 303,32 an USt) zu ersetzen.

4. Das Mehrbegehren, die Beklagte sei schuldig, dem Kläger EUR 670,83 samt 4 % Zinsen seit 1.11.2010 und 4 % Zinsen aus EUR 5.329,17 vom 1.11.2010 bis zum 2.4.2011 zu bezahlen, wird abgewiesen.“

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten die mit EUR 394,41 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 54,57 an USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 652,32 bestimmten Kosten des

Berufungsverfahrens (darin
enthalten EUR 108,72 an USt) binnen
14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht
zulässig.

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

Der Kläger begehrte von der Beklagten die Rückzahlung von EUR 6.000,-- samt Anhang. Er sei Verbraucher und habe im Oktober 2010 drei Businesspakete zu je EUR 2.000,-- für Werbekampagnen in Griechenland, Österreich und in den USA in Form von Anzahlungen auf Gutscheine bei Partnerunternehmen der Beklagten erworben. Aus den Leistungen der beitretenen Neukunden hätten prozentuell errechnete Beträge an den Kläger als Vorteil geleistet werden und er in der „Hierarchie“ aufsteigen sollen. Dies sei nicht eingetreten. Der Vertrag sei aufgrund der Bestimmungen § 27 KSchG, § 5e KSchG, § 5 Abs 1 KMG, § 6 Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 1 und 3 ABGB rückabzuwickeln. Die Beklagte bestritt all dies.

Das Erstgericht stellte die Klags- und die von der Beklagten eingewendete Kompensandoforderung jeweils als zu Recht bestehend fest und sprach die Differenz dem Kläger zu. Es traf die auf Seite 3 seines Urteils ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass gemäß Anhang Z 14 zu § 2 UWG die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Schneeballsystems (§ 27 UWG) zur Verkaufsförderung, bei dem der Verbraucher die

Möglichkeit vor Augen habe, eine Vergütung zu erzielen, die überwiegend durch das Einführen neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen sei, eine irreführende Geschäftspraktik darstelle. Die Bestimmung gehe weiter als § 27 UWG, da kein unbedingt zu leistendes Entgelt seitens des Kunden erforderlich sei. Die Regelungen seien nur im B2C-Bereich anwendbar. Der Kläger sei Konsument, da er keine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit ausübe. Die bloße Teilnahme an dem Modell der Beklagten samt Anwerbung einer geringen Zahl von Neukunden erfülle die Voraussetzungen nicht. Das System der Beklagten stehe im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Produkten, da sich die Kapitalzuführungen unter anderem aus Käufen, Gutscheinbestellungen bzw. Anzahlungen auf Gutscheine bei Partnerunternehmen ergäben. Daraus errechneten sich Treueprämien udgl als versprochene Vorteile. Das System basiere darauf, dass der Kläger Kapital der Beklagten zuführe, dies mit der Zusage, hierfür einen Gewinn zu erzielen. Dieser Gewinn falle umso höher aus, je mehr weitere Kapitalgeber der Kläger zuführt und je mehr Kapitalgeber insgesamt am System teilnehmen. Aufgrund des marginalen Prozentsatzes (beim Kläger 0,5% seiner Einkaufssumme) sei die Vergütungsform wirtschaftlich unbedeutend, weshalb die im System erzielbaren Vorteile weder vorrangig vom Konsum der Waren oder Dienstleistungen abhängen, noch im Konsum der Produkte selbst lägen. Dem Kläger sei seitens der Beklagten zugesichert worden, dass er jederzeit das Partnerunternehmen ändern könne, weswegen Letztere von ihm wahllos angegeben worden seien. Bei wirtschaftlicher Betrachtung erfolge die Vergütung fast

ausschließlich über die Anwerbung neuer Mitglieder und deren Kapitalleistungen an die Beklagte, bei welcher der Kläger z.B. eine Prämie von 18,75% lukrieren könne. Es handle sich daher um irreführende Geschäftspraktiken im Sinne des Anhangs Z 14 zu § 2 UWG, die gemäß § 879 ABGB unwirksam seien und weshalb das Geschäft rückabgewickelt werden müsse. Die Kompensandoforderungen der Beklagten bestünden zu Recht, da sie rechtsgrundlos geflossen seien.

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen beider Parteien.

Der Kläger ficht die Entscheidung in ihren Punkten 2. und 3. des Urteilsspruches wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung sowie mangelhafter Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung an und beantragt, das Urteil dahingehend abzuändern, dass festgestellt werde, dass die in Höhe von EUR 670,83 geltend gemachte Gegenforderung nicht zu Recht bestehe, sowie die Beklagte schuldig sei, dem Kläger Euro 6.000,-- samt 4% ab 1.11.2010 als auch die mit EUR 2.123,30 bestimmten Prozesskosten (darin EUR 308,40 Barauslagen und EUR 303,32 USt) zu bezahlen. In eventu werde die Aufhebung des Urteils begehrt, samt Zurückverweisung der Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung.

Die Beklagte macht in ihrer Berufung Nichtigkeit, unrichtige Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend, dies mit den Anträgen, das angefochtene Urteil im Umfang der Anfechtung als nichtig aufzuheben und

nach Verfahrenserneuerung oder -ergänzung durch das Berufungsgericht selbst im Umfang der Anfechtung dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde. In eventu solle das angefochtene Urteil im Umfang der Anfechtung aufgehoben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen werden.

Die Parteien beantragen, wechselseitig, dem Rechtsmittel des Gegners keine Folge zu geben.

Zur Berufung des Klägers, welcher teilweise Berechtigung zukommt:

Der Kläger moniert unter dem Berufungsgrund der mangelhaften Tatsachenfeststellungen infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung, dass das Gericht die Rechtslage verkenne. Bei Konditionen von Leistungen aus gegenseitigen Verträgen, bei denen regelmäßig von der Annahme einer Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen auszugehen sei, sei eine Verpflichtung des redlichen Besitzers, die nach der Herstellung des Austauschverhältnisses bezogenen Früchte und Nutzungen herauszugeben, zu verneinen. Das Erstgericht habe nicht festgestellt, dass die an den Kläger ausgezahlten Beträge diesem ohnehin im Zuge der Rückabwicklung als Ausgleich bzw. Abgeltung für die von ihm geleisteten Dienste, nämlich die Anwerbung und Zuführung neuer Kunden bzw. die Umsätze der von ihm zugeführten Kunden, zustünden und deshalb nicht zurückgefordert werden könnten. Bei richtiger Rechtsansicht hätte das Erstgericht feststellen müssen,

dass die dem Kläger bezahlten Vergütungen, und zwar Volumenprämien von EUR 400,--, die Treueprämie von EUR 264,--, Freundschaftsbonus von EUR 0,05 und Cashback von EUR 6,83, in Summe EUR 670,88, abzüglich des Guthabens auf dem Konto von EUR 0,06, somit EUR 670,82, als Abgeltung für die Vorteile der Beklagten durch die Zuführung neuer Mitglieder und deren Einkäufe durch den Kläger zu qualifizieren seien. Da diese Vorteile dem Kläger vereinbarungsgemäß aufgrund seiner Dienste für die Beklagte zugekommen seien, welche dadurch ebenso Vorteile erhalten habe und diese Dienste nicht rückabwickelbar seien, habe der Kläger die ihm gewährten Vorteile als Früchte nicht herauszugeben.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Gemäß § 877 ABGB hat der, der die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, dagegen alles zurückzustellen, was er aus einem solchen Verträge zu seinem Vorteile erhalten hat. Die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach § 877 ABGB entsprechen jenen der §§ 1431 und 1437 ABGB. Der Anspruch ist daher auf Rückstellung des Geleisteten oder, wenn dies unmöglich oder untunlich ist, auf ein angemessenes Entgelt gerichtet. Die §§ 1431 und 1437 ABGB regeln Konditionen, die auf Rückführung eines ungerechtfertigt durch Leistung erlangten Vorteils gerichtet sind. Im Gegensatz zu den Verwendungsansprüchen kommt es jedoch nicht entscheidend darauf an, dass der Bereicherte einen Vorteil aus einem Gut gezogen hat, das einem anderen zugewiesen ist, sondern darauf, dass die Leistung ihren Zweck verfehlt. Leistung ist eine bewusste,

zweckgerichtete Vermögenszuwendung an einen anderen. Der Zweck kann insbesondere in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, der Auslösung einer vertraglichen Rückleistungspflicht oder in der Erlangung einer in Aussicht gestellten Gegenleistung liegen. Welches Ziel eine Leistung verfolgt, ergibt sich aus der ausdrücklichen oder konkludent erklärten Zweckbestimmung, die eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist.

Im synallagmatischen Schuldverhältnis gilt das Zug-um-Zug-Prinzip auch bei bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungen, wenn also wegen ursprünglicher Ungültigkeit oder wegen nachträglichen Wegfalls der causa Leistungen zurückzustellen sind (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II ¹⁴, Rz 1769). Nach in Österreich hA sind jedoch die beiden Ansprüche unabhängig voneinander zu beurteilen (*Koziol* in KBB³ §1438 Rz 6).

Im vorliegenden Fall behauptete die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren, der Kläger habe Vergütungen aufgrund von Gutscheinstellungen erhalten. Der Kläger bestritt weder, Vergütungen von der Beklagten erhalten zu haben, noch die Höhe der Kompensandoforderung, sondern wendete dagegen nur ein, dass es sich bei den Auszahlungen um die vom Kläger erwirtschafteten Rückvergütungen aufgrund getätigter Einkäufe sowie Provisionen für geworbene Mitglieder handle, welche von der Beklagten weder gegenverrechnet noch rückgefordert werden könnten.

Ausgehend davon, dass der Vertrag rückwirkend beendet

wird und alles zurückzustellen ist, hat der Kläger die von der Beklagten erhaltenen Beträge zurückzugeben, da der Zweck ihrer Hingabe - Rückvergütung und Werbung von Mitgliedern - weggefallen ist. Ob die Zuführung neuer Kunden einen Wert für die Beklagte darstellt, ist für die Beantwortung der Frage des Zurückstellens nicht von Bedeutung, da aufgrund der losgelöst zu behandelnden Forderungen der Parteien jede für sich zu beurteilen ist. Der Kläger führt überdies zur Unmöglichkeit der Rückforderung ins Treffen, dass die dem Kläger gewährten Vorteile als Früchte auch nicht herauszugeben seien. Dem ist zu entgegnen, dass die Rechtsprechung zwar bei Rückabwicklung synallagmatischer Verträge wegen der subjektiven Äquivalenz der Leistungen annimmt, die Früchte und Nutzungen seien bei redlichen Bereicherungsschuldnern gegenseitig aufzuheben und daher nicht zu vergüten, doch übersieht der Berufungswerber, dass es sich hier nicht um Früchte handelt, sondern um die Hauptleistung aus einem Vertrag. § 1437 ABGB regelt nicht, ob der Bereicherte neben der Sache auch ihre Früchte herauszugeben hat, sondern ergibt sich dies unmittelbar aus §§ 329 ff ABGB. Entsprechend dieser Bestimmungen kann ein redlicher Besitzer schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben gebrauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen. Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind. Eine Aufhebung der Leistungen kann folglich nicht erfolgen. Überdies kommt diese Regelung nur redlichen Bereicherungsschuldnern zu Gute, ein Faktum, welches vom Kläger im erstinstanzlichen Verfahren nicht

vorgebracht wurde.

Das Erstgericht hat sohin die Gegenforderung richtigerweise als zu Recht bestehend festgestellt.

Allerdings ist dem Kläger zuzustimmen, dass das Erstgericht nicht über das Hauptbegehren absprach und nur das vorerst in eventu gestellte Zug-um-Zug Begehren (vgl. Schriftsatz ON 5) zuerkannte. Grundsätzlich gilt bei synallagmatischen Schuldverhältnissen das Zug-um-Zug-Prinzip auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, wenn also wegen ursprünglicher Ungültigkeit oder wegen nachträglichen Wegfalls der causa (Wandlung, Rücktritt) Leistungen zurückgestellt werden (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht ¹⁴ Rz 1769). Allerdings bestimmt der Kläger über die Sachanträge. Die erste Bestimmung über den Urteilsinhalt durch den Kläger verpflichtet das Gericht, über alle im Entscheidungszeitpunkt noch offenen Sachanträge zu entscheiden.

Im vorliegenden Fall zog der Kläger noch vor Schluss der Verhandlung den Antrag auf eine Zug-um-Zug-Verpflichtung zurück und begehrte die unbedingte Verurteilung der Beklagten. Mögen zwar vereinzelt Entscheidungen die Aufnahme eines Ausspruches über die mit der in der Klage begehrte Leistung zwangsläufig verbundene Gegenleistung als Zug-um-Zug-Verpflichtung des Klägers in den Urteilsspruch für notwendig erachten, so steht dem jedoch entgegen, dass auf eine Verpflichtung Zug-um-Zug nur nach Einrede des Beklagten Bedacht genommen werden darf (*Apathy* in KBB³ § 1052 Rz 3). Da es für eine amtswegige Aufnahme einer Zug-um-

Zug-Verpflichtung sohin keine gesetzliche Deckung gibt und eine diesbezügliche Einrede von der Beklagten auch nicht erhoben wurde, ist der Berufung des Klägers in diesem Punkt zu folgen und die Beklagte zur unbedingten Leistung zu verpflichten.

Zur Berufung der Beklagten, welche ebenfalls teilweise berechtigt ist:

Unter dem Berufungsgrund der Nichtigkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 9 ZPO moniert die Beklagte zum Einen, dass das Erstgericht keine Feststellungen zu den zugesprochenen Zinsen getroffen habe, wiewohl seitens der Beklagten auf deren Verjährung hingewiesen worden sei. Zum Anderen habe sich das Erstgericht Scheinbegründungen bedient, zumal es pauschal auf die Beilagen ./1 und ./2 sowie die Einvernahme des Klägers verwies, weswegen nicht nachvollziehbar sei, wie das Erstgericht zu seinen Feststellungen gelangte.

Nichtigkeitsgründe nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO sind schwere Verletzungen grundsätzlicher Verfahrensvorschriften, die ohne Rücksicht auf ihre Auswirkung im Einzelfall auch von den Rechtsmittelinstanzen von Amts wegen aufgegriffen werden müssen.

Der Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO umfasst drei Fälle:

a) die Fassung des Urteils ist so mangelhaft, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann;

b) das Urteil steht mit sich selbst im Widerspruch;

c) für die Entscheidung sind keine Gründe angegeben.

Der erste Fall hat nicht den Spruch des Urteils oder dessen Gründe isoliert im Auge. Maßgebend ist vielmehr das Urteil als logische Gesamtheit. Lässt sich der vollständige Inhalt eines den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden, unvollständig gebliebenen Spruches aus den Entscheidungsgründen logisch einwandfrei ergänzen, dann kann die Überprüfung „mit Sicherheit“ vorgenommen werden (*Pimmer in Fasching/Konecny*² IV/1 Rz 79 zu § 477 ZPO).

Der zweite Fall des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO betrifft den Widerspruch des Urteils mit sich selbst und damit nur den Spruch; ein Widerspruch in den Gründen reicht nicht aus (*Pimmer in Fasching/Konecny*² IV/1 Rz 82 zu § 477 ZPO; *Kodek in Rechberger*, ZPO³ Rz 12 zu § 477 ZPO mwN).

Der dritte Fall des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO erfasst den völligen Mangel an Gründen, wobei dem völligen Fehlen eine bloße Scheinbegründung durch Gebrauch allgemeiner Wendungen gleich zu halten ist.

Die Beklagte verkennt den Berufungsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO. Dieser liegt nach stRsp nicht schon bei unvollständiger, widersprüchlicher oder verfehlter Begründung einer Entscheidung vor, sondern nur bei einem unlösbaren Widerspruch im Spruch der Entscheidung oder dann, wenn diese entweder gar nicht oder nur so unzureichend begründet ist, dass sie sachlich nicht überprüft werden kann. Von einer Scheinbegründung kann

überdies nur dann gesprochen werden, wenn diese einer fehlenden Begründung gleich kommt (*Klauser/Kodek*, ZPO¹⁷ (2012) § 477 E 145). Ein solcher Mangel haftet der erstinstanzlichen Entscheidung jedoch nicht an. Das Urteil ist gesetzmäßig aufgebaut und lässt sich sein Spruch logisch nachvollziehbar aus den Entscheidungsgründen ableiten. Die Feststellungen basieren über weite Strecken auf Unbestrittenem und das Erstgericht vermochte seine Entscheidungsfindung logisch nachvollziehbar darlegen, ohne sich etwa allgemeiner, nichtssagender Floskeln zu bedienen.

Die monierte Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO liegt daher nicht vor, weshalb die Berufung der Beklagten insoweit in nicht öffentlicher Sitzung zu verwerfen war (§§ 471 Z 5, 473 Abs 1 ZPO).

Da die Berufung der Beklagten über weite Strecken ihrer eingangs selbst vorgenommenen Gliederung nicht folgt, wird im Weiteren zuerst auf die behaupteten Verfahrens- und Feststellungsmängel eingegangen und abschließend auf die bekämpfte rechtliche Beurteilung.

Die Rechtsmittelwerberin rügt unter Punkt 3. ihrer Berufung unrichtige Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung. Um die Beweistrüge im Sinne des Gesetzes und der stRsp gesetzmäßig auszuführen, muss die Rechtsmittelwerberin angeben,

a) welche konkrete Feststellung bekämpft wird,

b) infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde,

c) welche Feststellung begehrt wird,

d) aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese beehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (vgl. *Kodek in Rechberger*⁴ §471 Rz 8).

Die Beklagte gibt lediglich an, welche Feststellungen sie bekämpfen möchte, unterlässt es jedoch in weiterer Folge, konkrete Beweisergebnisse anzuführen, die zur beehrten Ersatzfeststellung bzw. Negativfeststellung geführt hätten. Sie zeigt weder auf, weshalb die vom Erstgericht herangezogenen Urkunden untauglich sein sollen, noch warum die Angaben des Klägers nicht tauglich gewesen wären. Dies hat zur Folge, dass der Rechtsmittelgrund nicht ordnungsgemäß ausgeführt wurde und auf diesen nicht weiter eingegangen werden darf.

Unter dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens moniert die Beklagte, das Erstgericht hätte zum Beweis ihres Vorbringens, dass der Zweck des Geschäftsmodelles allein darin liege, den Mitgliedern der Beklagten den möglichst günstigen Bezug von Waren und Dienstleistungen bei Partnerunternehmen der Beklagten zu ermöglichen, weil die von diesen Partnerunternehmen an die Beklagte gezahlten Vermittlungsprovisionen die Vergütungsquelle der Beklagten als auch die deren Mitgliedern sei, [REDACTED] und [REDACTED] einvernehmen müssen. Diese hätten auch dazu befragt werden müssen, dass die von den Mitgliedern der Beklagten erzielbaren Vorteile überwiegend vom Konsum von Waren oder Dienstleistungen bei den Partnerunternehmen der Beklagten abhängen und

nicht aus der bloßen Zuführung weiterer Mitglieder an die Beklagte. Ebenso hätte hierzu der beantragte Sachverständige aus dem Bereich Wirtschaftsprüfung bestellt werden müssen. Das Abweisen dieser Beweisanträge stelle einen Verfahrensfehler dar.

Damit ein Mangel von der Rechtsmittelinstanz wahrgenommen werden kann, muss er für das Verfahren abstrakt von Bedeutung sein. Das aus Sicht der Beklagten beweisbedürftige Vorbringen ist jedoch für die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes nicht von Relevanz, wie im Zuge der Behandlung der Rechtsrüge noch dargestellt werden wird.

Weiters rügt die Beklagte, dass das Erstgericht die von der Beklagten namhaft gemachten Zeugen zur Unternehmereigenschaft des Klägers nicht vernommen habe. Aus der Aussage dieser Personen hätte sich ergeben, dass der Kläger das Geschäftsmodell der Beklagten regelmäßig beworben habe, dabei methodisch vorgegangen sei und dadurch letztlich den Zeugen den Eindruck vermittelt habe, das Geschäftsmodell der Beklagten unternehmerisch zu nutzen, um sich ein regelmäßiges Einkommen zu verschaffen. Der Beweis sei für die Beurteilung, ob der Kläger Konsument oder Unternehmer ist, von rechtlicher Bedeutung.

Der Verbraucherschutz gilt für Rechtsgeschäfte, die Personen abschließen, die nicht Unternehmer sind. Verbraucher ist gemäß § 1 KSchG, wer nicht Unternehmer ist, also keine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit hat, mag sie auch nicht auf Gewinn ausgerichtet sein. § 1 KSchG

stellt auf den Abschluss der Rechtsgeschäfte ab. Bei Prüfung der Zulässigkeit eines Vertragsrücktrittes ist auf das Vorliegen der Verbrauchereigenschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen, sodass auch eine spätere unternehmerische Tätigkeit zum Zeitpunkt der Ausübung des Rücktritts nicht schadet, da dem Konsumenten in sinngemäßer Anwendung des § 1 Abs 3 KSchG weiterhin der Verbraucherschutz zu Gute kommt (6 Ob 19/14h). Nach § 1 Abs 3 KSchG sind von den Bestimmungen des KSchG auch Geschäfte erfasst, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, weil diese noch nicht als zum Betrieb eines Unternehmens im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG gehörig angesehen werden (Gründungsgeschäfte). Es entspricht der einheitlichen Lehre und Rechtsprechung, dass selbst Dauerschuldverhältnisse als Gründungsgeschäft in diesem Sinn anzusehen sind, sohin auch Sachverhalte erfasst werden, die sich nach dem Vertragsabschluss (Gründungsgeschäft) ereignen, aber von dem Vertrag erfasst werden (dazu *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1 Rz 56 f mwN; ebenso OGH 2 Ob 178/05y - zur mangelnden Wesentlichkeit eines nach Vertragsabschlusses eintretenden Verlustes der Konsumenteneigenschaft; RIS-Justiz RS0109568 zu Mietzinsvereinbarungen; OGH 2 Ob 555/95, JBl 1998, 60 zu später verwirkter Konventionalstrafe). Dies entspricht auch dem allgemeinen Grundsatz, dass bei Beurteilung einer allfälligen Rechtswidrigkeit eines Rechtsgeschäftes auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages abzustellen ist (*Krejci in Rummel*, ABGB³ § 879 Rz 15 f; ebenso *Bollenberger in KBB* § 879 Rz 1 jeweils mwN; zuletzt etwa OGH 6 Ob 135/05d).

Im erstinstanzlichen Verfahren brachte die Beklagte weder vor, dass der Kläger bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet, noch bot sie zu diesem Thema Beweise an. Zurecht nahm das Erstgericht von einer Beweisaufnahme zu Umständen Abstand, die einen Zeitraum nach Vertragsabschluss betrafen, da dies für die Beurteilung der Konsumenteneigenschaft des Klägers im relevanten Zeitpunkt rechtlich unerheblich ist. Mangels Entfaltung einer unternehmerischen Tätigkeit war der Kläger bei Vertragsabschluss mit der Beklagten Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG und ist dieses Faktum auch bei der weiteren rechtlichen Prüfung zu berücksichtigen.

Soweit die Berufung einen Verstoß gegen die Einlassungsfrist und die Verletzung des Gebotes der Waffengleichheit releviert, ist dies nicht gesetzmäßig ausgeführt. Die Rechtsmittelwerberin meint, das Erstgericht hätte den am 2.6.2014 vom Kläger eingebrachten umfangreichen Schriftsatz zurückweisen müssen. Hätte es dies getan, so wären die - umfangreichen, unrichtigen und auch unvollständigen - Tatsachenbehauptungen nicht in das Verfahren und in der Folge in die Feststellungen des Urteils geflossen. Hätte die Beklagte die Möglichkeit der Erörterung mit der Mandantschaft gehabt, so hätten weiteres Vorbringen erstattet und zusätzliche Beweise angeboten werden können.

Die Beklagte zeigt nun aber nicht auf, welches Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 2.6.2014 in das Verfahren Eingang fand und überdies für die

Beklagte von Nachteil war. Die unsubstanzierte Behauptung eines Mangels genügt dem Erfordernis der Bestimmtheit des behaupteten Mangels und dessen Eignung, einen anderen Verfahrensausgang zu bewirken, nicht. Damit das Berufungsgericht den Verfahrensmangel aufgreifen dürfte, wäre es an der Beklagten gelegen darzulegen, welches Vorbringen im Schriftsatz des Klägers für sie neu war und welche Nichterörterung für sie einen Nachteil bewirkte, der in einem anderen Verfahrensausgang resultiert hätte. Mangels dieser notwendigen Ausführungen kann auf den relevierten Mangel nicht eingegangen werden.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die erstgerichtlichen Feststellungen und legt sie seiner Entscheidung zu Grund (§ 498 Abs 1 ZPO).

Im Rahmen der Rechtsrüge greift die Berufung zwei Punkte auf. Einerseits vermeint die Beklagte, das Erstgericht habe die Bestimmung der Z 14 zum Anhang des § 2 UWG falsch angewendet und im Zuge dessen unzureichende Feststellungen getroffen. Andererseits wendet sich das Rechtsmittel gegen den Zuspruch der Zinsen aus dem Kapital, die länger als drei Jahre seit Klagseinbringung zurückreichen, und weist darauf hin, dass hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen worden seien.

§ 2 UWG regelt, was unter irreführenden Geschäftspraktiken zu verstehen ist. Demnach gilt eine Geschäftspraktik als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben (§ 39) enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen

oder mehrere Punkte derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Im Anhang zu dieser Bestimmung wird unter Z 14 konkret auf das Modell des Schneeballsystems eingegangen. Dementsprechend stellt eine irreführende Geschäftspraktik die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Schneeballsystems zur Verkaufsförderung dar, bei dem der Verbraucher die Möglichkeit vor Augen hat, eine Vergütung zu erzielen, die überwiegend durch das Einführen neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen ist. Unter der Bezeichnung „Schnellballsystem“ sind gemäß § 27 Abs 2 UWG Vereinbarungen zu verstehen, durch die einem Kunden gegen ein unbedingt zu leistendes Entgelt die Lieferung einer Ware oder die Verrichtung einer Leistung unter der Bedingung zugesichert wird, dass der Kunde mittels der ihm übergebenen Anweisungen oder Scheine dem Unternehmen des Zusichernden oder eines anderen weitere Abnehmer zuführt, die mit diesem Unternehmen in ein gleiches Vertragsverhältnis treten. Verträge dieser Art, die zwischen dem Geschäftsmann und dem Kunden oder diesem und einem Dritten geschlossen werden, sind nichtig.

Kucsko führt hierzu in *Wiebe/G.Kodek*, Kommentar (2009) § 27 Rz 2ff aus, das Wesen des Schneeballsystems bestehe darin, dass sich ein Geschäftsmann „in der Absicht, seinem Absatz großen Umfang zu geben, der freiwilligen Vermittlungstätigkeit ausgedehnter Kreise des Publikums bedient, das durch die Aussicht, scheinbar leicht zu einem außerordentlich vorteilhaften

Geschäftsabschluss zu gelangen, zur Mitwirkung gelockt wird.“ Die Beteiligung an einem Schneeballsystem habe auch aleatorischen Charakter. Da der einzelne Teilnehmer zumeist nicht überblicken könne, wie viele andere Personen bereits teilnehmen, könne er auch nicht abschätzen, wie groß seine Chancen seien, weitere Kunden zu gewinnen. Er müsse also ein gewisses Risiko auf sich nehmen. Damit einher könne vielfach auch die Gefahr der Irreführung gehen. Der weitere Kunden werbende Kunde sei naturgemäß sehr interessiert am Erfolg seiner Anwerbung, fällt er doch andernfalls um den von ihm selbst gezahlten Kaufpreis um. Dass dies von Schönfärberei der Chancen bis zur Irreführung reichen könne, sei naheliegend. Dennoch sei § 27 UWG nicht als Tatbestand zur Irreführungsvermeidung ausgestaltet. Er greife vielmehr auch dann, wenn der Kunde jeweils vollständig über alle Details der Mechanik dieses Systems und über seine Chancen aufgeklärt werde. Begründen ließe sich dieses Verbot nach wie vor damit, dass nicht wenige solcher Vertriebssysteme auf die Leichtgläubigkeit, Unerfahrenheit und Spiellust der Verbraucher abzielen und die Aussicht auf ein verlockendes Angebot vernünftige Überlegungen zurücktreten lässt. Auch wenn dies nicht als Tatbestandsmerkmal formuliert sei, bleibe also doch ein gewisser Irreführungsschutz durch ein typisierendes Verbot. Dies erweise sich auch daraus, dass Schneeballsysteme als Z 14 im Anhang zum UWG eingereiht seien, also unter jene Geschäftspraktiken, die gemäß § 2 Abs 2 UWG jedenfalls als irreführend gelten.

Durch die UWG-Novelle 2007 wurde die RL-UGP im österreichischen Recht umgesetzt und findet sich nun in

Z 14 zum Anhang zum UWG. Diese Bestimmung enthält ein Per-se-Verbot. Der Tatbestand der Z 14 zum Anhang zu § 2 Abs 2 UWG ist weiter gefasst als § 27 UWG. Er erfasst nicht bloß Vertragssysteme, bei denen mit dem Kunden eine unbedingte Zahlungsverpflichtung und andererseits eine bedingte Leistungspflicht des Unternehmers vereinbart werden. Es genügt, dass der Kunde die (tatsächliche oder vermeintliche) Aussicht hat, eine Vergütung zu erzielen (*Kucsko in Wiebe/G.Kodek*, Kommentar (2009) § 27 Rz 22).

In diesem Zusammenhang hat der EuGH in seinem Urteil vom 3.4.2014 in der Rechtssache C-515/12 *4Finance* klar dargelegt, unter welchen Voraussetzungen von einem verpönten Schneeballsystem auszugehen ist. Zunächst basiere eine solche Absatzförderung auf der Zusage, dass der Verbraucher die Möglichkeit haben werde, einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen. Sodann hänge die Einhaltung dieser Zusage von der Einführung weiterer Verbraucher in dieses System ab. Schließlich stamme der Großteil der Einkünfte, mit denen die den Verbrauchern zugesagte Vergütung finanziert werden könne, nicht aus einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit. Es stehe fest, dass ein solches Absatzförderungssystem mangels tatsächlicher wirtschaftlicher Tätigkeit, die das Erzielen ausreichender Einkünfte ermöglicht, um die den Verbrauchern zugesagte Vergütung zu finanzieren, zwangsläufig auf dem wirtschaftlichen Beitrag seiner Teilnehmer beruht, da die Möglichkeit eines Teilnehmers an diesem System, eine Gegenleistung zu erhalten, im Wesentlichen von den Kosten abhängt, die zusätzliche Teilnehmer zahlen. Ein solches System könne nur dann ein Schneeballsystem sein, wenn für sein Fortbestehen

der Beitritt einer immer größeren Zahl von neuen Teilnehmern erforderlich ist, um die Vergütungen zu finanzieren, die den bereits vorhandenen Mitgliedern ausgezahlt werden. Es impliziere auch, dass die Wahrscheinlichkeit, eine Vergütung für ihren Beitrag zu erhalten, für die zuletzt beigetretenen Teilnehmer am geringsten ist. Dieses System breche zusammen, wenn der Anstieg der Zahl der neu beitretenden Teilnehmer, die für den Fortbestand des Systems theoretisch ins Unendliche steigen müsste, nicht mehr ausreicht, um die allen Teilnehmern zugesagten Vergütungen zu zahlen.

Erste Voraussetzung für die Qualifikation als Schneeballsystem sei, dass die Teilnehmer an einem solchen System einen finanziellen Beitrag entrichten. Hier trete als weitere Bedingung hinzu, dass ein Absatzförderungssystem nur dann als Schneeballsystem im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung vorliegt, wenn ein Zusammenhang zwischen den von neuen Teilnehmern gezahlten Beiträgen und den von den bereits vorhandenen Teilnehmern bezogenen Vergütungen besteht. Diese Auslegung werde durch den Wortlaut der meisten Sprachfassungen von Anh I Nr 14 der RL-UGP bestätigt, wonach die Finanzierung der Vergütung, die ein Verbraucher beziehen könne, "hauptsächlich" oder "grundsätzlich" von den später von neuen Teilnehmern an dem System gezahlten Beiträgen abhängt.

Wendet man diese rechtlichen Erwägungen auf den gegenständlichen Fall an, so zeigt sich, dass das Erstgericht alle für die Beurteilung erforderlichen Feststellungen getroffen hat.

Durch die Feststellungen

a) Er verdiente gut und wurde von einem langjährigen Bekannten darauf aufmerksam gemacht, dass es eine passive Möglichkeit gebe, Geld zu verdienen.

b) Aus seinen EUR 6.000,-- könne er in zwei, drei Jahren 18.000,-- machen. Zunächst müsse man das Business Paket um EUR 2.000,-- nehmen, sonst könne man nicht in anderen Ländern investieren.

c) Dem Kläger wurde auch gesagt, wenn er mehr Leute zu Lyoness bringe, bekomme er mehr Geld, weshalb der Kläger seine Lebensgefährtin und zwei Freunde vermittelte.

d) Gutscheine beziehen wollte der Kläger nicht. Er gab wahllos Unternehmen in seiner Bestellung an, da ihm mitgeteilt wurde, er könne diese auch jederzeit ändern.

e) Dass ein Teil des Gewinnes mit Gutscheinen abgegolten werden sollte, wurde dem Kläger nicht mitgeteilt.

f) Die Geschäftsbedingungen von Lyoness waren kein Thema bei den Vertragsgesprächen.

g) Der Kläger verstand das Lyoness System nicht.

h) Das System der Beklagten steht im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Produkten, da sich die Kapitalzuführungen ua aus Käufen, Gutscheinbestellungen bzw. Anzahlungen auf Gutscheine bei Partnerunternehmen

ergeben. Daraus errechnen sich Treueprämien udgl als versprochene Vorteile.

i) Das System der Beklagten basiert darauf, dass der Kläger Kapital der Beklagten zuführt mit der Zusage, hierfür einen Gewinn zu erzielen. Dieser Gewinn fällt umso höher aus, je mehr weitere Kapitalgeber der Kläger zuführt und je mehr Kapitalgeber insgesamt am System teilnehmen.

j) Wenn auch Vergütungen durch eigene Einkäufe entstehen, so ist diese Vergütungsform aufgrund des marginalen Prozentsatzes (beim Kläger 0,5% seiner Einkaufssumme) wirtschaftlich unbedeutend, weshalb die im System erzielbaren Vorteile weder vorrangig vom Konsum der Waren oder Dienstleistungen abhängen, noch im Konsum der Produkte selbst liegen.

k) Bei wirtschaftlicher Betrachtung erfolgt nämlich die Vergütung fast ausschließlich über die Anwerbung neuer Mitglieder und deren Kapitalleistungen an die Beklagte, bei welcher der Kläger zum Beispiel eine Prämie von 18,75% lukrieren kann.

hat das Erstgericht - wenn auch zum Teil im Rahmen der rechtlichen Beurteilung - alle wesentlichen gesetzlichen Tatbestandselemente herausgearbeitet.

Der Kläger ist - wie bereits im Zuge der Behandlung der Rüge der Mangelhaftigkeit des Verfahrens dargestellt - Konsument. Es wurde ihm vor Augen geführt, dass er die Möglichkeit habe, Vergütungen zu erzielen (Feststellungen a,b). Letztere resultiere überwiegend

durch das Einführen neuer Verbraucher und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten (Feststellungen c,d).

Auch ist das Erstgericht auf die vom EuGH dargelegten konkretisierenden Erfordernisse eingegangen. Diesen entsprechend muss der Konsument einen finanziellen Beitrag entrichten (Feststellung b). Weiters kann ein Absatzförderungssystem nur dann als Schneeballsystem iSv Anhang I Nr. 14 der RL -UGP qualifiziert werden, wenn ein Zusammenhang zwischen den von neuen Teilnehmern gezahlten Beträgen und den von den bereits vorhandenen Teilnehmern bezogenen Vergütungen besteht (Feststellungen c,i). Schließlich muss die Finanzierung der Vergütung, die ein Verbraucher beziehen kann, hauptsächlich oder grundsätzlich von den später von neuen Teilnehmern an das System gezahlten Beiträgen abhängen (Feststellungen j,k).

Entgegen der Ansicht der Beklagten finden sich alle Elemente in den Feststellungen wieder, die für eine richtige rechtliche Beurteilung notwendig sind. Die von der Berufungswerberin begehrten Feststellungen, nämlich woraus sich die den Mitgliedern ausbezahlten Treueprämien finanzieren, wurde ebenso getroffen wie das Faktum, dass die Treueprämien für die vorhandenen Mitglieder aus den von den neuen Mitgliedern geleisteten Beträgen finanziert bzw. überwiegend finanziert werden (Feststellungen c,k).

Nicht maßgeblich und damit entbehrlich ist jedoch, ob das Fortbestehen des Geschäftsmodells der Beklagten davon abhängt, dass diesem System eine immer größere

Anzahl an Teilnehmern zugeführt wird, da dies weder ein Tatbestandselement des § 2 UWG noch der Z 14 des Anhangs zu § 2 UWG darstellt. Dass diesbezügliche Feststellungen vom Erstgericht nicht getroffen wurden, stellt keinen Mangel dar.

In diesem Zusammenhang erhellt sich auch, dass die Einvernahme der beantragten Zeugen [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] sowie die Einholung eines Gutachtens aus dem Bereich der Wirtschaftsprüfung nicht notwendig waren. Wie bereits dargelegt ist Telos des § 2 UWG, jegliche Irreführung zu verhindern. Irreführend im Sinne des § 2 Abs 1 UWG sind alle Geschäftspraktiken mit Täuschungseignung, die den Durchschnittsverbraucher aus dem Kreis der Werbeadressaten zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es muss folglich darauf abgestellt werden, wie der Konsument das System versteht und wie es ihm präsentiert wird. Ob es sich letztlich anders darstellt, spielt keine Rolle, denn nur die Fakten, die zum Kaufentschluss des Kunden geführt haben, sind für die Beurteilung einer Verletzung nach § 2 Abs 1 UWG erheblich. Aus den beantragten Beweismitteln hätte sich nichts für die Frage gewinnen lassen, welcher Eindruck dem Kläger von dem System der Beklagten vermittelt wurde, der letztlich zu seinem Kaufentschluss führte. Mangels Relevanz für die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes, konnte von der Aufnahme dieser Beweismittel Abstand genommen werden.

Hingegen kommt der Berufung der Beklagten Berechtigung zu, soweit sie das Zinsenbegehren des Klägers betrifft.

Der Kläger begehrte neben dem Kapitalbetrag 4 % gesetzliche Zinsen seit der Zahlung am 1.11.2010. Das Erstgericht sprach dem Kläger diese Zinsen zu. Die Beklagte moniert, dass das Erstgericht keine Feststellungen dazu getroffen habe, wann die Klage dem Gericht überreicht worden ist. Diese Feststellung wäre erforderlich gewesen, damit das Erstgericht den Verjährungseinwand der Beklagten hätte beurteilen können. Seitens der Beklagten sei nämlich in der Tagsatzung vom 3.6.2014 vorgebracht worden, dass Zinsen binnen drei Jahren verjährten und die Klage am 3.4.2014 beim Erstgericht eingebracht worden sei, sodass Zinsen höchstens seit dem 3.04.2011 zustehen könnten.

Nach stRsp sind Zinsen aus einer ohne Rechtsgrund geleisteten und daher rückzuerstattenden Geldsumme sogenannte Vergütungszinsen. Diese Art gesetzlicher Zinsen ist als allgemeine Erscheinung dem ABGB fremd. Für die Rechtsfolgen, die sich aus der Verzögerung der Zahlung ergeben, stellt aber das HfD JGS 1842/592 alle Arten von Zinsen gleich; es ordnet nämlich die Anwendung des § 1333 ABGB an (RIS-Justiz RS0032078). Bei Geld ist die Nutzung (zumindest) mit den gesetzlichen Zinsen abzugelten (4 Ob 149/06z).

Die Einforderung von Verzugszinsen gemäß § 1333 ABGB setzt zumindest objektiven Verzug voraus. Daher beginnen diese Zinsen erst mit der Mahnung durch den Gläubiger zu laufen (RIS-Justiz RS0017614). Für die Zeit davor gründet sich der Zinsanspruch auf § 1041 iVm § 1000 ABGB. Die Beklagte hat nach § 1041 ABGB ein angemessenes Benutzungsentgelt für die von ihr ohne Rechtsgrund genutzten Vermögenswerte des Klägers zu

leisten.

Gesetzliche Zinsen gemäß § 1000 ABGB verjähren nach § 1480 ABGB binnen drei Jahren. Der Aufzählung gemäß § 1480 ABGB unterliegen auch die Bereicherungszinsen aus dem gemäß § 1431 ABGB rückzuerstattenden Kapital (*Dehn* in KBB³ § 1480 Rz 3). Daraus erhellt sich, dass für die Annahme des Klägers, nämlich dass im Falle einer Vertragsauflösung ex tunc Zinsen ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gebühren, keine gesetzliche Grundlage besteht. Da die Klage am 3.4.2014 - eine notorisch bekannte und folglich nicht beweisbedürftige Tatsache - eingebracht wurde, stehen dem Kläger lediglich die von diesem Zeitpunkt an drei Jahre zurückliegenden Zinsen zu. Ein darüber hinausgehendes Zinsenbegehren, welches aus dem Zeitraum vom Vertragsabschluss bis zum 2.4.2011 resultiert, kann aufgrund der bereits eingetretenen Verjährung nicht zuerkannt werden. Der Vollständigkeit wegen wird noch darauf verwiesen, dass es keiner weiteren Feststellungen dazu bedurfte, wann der Kläger die Beträge an die Beklagte überwies, da dies für die rechtliche Beurteilung der dreijährigen Verjährungsfrist nicht relevant ist und überdies kein entsprechendes Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren erstattet wurde.

Die Kostenentscheidung des Erstgerichtes bedarf keiner Abänderung, da der Kläger lediglich mit einem geringen Teil seines Begehrens unterlag und dementsprechend § 43 Abs 2 ZPO zur Anwendung gelangt.

Der Kläger dringt im Berufungsverfahren mit seinem

Begehren, die Kompensandoforderung als nicht zu Recht bestehend festzustellen, nicht durch. Lediglich diesem maß er ein Berufungsinteresse bei. Da seinem Interesse betreffend den Zug-um-Zum-Ausspruch kein Wert beigemessen wurde, findet das diesbezügliche Obsiegen keinen Niederschlag in der Kostenentscheidung, weswegen der Beklagten gemäß § 41 ZPO auf Grundlage von EUR 670,83 die Kosten für die Berufungsbeantwortung zuzuerkennen sind.

Die Beklagte ihrerseits gewinnt lediglich im Umfang des von ihr bekämpften Zinsenbegehrens. Dazu wurde vom Berufungsgericht schon des öfteren ausgesprochen, dass, weil klagsweise geltend gemachte Nebenforderungen im Sinne des § 56 Abs 2 JN dem Streitgegenstand nicht hinzuzurechnen sind, ein - teilweises oder gar gänzlich - Unterliegen in diesem Punkt für den Kostenersatzanspruch des in der Hauptsache voll obsiegenden Klägers grundsätzlich unschädlich ist. Folgerichtig wäre in einem solchen Fall sogar richtigerweise eine auf § 41 Abs 1 ZPO gegründete Kostenentscheidung zu treffen (HG Wien 1 R 29/06w mwN). Dennoch findet sich in einem Teil der Lehre und auch selbst in höchstgerichtlichen Entscheidungen die Meinung, dass diesfalls eine auf § 43 Abs 2 ZPO gegründete Kostenentscheidung zu treffen wäre. Nun kann aber eine nähere Befassung damit auf sich beruhen, weil im vorliegenden Fall dem Kläger jedenfalls die vollen Kosten seiner Berufungsbeantwortung zuzusprechen sind.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision beruht auf den §§ 500 Abs 2 Z 3, 502 Abs 3 ZPO, zumal die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage

des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Weder mangelt es an oberstgerichtlicher Rechtsprechung, noch weicht die Berufungsentscheidung von dieser ab.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abteilung 1, am 30. November 2015

Dr. Heinz-Peter SCHINZEL
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG