



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch Senatspräsident Dr. Ewald Greslehner als Vorsitzenden sowie die Richterin Dr. Sabine Plöckinger und den Richter Mag. Bernhard Telfser in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Hartlauer Handelsgesellschaft m.b.H.**, Stadtplatz 13, 4400 Steyr, vertreten durch Prof. Haslinger & Partner, Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,00) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Steyr vom 16. März 2020, 2 Cg 3/20i-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die Kosten der Berufungsbeantwortung von EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die **klagende Partei** begehrt, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel: „Garantie-Antrag: Wenn sich herausstellen sollte, dass es sich nicht um einen kostenfreien Garantiefall oder um einen Fall der Gewährleistung handelt, werden die gesamten Kosten (auch für den Kostenvoranschlag) vom Kunden übernommen.“ oder sinngleicher Klauseln zu verwenden und sich darauf zu berufen.

Weiters begehrt sie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der beklagten Partei in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils der Kronen Zeitung bundesweit. Die inkriminierte Klausel verstoße gegen §§ 5, 5a Abs 1 Z 3, 6 Abs 1 Z 10, Abs 3 sowie 9 KSchG iVm § 922 ABGB und sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die beklagte Partei verwende die Klausel laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern und habe die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG trotz Aufforderung verweigert, weshalb Wiederholungsgefahr indiziert sei.

Die **beklagte Partei** beantragt die Klage abzuweisen. Die Klausel sei weder gesetzwidrig noch gröblich benachteiligend. Sie entspreche vielmehr der besonderen Hinweispflicht des § 5 KSchG, wonach auf die Kostenpflicht bei Einholung eines Kostenvoranschlages im Falle des Nichtvorliegens von Garantie oder Gewährleistung hinzuweisen sei. Nach § 5a Abs 1 Z 3 KSchG sei auf die Art der Preisberechnung und allenfalls zusätzlich anfallende Kosten hinzuweisen. Die Klausel könne nicht dahin ausgelegt werden, dass der Kunde seine Gewährleistungsrechte nicht mehr geltend machen könne. Die Abgabe einer Unterlassungserklärung sei nicht verweigert worden. Die beklagte Partei sei stets um eine Lösung bemüht gewesen, habe jedoch erfolglos versucht, eine Umformulierung der Klausel im Einvernehmen mit der klagenden Partei durchzuführen.

Das Erstgericht verurteilte die beklagte Partei im Sinne des Klagebegehrens.

Die **Urteilsfeststellungen** sind unbekämpft geblieben und werden gemäß § 500a ZPO hier nicht wiederholt.

In seiner **rechtlichen Beurteilung** legte das Erstgericht dar, dass die inkriminierte Klausel intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG sei, weil sie für den Verbraucher in Wirklichkeit eine Verpflichtung zum Schadenersatz vorsehe, ohne dass darauf hingewiesen werde, dass eine solche Verpflichtung nur bei Verschulden des Verbrauchers bestehen könne. Bei kundenfeindlichster Auslegung verstoße die gegenständliche Klausel zudem gegen § 9 KSchG. Die beklagte Partei habe die Kosten für Klärungsmaßnahmen im Rahmen der Gewährleistung zu tragen. Die normierte Zahlungspflicht des Verbrauchers für den Fall, dass sich die Mängelrüge als unbegründet erweise, führe zu einem erhöhten Risiko der Ausübung von Gewährleistungsbefehlen. Im Zeitpunkt der Mängelrüge sei für den Verbraucher ungewiss, ob ein Gewährleistungsfall vorliege. Allein der Umstand, dass die beklagte Partei selbst beurteile, ob die von ihr erbrachte Leistung mangelhaft sei, stelle eine Benachteiligung des Verbrauchers dar. Der Unternehmer habe die Kosten, die mit der Prüfung verbunden seien, ob ein Gewährleistungs- oder Garantiefall vorläge, jedenfalls selbst zu tragen und könne diese nicht mittels der inkriminierten Klausel auf Verbraucher überwälzen. Diese unbegründete Kostenüberwälzung auf den Verbraucher sei nach § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend. Die Klausel verstoße zudem gegen § 5 Abs 1 KSchG, weil sie mangels Konkretisierung des Entgelts zu einer für

den Verbraucher der Höhe nach nicht abschätzbaren Kostenbelastung führe. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG bestehe zu Recht, weil die beklagte Partei die unzulässige Klausel bereits im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern verwendet habe, wodurch bereits aus diesem Umstand Wiederholungsgefahr bestehe. Die beklagte Partei habe trotz Aufforderung durch die klagende Partei keine dem § 28 Abs 2 KSchG entsprechende Unterlassungserklärung abgegeben. Angesichts der Tatsache, dass die beklagte Partei ihre Geschäftstätigkeit in ganz Österreich entfalte und den beteiligten Verkehrskreisen die Möglichkeit zu geben sei, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen, sei die Urteilsveröffentlichung im begehrten Ausmaß angemessen.

Die **beklagte Partei** bekämpft dieses Urteil mit **Berufung** aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, die Klage abzuweisen.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Berufungsbeantwortung die Bestätigung des Ersturteils.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden war, ist nicht berechtigt.

Die Berufungsargumentation zielt darauf ab, dass das Entgelt für den Kostenvoranschlag nicht als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren sei. Vielmehr stelle der Vertrag zur Erstellung eines Kostenvoranschlages einen eigenen Werkvertrag dar, der – sofern mit ihm ein Aufwand verbunden sei – stets entgeltlich sei. Nur bei fehlendem oder ungenügendem Hinweis (§ 5 KSchG) auf eine Zahlungspflicht des Verbrauchers liege ein unentgeltlicher Vertrag vor. Enthalte der Hinweis keine Konkretisierung des Entgelts, gebühre dem Unternehmer ein angemessenes Entgelt (§ 1152 ABGB). Die inkriminierte Klausel informiere den Verbraucher klar und verständlich über die in dieser Vertragsart typische Kostentragungspflicht für den Kostenvoranschlag (§ 5 KSchG) für den Fall, dass die Überprüfung von Mängeln durch den Verbraucher beauftragt werde und keine Gewährleistung oder Garantie vorliege. Die inkriminierte Klausel verstoße nicht gegen § 9 KSchG. Im Zeitpunkt der Mängelrüge sei sowohl für den Verbraucher als auch für den Unternehmer ungewiss, ob ein Gewährleistungsfall vorliege. Die Überprüfung der Frage, ob ein Gewährleistungsfall vorliege (seitens des vom Unternehmer beigezogenen externen Fachmanns) sei nicht abschließend. Es könne noch eine weitere Überprüfung in einem Zivilprozess erfolgen. Die Klausel führe zu keiner Verschlechterung der gesetzlichen Rechtsposition bei Inanspruchnahme der Gewährleistungsrechte. Eine Verpflichtung des Unternehmers, selbst oder durch einen Fachmann eine Mängelüberprüfung im Rahmen eines behaupteten Gewährleistungs- oder Garantieanspruchs durchzuführen, bestehe nicht. Die inkriminierte Klausel regle Sachverhalte angemessen, wenn ein Kunde die beklagte Partei über die Verwendung elektronischer Geräte unrichtig informiere. Eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB liege somit nicht vor. Eine Konkretisierung des Entgelts für den Kostenvoranschlag sei nicht notwendig, weil

der Verbraucher nach § 1152 ABGB ohnedies ein angemessenes Entgelt zu entrichten habe. Die Entscheidung 7 Ob 201/05t könne hier nicht herangezogen werden, liege ihr doch ein anderer Ausgangssachverhalt zugrunde und sei dort zudem dem Kunden die Kostenersatzpflicht auch für den Fall vorgeschrieben, wenn die Reparatur aus Gründen unterbleibe, die der Unternehmer zu vertreten habe. Die inkriminierte Klausel würde weder doppelt Kosten für die Inspektion und die Erstellung des Kostenvoranschlages vorsehen, noch habe der Kunde in jedem Fall eine Kostenersatzpflicht. Es handle sich hier lediglich um die Kosten für den Kostenvoranschlag, welcher die Kosten für die Inspektion bereits beinhalte und bei Hinweis nach § 5 KSchG auch ohne Konkretisierung des Entgelts angemessen zu entlohnen sei.

Die Argumentation der beklagten Partei vermag aus folgenden rechtlichen Erwägungen nicht zu überzeugen:

Bei der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (7 Ob 78/06f; RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Verstößt eine Vertragsbestimmung gegen die Vorschrift des § 864a ABGB, gilt der Vertrag ohne sie. Auf ihren Inhalt kommt es nicht an. 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 „Überrumpfungseffekt“ innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Neben dem Inhalt ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstexts maßgebend (4 Ob 5/08a; 8 Ob93/08x; 6 Ob 241/07w je mwN; RIS-Justiz RS0014659). Sie 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 (6 Ob 57/08p; 4 Ob 5/08a mwN). Erfasst sind alle dem Kunden nachteilige Klauseln. Eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234).

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Durch diese Bestimmung wurde - wie in einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein objektives Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen

benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 78/06f mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht ist unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

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 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis der für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (7 Ob 173/10g; 1 Ob 131/09k; vgl auch zu: klares Bild über die vertragliche Position verschaffen: RIS-Justiz RS0115217 [T8]; RS0115219 [T9]; zu: Gebot der Vollständigkeit: RIS-Justiz RS0115217 [T12] = RS0115219 [T12]; zu: verlässliche Auskunft über Rechtsposition: RIS-Justiz RS0115217 [T14]). Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess auch deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (*Kozioł*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess in RdW 2011/70, 67; vgl auch *P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ [§ 6 Abs 3 KSchG] in JBI 2011, 141).

Der Entscheidung 7 Ob 84/12x lag unter anderem folgende vergleichbare Vertragsklausel zugrunde:

„Klausel 9:

7.6. Werden wir aufgrund einer von Ihnen gemeldeten Störung tätig und stellt sich heraus, dass gar keine Störung vorliegt oder eine vorliegende Störung von Ihnen zu vertreten ist, dann sind wir berechtigt, den uns entstehenden Aufwand zu berechnen.“

Das Höchstgericht hat diese Klausel gemäß § 6 Abs 3 KSchG als intransparent gewertet, weil sich der Verbraucher kein klares Bild von seiner Vertragsposition machen kann, wird er doch zum Ersatz des „entstandenen“ Aufwands verpflichtet, ohne dass eine Einschränkung auf die notwendigen und zweckentsprechenden Kosten gemacht wird. Weiters wird dadurch eine Verpflichtung des Verbrauchers zum Schadenersatzanspruch vorgesehen, ohne dass darauf hingewiesen wird, dass diese nur bei Verschulden des Verbrauchers bestehen kann. Eine Klausel, nach der der Unternehmer auch den Ersatz unnötig aufgewendeter Kosten verlangen kann, ist zudem gemäß § 879 Abs 3 ABGB unzulässig (RIS-Justiz RS0118221).

Bereits das Erstgericht hat in seiner rechtlichen Beurteilung auf die zitierte höchstgerichtliche Entscheidung verwiesen (US 5). Ausführungen dazu, warum diese hier nicht zum Tragen kommen sollte, bleibt die beklagte Partei in ihrer Berufungsargumentation schuldig. Ebenso wie in der zitierten Entscheidung ist auch die konkret inkriminierte Klausel als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG zu qualifizieren, ist doch für den Verbraucher nicht erkennbar, was unter den „gesamten Kosten (*auch* für den Kostenvoranachlag)“ zu verstehen ist und welches Kostenrisiko dadurch für ihn entsteht. Zumal die konkrete Klausel zudem eine Einschränkung der Kostenüberwälzung auf den Verbraucher im Falle seines Verschuldens vermissen lässt, ist diese nach § 879 ABGB unzulässig. Ferner ist aufgrund der zitierten höchstgerichtlichen Entscheidung der Argumentation der beklagten Partei, der Auftrag des Verbrauchers zur Erstellung eines Kostenvoranschlags begründe einen eigenen Werkvertrag, der Boden entzogen, hat doch der OGH deutlich ausgesprochen, dass die Klausel als Schadenersatzanspruch zu werten sei.

In der Entscheidung 7 Ob 201/05t sprach das Höchstgericht aus, dass eine Klausel, wonach der Unternehmer außerhalb der Gewährleistung berechtigt sei, dem Kunden die angefallenen Inspektionskosten für ein schadhaftes Gerät im Fall eines nicht erfolgenden Reparaturauftrages zu verrechnen; gleiches gelte, wenn der Reparaturauftrag, aus welchen Gründen auch immer, nicht ausgeführt werde, einen Verstoß gegen § 5 Abs 1 KSchG begründe. Es lasse sich keine klare Trennlinie zwischen den Vorarbeiten zur Erstellung eines Kostenvoranschlags und der Inspektion des schadhaften Gerätes ziehen. Die Vertragsklausel führe zu einer für den Kunden der Höhe nach nicht abschätzbaren Kostenbelastung. Dies trifft auch auf

die inkriminierte Klausel zu, ist doch nicht ersichtlich was unter den „gesamten Kosten“ zu verstehen ist.

Der Berufung ist daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist zulässig, weil zu der konkret zu beurteilenden Klausel - soweit ersichtlich - noch keine höchstgerichtliche Judikatur vorliegt und die inkriminierte Klausel für eine größere Anzahl von Kunden von erheblicher Bedeutung ist.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 6

Linz, 26. August 2020

Dr. Ewald Greslehner, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG