



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Landesgericht für ZRS Wien

## Im Namen der Republik

Das Landesgericht für ZRS Wien erkennt als Berufungsgericht durch die Präsidentin Dr. Perschinka als Vorsitzende sowie Mag. Eder und Mag. Ofner in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Verein Österreichische Lebensbewegung - Kinderbetreuung**, 1030 Wien, Rasumofskygasse 1/8, vertreten durch Mag. Gernot Steier, Rechtsanwalt in Neulengbach als Abwickler, wegen € 200,-- s.A., über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 25.6.2018, 52 C 406/18v-18, gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Handen der Klagevertreterin die mit € 730,97 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten € 121,83 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 :**

■■■■■ ■■■■ trat ihre Ansprüche gegen die Beklagte an die Klägerin ab. ■■■■■ ■■■■ schloss am ■■■■ 2015

für ihre eineinhalbjährige Tochter mit der Beklagten einen Betreuungsvertrag und eine Vereinbarung gemäß Elterninformation vom Oktober 2015. In dieser Elterninformation befindet sich unter der Überschrift "Beiträge" folgender Unterpunkt: "Kautions für Einsteiger: Einmalig € 200,-- wird bei Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist und der Anwesenheit des Kindes während dieser Frist zurückbezahlt". ■■■■■ ■■■■ erlegte die Kautions in Höhe von € 200,--, nachdem ihr von einer Mitarbeiterin des Kindergartens mitgeteilt worden war, dass die Kautions nur dann einbehalten werden würde, sollte das Kind einen Schaden im Kindergarten verursachen. Da sich die Tochter in der Kindergartengruppe nicht integrieren konnte und im Zeitraum September 2015 bis Mitte Februar 2016 insgesamt 40 Tage krank war, wurde der Betreuungsvertrag am 29.2.2016 einvernehmlich aufgelöst. Ab Februar 2016 besuchte die Tochter nicht mehr den Kindergarten. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Beklagten durch den Nichtbesuch des Kindergartens durch die Tochter ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns oder durch Nichtzahlung der Förderung der Gemeinde Wien für Februar und März 2016 entstand.

Mit dem angefochtenen Urteil stellte das Erstgericht die Klagsforderung mit € 200,-- als zu Recht bestehend (Punkt 1.) und die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend fest (Punkt 2.) und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von € 200,-- samt Zinsen und zum Ersatz der mit € 1.887,64 bestimmten Prozesskosten (Punkt 3). Ausgehend von dem auf Seiten 3 bis 4 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen, auf die verwiesen wird und deren wesentlicher Inhalt oben wiedergegeben wurde, folgerte das Erstgericht rechtlich, dass die Klausel über

die Kautionspflicht eine vertraglich vereinbarte Nebenleistungspflicht sei, welche die Mutter als Verbraucherin gröblich benachteilige. Die Beklagte könne die Rückzahlung der Kautionspflicht dadurch verhindern, dass sie eine einvernehmliche Vertragsauflösung anstrebe. Die Klausel sei sittenwidrig und relativ nichtig im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung und unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Beweisrüge zulässig ist, weil nach § 501 Abs 2 ZPO für den hier gegebenen Fall des § 502 Abs 5 Z 3 ZPO die Streitwertgrenze von € 2.700,-- nicht gilt.

Im Rahmen der Beweisrüge bekämpft der Berufungswerber die Feststellung, dass [REDACTED] [REDACTED] die Kautionspflicht in Höhe von € 200,-- erlegte, nachdem ihr von einer Mitarbeiterin des Kindergartens mitgeteilt worden sei, dass die Kautionspflicht nur dann einbehalten werden würde, wenn das Kind einen Schaden im Kindergarten verursache. Begehrt werde die Feststellung, dass [REDACTED] [REDACTED] die Kautionspflicht in Höhe von € 200,-- am 28.8.2015 erlegte, am 31.8.2015 den Elternvertrag und am 30.8.2015 die Elterninformation unterfertigte. Weder für die zeitliche Abfolge "nachdem" noch die Einschränkung "nur dann" gebe es Beweisergebnisse.

Das Erstgericht gründete diese Feststellung auf die

glaubwürdigen Angaben der Zeugin [REDACTED] Diese sagte aus, dass sie die € 200,-- erlegte, als sie den Elternvertrag im Sommer unterschrieb, dazu sagte ihr eine Mitarbeiterin des Kindergartens mit Vornamen [REDACTED] dass das eine Kautions ist, wenn das Kind etwas kaputt macht, weil es einen Vorfall gegeben hat, bei dem ein Kind eine Scheibe zerschlagen hat. Es wurde ihr auch von dieser [REDACTED] gesagt, wenn das Kind nicht mehr im Kindergarten ist und es ist alles in Ordnung, dass sie dann das Geld zurückbekomme. Die Zeugin [REDACTED] [REDACTED] die die Leiterin der Kindergruppe war, sagte aus, dass sie sich nicht erinnern kann, dass sie mit Frau [REDACTED] über die Kautions sprach. Es bestehen daher keine Bedenken, dass das Erstgericht der Aussage der Zeugin [REDACTED] folgte. Da der Zeugin als Grund für den Einbehalt der Kautions genannt wurde, wenn das Kind etwas kaputt macht, ohne dass weitere Gründe genannt wurden, bestehen keine Bedenken, dass das Erstgericht nur einen einzigen Grund für den Einbehalt der Kautions feststellte, nämlich die Verursachung eines Schadens im Kindergarten. Die bekämpfte zeitliche Abfolge (Gespräch und danach Zahlung) ergibt sich nicht nur aus der Aussage der Zeugin [REDACTED] ("Dazu sagte mir eine Mitarbeiterin ..."), sondern auch aus der Lebenserfahrung. Es ist nachvollziehbar und üblich, dass man vor (und nicht nach) Zahlung darüber spricht, für eine (bedingungslose) Vorauszahlung gibt es keine überzeugenden Anhaltspunkte.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die Feststellungen des Erstgerichtes aufgrund einer unbedenklichen Beweiswürdigung und legt sie seiner Entscheidung zugrunde.

Im Rahmen der Rechtsrüge vertritt der Berufungswerber die Ansicht, dass ein Missverhältnis oder Ungleich-

gewicht nicht bestanden habe, weil es die Klägerin (gemeint Zeugin [REDACTED] in der Hand habe, die Kautio durch ordentliche Kündigung jedes Mal wieder zurückzubekommen und es die Beklagte nicht in der Hand habe, einseitig den Verfall der Kautio zu erwirken. Der Ausschluss eines ordentlichen Kündigungsrechtes über die Dauer eines Jahres sei gegenüber einem Verbraucher wirksam, weshalb der Ausschluss der Rückzahlung einer Kautio, die einen wesentlich geringeren Nachteil für den Verbraucher bilde, im Fall einer einvernehmlichen und damit auch sofortigen Vertragsauflösung in keiner Weise gröblich benachteiligend sei. Das ordentliche Kündigungsrecht stelle sicher, dass durch die Einhaltung eines Kündigungstermins und einer Frist die Beklagte ihre Fördermittel normal abrechnen könne.

Während im abstrakten Kontrollverfahren infolge einer Verbandsklage nach § 28 KSchG die Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln nur generalisierend erfolgen kann und für eine individual vertragskonforme Auslegung in diesem Verfahren kein Raum ist, gelten bei der Beurteilung im Rahmen eines "Individualprozesses" andere Grundsätze für die Auslegung (RIS-Justiz RS0126157, RS0121726). Es ist daher nicht der Wortlaut der Klausel maßgebend, sondern der Inhalt der konkreten Vereinbarung zwischen der Zeugin [REDACTED] und der Beklagten.

Die Leiterin der Kindergruppe der Beklagten, welche als Machthaberin der Beklagten zu qualifizieren ist, sagte der Zeugin [REDACTED] zu, dass die Kautio nur einbehalten wird, wenn das Kind Schäden verursacht. Da die Zeugin [REDACTED] die Kautio erlegte, wurde diese mündliche Zusage, welche der schriftlichen Vertragsklausel vorgeht (RIS-Justiz RS0008815, RS0062243), nach § 864 Abs 1 ABGB Ver-

tragsinhalt. Die Leiterin der Kindergruppe wäre im Rahmen des Gespräches verpflichtet gewesen, die Zeugin ■■■■ darauf hinzuweisen, dass die Kaution auch aus anderen Gründen einbehalten werden kann (vgl RIS-Justiz RS0014811). Da die Bedingung für den Einbehalt der Kaution, nämlich Verursachung eines Schadens, nicht eingetreten ist, ist die Beklagte zur Rückzahlung der Kaution verpflichtet.

Soweit der Berufungswerber erstmals in der Berufung vorbringt, dass die Abtretung an die Klägerin schenkungsweise und nicht zur Geltendmachung im Sinn des § 502 Abs 5 Z 3 ZPO erfolgt sei, verstößt dieses Vorbringen gegen das Neuerungsverbot, weshalb nicht darauf einzugehen ist. Soweit der Berufungswerber rügt, dass nicht festgestellt worden sei, dass die Elterninformation, Beilage ./C, am 30.10.2015 unterschrieben worden sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass er im Verfahren erster Instanz kein Vorbringen zeitlicher Abfolge erstattete.

Der unberechtigten Berufung ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 und 50 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision gründet sich auf § 502 Abs 1 ZPO, weil eine erhebliche Rechtsfrage nicht zu lösen war und der Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

Landesgericht für ZRS Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 64, am 3. Oktober 2018

Dr. P e r s c h i n k a

elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG