



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht Linz hat durch die RichterInnen Mag. Katharina Lehmayr als Vorsitzende sowie Mag. Hans-Jörg Reichl und Mag. Carina Habringer in der Rechtssache der Klägerin **K L**, , vertreten durch Mag. Eric Breiteneder, Rechtsanwalt, Walfischgasse 5, 1010 Wien, wider die beklagte Partei **Lyoness Europe AG**, Bahnhofstraße 7, CH-9470 Buchs, vertreten durch Reif und Partner Rechtsanwälte OG in 8020 Graz, wegen (eingeschränkt auf) Nebenforderungen, über die Berufung der beklagten Partei und den Kostenrekurs der Klägerin gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Traun vom 19. September 2014, 18 C 529/13d-26, in nichtöffentlicher Sitzung

### I. zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin zu Händen des Klagevertreters die Kosten der Berufungsbeantwortung in Höhe von EUR 139,25 (darin enthalten 20% USt in Höhe von EUR 23,21) binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Die Revision ist jedenfalls unzulässig; und

### II. beschlossen:

Dem Kostenrekurs wird Folge gegeben und die Kostenentscheidung des Erstgerichts dahingehend abgeändert, dass sie zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin die mit EUR 1.314,53 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten 20% USt in Höhe von EUR 205,19 und EUR 285,00 Barauslagen) binnen 14 Tagen zu Händen des Klagevertreters zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin die mit EUR 151,34 (darin enthalten 20% USt in Höhe von EUR 25,22) bestimmten Kosten des Kostenrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu Händen des Klagevertreters zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Mit Klage vom 21. August 2013 begehrt die Klägerin von der beklagten Partei EUR 5.900,-- s.A. Die Klägerin brachte zusammengefasst vor, dass sie 2008 Zahlungen an die beklagte Partei in Höhe von insgesamt EUR 5.900,-- unter dem Titel „Gutscheinanzahlungen“, „Werbekampagne Österreich“ und „Premium Ranking Europe“ geleistet habe. Bis zur Klageeinbringung habe sie keine Gutscheine erhalten. Sie trete gemäß §§ 27 und 5e KSchG sowie § 5 KMG vom Vertrag zurück. Zudem seien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei unklar formuliert. Dies widerspreche den guten Sitten gemäß § 879 Abs 1 und 3 ABGB sowie § 6 Abs 3 KSchG. Es sei eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung durchzuführen. Erst nach Klageeinbringung habe die beklagte Partei einen Betrag von EUR 5.900,-- bezahlt.

Mit Schriftsatz vom 4. November 2013 schränkte die Klägerin das Klagebegehren auf EUR 1.178,24 s.A. ein.

Mit Schriftsatz vom 21. August 2014 schränkte die Klägerin das Klagebegehren (erkennbar) auf kapitalisierte Zinsen in Höhe von EUR 618,05 s.A. ein. Sie brachte dabei vor, dass die beklagte Partei den gesamten Kapitalbetrag beglichen habe.

Die beklagte Partei bestritt und beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung. Sie brachte zusammengefasst vor, dass mit der unpräjudiziellen Bezahlung von EUR 5.900,-- vom 31. Oktober 2013 und aufgrund von diversen Gutschriften die Klagsforderung zur Gänze beglichen sei. Auf das Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien sei weder das KSchG noch das KMG anwendbar. Die Klägerin sei keine Verbraucherin im Sinne des KSchG. Bei den Produkten der beklagten Partei handle es sich um keine Veranlagungen im Sinne des KMG. Insbesondere sei keine Risikogemeinschaft gegeben. Ein öffentliches Angebot liege ebenfalls nicht vor, weshalb die Prospektpflicht nicht verletzt sein könne. Zudem seien die in den AGB der Beklagten enthaltenen Klauseln weder unklar noch unverständlich. Überdies habe die Klägerin entgegen der Widmung zu Unrecht die Zahlung der beklagten Partei auf Zinsen angerechnet und würden Verzugszinsen in 3 Jahren verjähren.

Zudem erhob die beklagte Partei eine Gegenforderung in Höhe von EUR 519,11, welche sie für den Fall des zu Recht Bestehens des Klagebegehrens compensando einwendete.

Mit dem bekämpften Urteil erkannte das Erstgericht die eingeschränkte Klagsforderung als zu Recht bestehend und die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend.

Es legte seiner Entscheidung die auf den Seiten 2 bis 5 des Urteils (AS 172 bis AS 175) enthaltenen Feststellungen zugrunde, auf welche grundsätzlich verwiesen wird (§ 500a ZPO). Daraus ist für das Berufungsverfahren insbesondere und teils zusammengefasst wesentlich:

Die beklagte Partei hat ihren Sitz in der Schweiz. Sie richtet ihrer Tätigkeit (Betrieb einer Einkaufsgemeinschaft, öffentliche Kapitalaufnahme für deren Betrieb und Ausbau) insbesondere auf österreichische Konsumenten aus.

Die beklagte Partei hielt Veranstaltungen in Österreich ab, im Rahmen derer unter anderem die Klägerin die verfahrensgegenständlichen Investitionen tätigte. Das Geschäftsmodell der beklagten Partei funktioniert in der Form, dass sie mit rund 200 Partnerkonzernen und mehr als 20.000 Klein- und Mittelbetrieben kooperiert. Sie schließt mit diesen Unternehmen eine Kooperationsvereinbarung ab, auf deren Basis spezielle Konditionen in Form von Provisionen gewährt werden. Pro Einkauf bei diesen Unternehmen erhält jedes Mitglied nach Bezahlung bis zu 2% Sofortvergütung („Cash-Back“) auf sein Konto.

Das Mitglied erhält für jene Mitglieder, die es direkt angeworben hat, oder Mitglieder, die von diesen angeworben wurden, bis zu 0,5% dieser Einkaufssummen.

In der Einkaufsgemeinschaft gibt es neben den „normalen“ Kunden auch sogenannte „Businesskunden“. Dabei handelt es sich um eine Bezeichnung für besonders aktive Mitglieder, die entsprechend hohe Einkaufsvolumina produzieren. Die Verteilung der Vergütung läuft für alle Mitglieder nach dem gleichen System ab. Ein Mitglied der beklagten Partei wird entweder dann Businesskunde, wenn es innerhalb eines Jahres ein Einkaufsvolumen von mindestens EUR 20.000,-- generiert, oder wenn es statt dessen das Businesspaket erwirbt. Dabei handelt es sich um einen Gutschein. Dieser wird von Partnerunternehmen selbst ausgestellt, jedoch nur von der beklagten Partei an die Mitglieder ausgegeben. Die Gutscheine sind nicht in bar einlösbar. Eine Besonderheit ist, dass das Mitglied auch Anzahlungen auf seine konkrete Gutscheinbestellung leisten kann. Die Anzahlung beträgt dabei den Gegenwert des Mitgliedsvorteil, welcher dem Kunden beim Kauf des Partnerunternehmens zusteht. Die Gutscheine erhält der Kunde jedoch erst, sobald er den Restbetrag geleistet hat. Die Anzahlung und der offene Restbetrag sind an die beklagte Partei, nicht an das Partnerunternehmen zu leisten.

Sogenannte Businesskunden haben die Möglichkeit, an Werbekampagnen teilzunehmen. Dabei werden mit den Investitionen der Mitglieder Werbeeinschaltungen finanziert. Als Gegenleistung erhalten die Teilnehmer Neukunden, die während der Kampagne angeworben wurden, als direkt und indirekt angeworbene Mitglieder zugeteilt. Die Verteilung erfolgt dabei gleichmäßig, gereicht nach einem internen Punktesystem.

Als zusätzliches Produkt bietet die beklagte Partei das Paket „Premium Ranking Europe“ an. Damit erwirbt ein Mitglied das Recht, an zukünftigen Werbekampagnen in Europa bevorzugt teilnehmen zu können.

Die Klägerin ist als freiberufliche Psychologin tätig. Sie wurde von ihrem

Versicherungsvertreter gemeinsam mit ihrer Mutter, Frau Renate Ludwig, zu Werbeveranstaltungen der beklagten Partei ins Golfhotel Kremstal mitgenommen. Bei diesen Veranstaltungen stellten ihr in der Hierarchie der beklagten Partei höherstehende Personen das „System Lyonesse“ so vor, dass damit einfach Geld zu verdienen sei. In finanziellen Angelegenheiten vertraute die Klägerin ihrer Mutter, da diese noch nie ein Risiko eingegangen war. Die Klägerin ließ sich daher im Rahmen dieser Veranstaltungen der beklagten Partei als Neukundin ihrer Mutter anwerben und investierte am 13. Oktober 2008 EUR 2.000,-- in den Gutschein „Businesspaket“ der beklagten Partei, EUR 900,-- in die „Werbekampagne Österreich“ der beklagten Partei, EUR 1.000,-- in das Paket „Premium Ranking Europe“ der beklagten Partei und am 19. Dezember 2008 EUR 2.000,-- in den Gutschein „Europäische Matrix“ der beklagten Partei.

Die Formulare dafür wurden der Klägerin im Rahmen der Werbeveranstaltungen jeweils vorgelegt und von ihr unterschrieben. Die beklagte Partei stellte der Klägerin keine Gutscheine aus. Um den erworbenen Gutschein „Businesspaket“ für einen Einkauf nutzen zu können, hätte die Klägerin EUR 18.000,-- aufzahlen müssen.

Die Klägerin warb in weiterer Folge acht Personen aus ihrem Bekanntenkreis als einfache Lyonesse-Mitglieder erfolgreich an, damit diese ebenso am System der beklagten Partei partizipieren. Sie gab dabei jene Informationen an diese acht Personen weiter, die sie selbst im Rahmen der Werbeveranstaltungen erhalten hatte. Der Klägerin sind durch die Werbekampagnen einige Kunden zugeteilt worden. Es wurde ihr jedoch nicht die versprochene Anzahl an Neukunden zugeteilt. Die Klägerin baute keinerlei unternehmerische Organisation auf und schaffte sich keinerlei Betriebsmittel an. Sie tätigte rund ein halbes Jahr Einkäufe bei Partnerbetrieben wie Kika, Intersport und OMV-Tankstellen.

Durch eigene und der von ihr angeworbenen Neukunden getätigten Einkäufe erhielt die Klägerin am 22. Dezember 2008 EUR 88,--, am 19. April 2011 EUR 26,11, am 31. Mai 2011 EUR 28,--, am 15. November 2011 EUR 56,-- und am 10. Jänner 2012 EUR 312,-- von der beklagten Partei ausbezahlt.

Die Klägerin schloss sich am 14. Juni 2013 dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, 14 St 17/12m gegen den Direktor der beklagten Partei wegen § 168a StGB und § 15 KMG als Privatbeteiligte an.

Am 31. Oktober 2013 überwies die beklagte Partei der Klägerin EUR 5.900,-- mit der Widmung „Rückzahlung an bezahlter Bestellungen laut Privatbeteiligtenanschluss abzüglich erhaltener Mitgliedsvorteile“. Mit Schreiben des Klagevertreters vom 4. November 2013 widersprach die Klägerin der Widmung der beklagten Partei.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klägerin mangels erkennbaren organisierten und methodischen Vorgehens als Konsumentin zu qualifizieren sei. Das Anwerben von acht Personen aus ihrem Bekanntenkreis erfordere keine unternehmerische Struktur.

Die Klägerin sei zum Rücktritt gemäß § 27 KSchG berechtigt. Der Vertrag sei nicht beiderseits erfüllt worden. Voraussetzung dafür sei, dass sich der Verbraucher verpflichte, den Kaufpreis durch Zahlung von Teilbeträgen vor auszuzahlen und die Ware bloß durch Erklärung der Vertragsparteien bestimmbar oder der Preis nicht nach Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschließung festgelegt sei. Da die Klägerin erst bei vollständiger Bezahlung den Gutschein erhalten hätte, wäre erst zu diesem Zeitpunkt Ware und Preis bestimmt gewesen. Daher sei ein Rücktritt vom Vertrag mangels beiderseitiger Erfüllung möglich und auch mit Klagseinbringung erfolgt. Es habe eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht zu erfolgen.

Zudem sei die Klägerin berechtigt, nach § 5 KMG vom Vertrag zurückzutreten. Die Rückabwicklung von Vorauszahlungskäufen gemäß § 27 KSchG erfolge nach § 4 KSchG. § 5 KMG enthalte diesbezüglich keine Regelung, doch biete sich eine analoge Anwendung des § 4 KSchG an. Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 KSchG hat der Unternehmer nach Vertragsrücktritt die empfangenen Leistungen samt gesetzlicher Zinsen vom Empfangstag an zurück zu erstatten.

Zudem führte das Erstgericht aus, dass ein Zinsanspruch gemäß § 1480 ABGB innerhalb von drei Jahren verjähre. Aus dem Kapitalbegehren habe die Klägerin daher erst ab 21. August 2010 einen Zinsanspruch. Die beklagte Partei habe jedoch ab 22. Dezember 2008 kleinere Zahlungen in Höhe von EUR 519,11 geleistet. Diese Zahlungen seien ohne Widmung erfolgt. Deshalb würden gemäß § 1416 ABGB zuerst die Zinsen, dann das Kapital beglichen werden. Die Überweisung vom 31. Oktober 2013 über EUR 5.900,-- sei von der beklagten Partei ausdrücklich zu Zwecken des Kapitals gewidmet worden. Dieser Widmung habe jedoch die Klägerin umgehend widersprochen, weshalb wieder die Tilgungswirkung gemäß § 1416 ABGB zum Tragen komme.

Zur Kostenentscheidung führte das Erstgericht aus, dass das Verfahren in drei Verfahrensabschnitte zu gliedern sei. Im ersten Verfahrensabschnitt habe die Klägerin zur Gänze obsiegt, im zweiten Verfahrensabschnitt mit 50 % und im dritten Abschnitt habe sie wieder zur Gänze obsiegt. Die Einwendungen der beklagten Partei gegen die Kostennote der Klägerin seien teilweise berechtigt. So seien über die Kosten des Rekurses gegen den Unterbrechungsbeschluss (ON 13) bereits abgesprochen worden. Die Vertagungsbitte vom 15. Mai 2014 (ON 18) sei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen. Zudem seien die Einwendungen der beklagten Partei dahingehend berechtigt, dass die Schriftsätze mit Ausnahme des vorbereiteten Schriftsatzes vom 29. Oktober 2013 höchstens mit TP 2 zu honorieren seien. Die Klägerin habe mit ihrer Klageseinschränkung vom

4. November 2013 Zweckmäßigkeitvorschriften nicht missachtet.

Gegen dieses Urteil richtet sich I. die Berufung der beklagten Partei mit dem Antrag das bekämpfte Urteil dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen wird. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin erhob II. Kostenrekurs gegen den Kostenpunkt des Urteils mit dem Antrag, die angefochtene Kostenentscheidung dahingehend abzuändern, dass die beklagte Partei schuldig ist, der Klägerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die mit EUR 1.314,53 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 205,19 an USt und EUR 288,60 an Barauslagen) zu Händen des Klagevertreters zu ersetzen.

Die Klägerin erstattete eine Berufungsbeantwortung mit dem Antrag, der Berufung keine Folge zu geben.

Ebenso erstattete die beklagte Partei eine Kostenrekursbeantwortung mit dem Antrag, dem Kostenrekurs keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Der Kostenrekurs ist berechtigt.

#### I. Zur Berufung der beklagten Partei

1. Die beklagte Partei bekämpft das Urteil aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (hilfsweise wegen Nichtigkeit).

1.1. Die beklagte Partei führt in ihrer Berufung aus, dass mangels Risikogemeinschaft keine Veranlagung im Sinne des KMG vorliege. Zudem habe die Klägerin von der beklagten Partei kein Vermögensrecht erworben, weshalb die Klägerin nicht berechtigt sei, gemäß § 5 KMG vom Vertrag zurückzutreten.

1.1.1. Gemäß § 1 Abs 1 Z 3 KMG handelt es sich bei Veranlagungen um Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt.

1.1.2. Diese Vermögensrechte können Forderungsrechte, Mitgliedsrechte oder dingliche Rechte sein. Das Vorliegen eines Vermögensrechts setzt voraus, dass durch die Investition der Anleger Kapital gebildet werden soll, an dem die Anleger anteilmäßig partizipieren. Das Vermögensrecht richtet sich auf einen Teil des generierten Kapitals (*Kalss/Oppitz, Die Neuregelungen der KMG-Novelle 1994, ÖBA 1994, 358f*).

Gegenständlich liegt ein Vermögensrecht vor. Dieses Vermögensrecht besteht darin, dass durch die durchgeführte Werbekampagne neue Kunden angeworben werden sollen und die Klägerin einen Anspruch auf Zuweisung eines Teils des allenfalls gewonnenen neuen Kundenstocks hätte.

**1.1.3.** Eine Veranlagung im Sinne von § 1 Abs 1 Z 3 KMG liegt nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nur dann vor, wenn eine Investition auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko im Verhältnis zwischen mehreren Anlegern oder im Verhältnis zwischen den Anlegern und dem Emittenten erfolgt. Entscheidend ist daher das Vorliegen einer Risikogemeinschaft. Eine Risikogemeinschaft soll nicht vorliegen, wenn der Anleger gegen Entgelt ein bestimmtes Forderungsrecht erwirbt. Aus den in den Materialien aufgezählten Veranlagungsformen wird abgeleitet, dass dem Gesetzgeber ein von der Gemeinschaft zu erwartender Gewinn und kein Entgelt für die Hingabe eines Veranlagungskapitals „vorgeschwebt“ sei (4 Ob 184/11d; *Zib/Russ/Lorenz*, Kapitalmarktgesetz § 1 RZ 33).

In concreto ist es evident, dass die Anleger der beklagten Partei – wie die Klägerin – eine organisierte Risikogemeinschaft bilden. Dabei ist es unwesentlich, ob die Anleger eine wirtschaftliche oder rechtliche Risikogemeinschaft bilden, strebt doch das KMG einen umfassenden Schutz von Anlegern an. Es ist irrelevant, ob die Risikogemeinschaft ausschließlich in wirtschaftlicher Hinsicht besteht oder auch rechtlich, etwa in Form einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung (4 Ob 184/11d). Die Zuweisung von der durch die Kampagne angeworbenen Neukunden ist nicht als Entgelt für die Hingabe des Veranlagungskapitals zu verstehen. Dabei handelt es sich nämlich um den angestrebten „Gewinn“ der Anleger, partizipieren sie doch an den gewonnenen Neukunden.

Das Risiko der Anleger ist auch vergemeinschaftet. Der Umstand, dass die durch die Werbekampagne gewonnenen Neukunden in Form eines vorgegebenen Platzierungssystems an die Teilnehmer der Werbekampagnen zugewiesen werden, ändert nichts daran, dass die Anleger ein gemeinschaftliches Risiko tragen. Können nämlich durch eine Werbekampagne keine weiteren Neukunden geworben werden, verlieren sämtliche Anleger – völlig unabhängig von ihrer internen Platzierung – ihr investiertes Kapital. Schließlich sinkt die Chance, zusätzliche Lyoness Kunden anzuwerben, je mehr Mitglieder bereits dem „System Lyoness“ angehören. Auch deshalb liegt in concreto eine Risikogemeinschaft vor.

**1.1.4.** Somit hat das Erstgericht zutreffend dargelegt, dass eine Veranlagung im Sinne des § 1 Abs 1 Z 3 KMG vorliegt. Unstrittigerweise hat die beklagte Partei keinen Prospekt im Sinne des KMG aufgelegt, weshalb die Klägerin als Verbraucherin zum Vertragsrücktritt nach § 5 KMG berechtigt ist.

**1.2.** Die beklagte Partei releviert in ihrer Berufung zum Vertragsrücktritt der Klägerin gemäß



§ 27 KSchG Feststellungsmängel im Sinne von § 496 Abs 1 Z 3 ZPO. Aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung habe das Erstgericht nicht die Feststellung getroffen, dass die klagende Partei am 19. Dezember 2008 Gutscheine der Firma Intersport bestellt, hierfür EUR 2.000,-- bei der beklagten Partei bezahlt und am 13. Oktober 2008 Gutscheine der Firma Kika bestellt und hierfür EUR 2.000,-- bei der beklagten Partei bezahlt habe. Daraus ergäbe sich, dass sowohl Ware als auch Preis bestimmt seien und ein Rücktritt gem. „ 27 KschG nicht erfolgen könne.

**1.2.1.** § 496 Abs 1 Z 3 ZPO regelt die Vorgehensweise bei Vorliegen von Feststellungsmängel, die ihre Ursache in der unrichtigen rechtlichen Beurteilung haben, wenn das Erstgericht infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung erforderliche Feststellungen nicht getroffen hat. Diese Mängel sind in der Rechtsrüge geltend zu machen und müssen bei Vorliegen einer gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge auch amtswegig aufgegriffen werden (*Pimmer in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 496 ZPO Rz 51). Eine entsprechende erstinstanzliche Prozessbehauptung der beklagten Partei (RIS-Justiz RS0042444 [T6]) liegt vor (AS 164 [ON 25]).

**1.2.2.** § 27 KSchG räumt allgemein dem Käufer bei Vorauszahlungskäufen, bei denen der Käufer den Kaufpreis in Teilbeträgen voranzuzahlen hat, dann ein Rücktrittsrecht ein, wenn entweder die Ware bloß durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar oder der Preis nicht nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschließung festgelegt ist. Dieses Rücktrittsrecht besteht bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages. Das Rücktrittsrecht nach § 27 KSchG dient dazu, dem Konsumenten in einer spezifischen Vertragssituation allein schon wegen der mangelnden Bestimmtheit des Austauschverhältnisses und der Leistungen eine Auflösung des Vertrages zu ermöglichen. So sieht § 27 KSchG die Rücktrittsmöglichkeit sowohl für den Fall vor, dass die Ware nicht bestimmt ist (1. Fall) als auch, dass dies auf den Preis zutrifft (2. Fall) (7 Ob 23/00h = SZ 73/147).

Entscheidend ist also im Ergebnis, ob hier ein Vertrag geschlossen wurde, bei dem es den Vertragspartnern darum ging, ein konkretes Austauschverhältnis zwischen einer bestimmten Leistung und Gegenleistung festzulegen. Eine Voraussetzung für das Rücktrittsrecht nach § 27 KSchG besteht darin, dass die Parteien im Kaufvertrag entweder die Ware bloß durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar oder den Preis nicht nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschließung festgelegt haben. Bereits das Vorliegen einer dieser Geschäftsformen löst das Rücktrittsrecht aus (*Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> § 27 KSchG Rz 4).

**1.2.3.** Selbst wenn das Erstgericht die von der beklagten Partei begehrte Feststellung getroffen hätte, wäre für die beklagte Partei aus folgenden Gründen nichts gewonnen:



Wie die beklagte Partei selbst vorbrachte, ist ein wesentlicher Bestandteil ihres „Gutscheinsystems“, dass sich ihre Mitglieder wie die Klägerin – nach einmal geleisteter Anzahlung – den Restbetrag für den Gutschein aus den erhaltenen Vergütungen (teilweise) erwirtschaften (vergleiche vorbereitender Schriftsatz der beklagten Partei vom 28.10.2013, II.)B)2)c)iii) [AS 32; ON 6]). Zudem brachte die beklagte Partei vor, dass auf das zwischen den Streitparteien geschlossene Vertragsverhältnis die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Lyoness Mitglieder April 2012“ (AGB) und die „Zusätzlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Lyoness Mitglieder zur Nutzung der erweiterten Mitgliedervorteile“ (ZAGB) anzuwenden seien.

Nach Punkt 7.6. ihrer AGB ist die beklagte Partei berechtigt, mit einer Ankündigungsfrist von vier Wochen die für die einzelnen Partnerunternehmen gewährten Mitgliedsvorteile zu ändern, soweit sich die mit den Partnerunternehmen vereinbarten Konditionen ändern. Für die Berechnung der dem Mitglied zustehenden Mitgliedsvorteile sind jene Konditionen heranzuziehen, die gemäß Ziffer 15.2. der AGB zu dem Zeitpunkt gelten, in dem das Mitglied den Gutschein vollständig bezahlt.

**1.2.4.** Allein aus diesem Vorbringen der beklagten Partei selbst zeigt sich, dass der Preis der Gutscheine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht endgültig nach den zu diesem Zeitpunkt bestehenden Preisverhältnissen bestimmt war. Durch einseitige Erklärung der beklagten Partei können sich zwischen Vertragsschluss und endgültiger Erfüllung die Vergütungskonditionen der Mitglieder ändern, durch welche die Kunden der beklagten Partei die Restzahlungen der Gutscheine erwirtschaften sollten. Unstrittig ist, dass die Klägerin bloß eine Anzahlung für den Gutschein geleistet hat, sie noch zumindest eine weitere Zahlung hätte leisten müssen und der Vertrag nicht vollständig erfüllt wurde. Es ist daher unerheblich, ob die Klägerin schon ein bestimmtes Unternehmen, von welchem sie die Gutscheine beziehen wollte, ausgewählt hat. Wegen des nicht festgelegten Preises besteht daher auch der geltend gemachte Anspruch auf Vertragsrücktritt gemäß § 27 KSchG zu Recht.

**1.3.** Die beklagte Partei hat die Zahlung über EUR 5.900,-- vom 31.10.2013 an die Klägerin auf Kapital gewidmet. Die Klägerin hat dieser Widmung zuerst widersprochen (vgl. Schriftsatz vom 4.11.2013), weshalb grundsätzlich die Tilgungsreihenfolge gemäß § 1416 ABGB zur Anwendung kommt. Im Schriftsatz vom 21.8.2014 (ON 24) hat sich die Klägerin der Zahlungswidmung der beklagten Partei aber unterworfen und in weiterer Folge das Klagebegehren (erkennbar) auf kapitalisierte Zinsen und den davon ab 21.08.2014 entstanden (Zinseszins)zinsen in Höhe von 4% eingeschränkt. Die Höhe der geltend gemachten kapitalisierten Zinsen hat die beklagte Partei nicht substantiiert bestritten. Die Klägerin hat zur Darlegung der Höhe ihres – auf kapitalisierte Zinsen – eingeschränkten Klagebegehrens eine Urkunde (Beilage ./U) vorgelegt. Die klagende Partei hat auch die Richtigkeit der in dieser

Urkunde erfolgten Berechnung nicht substantiiert bestritten (ON 24 S 2).

**1.3.1** Die Compensandoforderung besteht schon deshalb nicht zu Recht, da sich die Klägerin ohnedies die von der beklagten Partei während aufrechten Vertrags erhaltenen EUR 510,11 auf die Klagsforderung anrechnen ließ. Nur auf diese Weise ist die mit den Zahlungen der beklagten Partei korrelierende Zinsstaffel (AS 150 [ON 24]) erklärbar. Dadurch hat sich die Klägerin die geltend gemachte Gegenforderung auf ihren Anspruch anrechnen lassen und ihre Forderung auch um diesen Betrag eingeschränkt. Aus diesem Grund hat das Erstgericht zutreffend ausgesprochen, dass die Gegenforderung nicht zu Recht besteht. Hätte das Erstgericht ausgesprochen, dass die Gegenforderung zu Recht besteht, wäre der beklagte Partei dieser Betrag zweimal gutgeschrieben worden.

**1.3.2.** In § 1478 ABGB ist der Grundsatz des Verjährungsrechts festgeschrieben, dass nur schon ausübbar Rechte auch verjähren können (RIS-Justiz RS0034711). Der Zinsanspruch der Klägerin entstand erst mit ihrem Rücktritt vom Vertrag mit der beklagten Partei. Festgestelltermaßen trat die Klägerin mit Klagserhebung vom Vertrag zurück. Erst mit diesem Zeitpunkt konnte sie das Zinsbegehren erstmals ausüben, weshalb die Zinsen auf das Kapital für den Zeitraum vor 20.08.2010 nicht verjährt sind. Der Klägerin stehen daher auch diese geltend gemachten Zinsen zu. Da der Zinsanspruch erst mit Vertragsrücktritt entstand, können auch die von der beklagten Partei während des aufrechten Vertragsverhältnisses geleisteten Zahlungen nur auf das Kapital, nicht aber Zinsen angerechnet werden.

**1.3.3.** Die Klägerin hat aus den kapitalisierten Zinsen erst ab 21.08.2014 4 % Zinsen, also Zinseszinsen geltend gemacht. Grundsätzlich können gemäß § 1000 Abs 2 ABGB Zinseszinsen nur nach Vereinbarung geltend gemacht werden. Ohne Vereinbarung können Zinseszinsen jedoch gemäß § 1000 Abs 2 Satz 2 ABGB jedenfalls ab dem Tag der Streitanhängigkeit verlangt werden (*Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1000 Rz 4). Die Geltendmachung der Zinseszinsen erfolgte erst nach der vorbereitenden Tagsatzung, somit jedenfalls nach Streitanhängigkeit. Die Klägerin hat daher auch einen Anspruch auf die geltend gemachten Zinseszinsen.

Richtig ist, dass das Erstgericht entgegen der Klagseinschränkung auf Zinsen einen Kapitalbetrag zugesprochen hat. Daraus ist aber für die beklagte Partei nichts gewonnen, da die Klägerin – aus oben dargelegten Gründen - einen restlichen Anspruch von EUR 618,05 an kapitalisierten Zinsen und (Zinses)zinsen seit 21.08.2014 in Höhe von 4% aus diesem Betrag hat. Es hat daher am vom Erstgericht ausgesprochenen Zuspruch von EUR 618,05 zu bleiben, selbst wenn es sich dabei nicht um Kapital, sondern um (kapitalisierten) Zinsen samt 4% (Zinses)zinsen seit 21.8.2014 handelt.

Worin die von der beklagten Partei „hilfsweise geltend gemachte Nichtigkeit nach § 477 Abs 1

Z 9 ZPO“ liegen soll, lässt das Rechtsmittel offen. Da das Berufungsgericht die Frage der Fälligkeiten, der Widmung und des Zinsenlaufs rechtlich anders beurteilte als das Erstgericht bedarf es auch nicht der von der beklagten Partei relevierten Ersatzfeststellungen im Sinne des § 496 Abs 1 Z 3 ZPO.

Der Berufung konnte damit kein Erfolg zukommen.

4. Die Revision ist jedenfalls unzulässig (§ 502 Abs 2 ZPO).

5. Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO. Da durch die Verfahrenseinschränkung der Klägerin vom 21.8.2014 nur mehr Zinsen geltend gemacht werden, beträgt der Streitwert des Berufungsverfahrens gemäß § 12 RATG EUR 150,-- und steht der Klägerin für ihre Berufungsbeantwortung nur eine Honorierung auf Basis dieser Bemessungsgrundlage zu. Zudem waren die in der Berufungsbeantwortung verzeichneten Kosten der klagenden Partei zu kürzen, zumal gemäß § 23 Abs 10 RATG in Berufungsverfahren, in denen wie hier § 501 Abs 1 ZPO anzuwenden ist, nur der einfache – nicht aber der dreifache – Einheitssatz verrechnet werden kann.

## II. Zum Kostenrekurs der Klägerin

Die Klägerin releviert in ihrem Kostenrekurs, dass das Erstgericht ihre Schriftsätze vom 29.10.2013 und 21.8.2014 zu Unrecht nicht honoriert hätte.

1.1. Betreffend den Schriftsatz vom 29.10.2014 führt selbst die beklagte Partei in der Kostenrekursbeantwortung aus, dass der Klägerin dafür die Honorierung gebührt. Das Erstgericht hat bei der Abfassung der Kostenentscheidung offensichtlich nur übersehen, der Klägerin die Kosten für diesen Schriftsatz zuzusprechen.

1.2. Ebenso hat die Klägerin einen Anspruch auf Zuspruch der Kosten für den Schriftsatz vom 21.8.2014. Die in § 257 ZPO genannten zeitlichen Zulässigkeitschranken für Schriftsätze gelten nur für vorbereitende Schriftsätze, nicht aber für so genannte bestimmende Schriftsätze, mit denen prozesserhebliche Sachanträge gestellt werden, die die Grenzen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis festlegen. Dies hat vor allem bei Klagsänderungen Bedeutung. Eine Klagsänderung mittels Schriftsatzes ist auch nach Streitanhängigkeit zulässig (*Kodek in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 257 ZPO Rz 24). Da die Klägerin mit dem als „Replik“ bezeichneten Schriftsatz die Klage einschränkte, liegt ein – zulässiger – bestimmender Schriftsatz vor. Die von der Klägerin beehrte Honorierung nach TP 2 ist zuzuerkennen.

2. Die beklagte Partei führt zwar grundsätzlich zutreffend aus, dass die Klägerin die Kosten für den Schriftsatz vom 29.10.2013 im Wege eines Berichtigungsantrages begehren hätte müssen. Da die Klägerin in ihrem Kostenrekurs nicht nur den Zuspruch der Kosten für

diesen Schriftsatz begehrte, sondern auch die Kosten des bestimmenden Schriftsatzes vom 21.8.2014, war sie insgesamt verhalten, zur Durchsetzung ihrer Kostenersatzansprüche den Kostenrekurs zu erheben.

Der Kostenrekurs ist daher berechtigt. Es bleibt nur festzuhalten, dass es sich beim ERV-Zuschlag um keine USt-pflichtigen Barauslagen, sondern um eine Erhöhung der Entlohnung handelt, weshalb es bei den zugesprochenen Barauslagen von EUR 285,-- zu bleiben hat.

3. Der Kostenanspruch für das Kostenrekursverfahren gründet auf §§ 41, 50 ZPO.
4. Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig (§ 528 Abs 2 Z 3 ZPO).

---

**Landesgericht Linz, Abteilung 35**  
**Linz, 16. Mai 2015**  
**Mag. Katharina Lehmayr, Richterin**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG