



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Reitermaier als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Iby und Mag. Hainz-Sator in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in 1090 Wien, wider die beklagte Partei **„Wohnungseigentümer“ Gemeinnützige Wohnbaugesellschaft mbH**, Bahnhofsplatz 1, 2340 Mödling, vertreten durch Dr. Christian Falkner, Rechtsanwalt in 2500 Baden, wegen EUR 26.500,-- s.A., über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Wiener Neustadt vom 25.9.2009, GZ 22 Cg 64/08z-15, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge gegeben**.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass dieses zu lauten hat wie folgt:

„Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

1. „Der/die Mieterin wird nach Übergabe der Wohnung allfällige Beanstandungen in einem Protokoll festhalten

und der Vermieterin innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Übergabe bekannt geben.“

2. „Der Vermieter ist zur Erhaltung des Mietgegenstandes lediglich im Rahmen des § 14a WGG verpflichtet und wird eine darüber hinausgehende Erhaltungsverpflichtung des Vermieters - auf Basis welcher Rechtsgrundlage diese auch immer bestehen sollte - ausgeschlossen, soweit den Vermieter nicht auf Grund zwingender gesetzlicher Bestimmungen eine weitergehende Erhaltungsverpflichtung treffen sollte.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, und ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart wurden.

2.) Die klagende Partei wird ermächtigt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“ in den Regionalausgaben für Wien, Niederösterreich, Steiermark und Kärnten auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozesspartei und in Fettumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

3.) Das darüber hinausgehende Veröffentlichungsbegehren wird abgewiesen.

4.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.739,52 (darin EUR 855,42 an USt und EUR 607,-- an Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Par-

tei die mit EUR 3.125,06 (darin EUR 356,51 an USt und EUR 986,-- an Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000,--, nicht jedoch EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe :

Die Beklagte ist eine gemeinnützige Bauvereinigung in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diese verwendet im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Vertragsformblätter. Der Hauptanwendungsbereich der Verwaltungstätigkeit der Beklagten befindet sich im Bundesland Niederösterreich. Im Bundesland Wien betreut die Beklagte insgesamt 804 Wohneinheiten, wobei 70 davon Mietobjekte darstellen, die übrigen 734 Wohneinheiten stehen im Wohnungseigentum. In Kärnten betreut die Beklagte 125 Mietobjekte, in der Steiermark 24 Wohneinheiten. In den restlichen österreichischen Bundesländern übt die Beklagte weder eine Verwaltungstätigkeit noch eine Geschäftstätigkeit aus.

Der Kläger beehrte wie aus dem Urteilsspruch ersichtlich und brachte - soweit für das Berufungsverfahren von Relevanz - vor, die Beklagte verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche zwei Klauseln beinhalten, die gegen ein gesetzliches Verbot und/oder gegen die guten Sitten verstoßen würden. Einerseits handle es sich um die Klausel *„Der/die Mieterin wird nach Übergabe der Wohnung allfällige Beanstandungen in einem Protokoll festhalten und der Vermieterin innerhalb einer Frist von*

vier Wochen ab Übergabe bekannt geben" (Klausel 19) und andererseits um die Klausel *„Der Vermieter ist zur Erhaltung des Mietgegenstandes lediglich im Rahmen des § 14a WGG verpflichtet und wird eine darüber hinausgehende Erhaltungsverpflichtung des Vermieters - auf Basis welcher Rechtsgrundlage diese auch immer bestehen sollte - ausgeschlossen, soweit den Vermieter nicht auf Grund zwingender gesetzlicher Bestimmungen eine weitergehende Erhaltungsverpflichtung treffen sollte"* (Klausel 27). Die Beklagte habe über Aufforderung des Klägers zwar fristgerecht eine Unterlassungserklärung abgegeben, hinsichtlich der beiden angeführten Klauseln jedoch nur eingeschränkt, indem Teile dieser in Klammer gesetzt worden seien. In einem Begleitschreiben vom 30.1.2008 habe die Beklagte erklärt, die in eckige Klammer gestellten Teile der Klauseln seien von der Beanstandung des Klägers nicht erfasst bzw seien diese Teile der Klauseln nicht gesetzwidrig. Es sei jedoch nicht zulässig, hinsichtlich einzelner unselbständiger Textbestandteile einer gesetzwidrigen Klausel Unterlassungserklärungen abzugeben. Es liege daher keine unbedingte und strafbewehrte Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG vor. Zum Zeitpunkt der Abmahnung habe die Beklagte die Vertragsklauseln beim Abschluss von Wohnungsmietverträgen verwendet, bei welchen es sich im Regelfall um langfristig abgeschlossene Verträge handle. Es bestehe daher die Gefahr, dass sich die Beklagte im Rahmen der bestehenden Vertragsverhältnisse auf die von ihr verwendeten unzulässigen Klauseln berufe. Das Unterlassungsbegehren des Klägers beziehe sich nicht auf einzelne Wörter oder Wortfolgen, sondern auf die beanstandeten Klauseln in ihrer Gesamtheit.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und brachte

vor, sie habe eine Unterlassungserklärung unter Akzeptanz der vom Kläger begehrten Vertragsstrafe abgegeben, wobei sie hinsichtlich der Klauseln 19 und 27 erklärt habe, diese nicht mehr in der ursprünglichen Fassung, sondern in abgewandelter Form zu verwenden. Der Kläger habe die Klausel 19 lediglich im Umfang der Wortfolge „*innerhalb einer Frist von vier Wochen nach Übergabe*“ bekämpft. Die Beklagte habe sich bereit erklärt, genau diese Wortfolge nicht mehr zu verwenden. Es liege daher keine Wiederholungsgefahr im Sinne des § 28 KSchG vor. Hinsichtlich der Klausel 27 sei die Beklagte der Überzeugung, dass die von ihr gewählte Formulierung im ersten Teil der Vertragsklausel zulässig sei. Zur Vermeidung von Intransparenz habe die Beklagte die Erklärung abgegeben, die Formulierung „... *soweit den Vermieter nicht auf Grund zwingender gesetzlicher Bestimmungen eine weitergehende Erhaltungsverpflichtung treffen sollte* ...“ nicht mehr zu verwenden. Das beanstandete Mietvertragsformular enthalte keine einzelvertragliche Erhaltungsverpflichtung des Vermieters gegenüber dem Mieter. Derartige Vereinbarungen würden von der Beklagten auch nicht abgeschlossen werden. Somit ginge die Rüge des Klägers, dass Klausel 27 auch einzelvertragliche Erhaltungsverpflichtungen der Beklagten ausschließen würde, ins Leere.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren ab. Ausgehend von dem auf den Seiten 7 bis 11 der Urteilsausfertigung getroffenen Feststellungen, auf welche an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, folgte es in rechtlicher Hinsicht, die Wiederholungsgefahr könne nur dann verneint werden, wenn geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten

gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnehme. Der OGH gehe nur bei vorbehaltloser Anerkennung des gegnerischen Anspruchs davon aus, dass die Wiederholungsgefahr beseitigt ist. Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Klauseln habe sich die Unterlassungserklärung der Beklagten jeweils nur auf einzelne Wortfolgen bezogen, sodass eine vorbehaltlose Anerkennung des gegnerischen Anspruchs nicht vorliege. Das Unterlassungsbegehren sei daher unter dem alleinigen Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr - hinsichtlich der weiteren Verwendung der durch die Unterlassungserklärung abgeänderten Formulierungen der Klauseln 19 und 27 im Rechtsverkehr - zulässig.

Die (eingeschränkte) „Klausel 19“ sei nach Ansicht des Gerichtes nicht unklar oder unverständlich im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Insbesondere im Zusammenhang mit den von der Unterlassungserklärung zur Gänze erfassten Klauseln 17 und 18 sei die bekämpfte Klausel 19 von einem Durchschnittsmieter dahingehend zu verstehen, dass generell ein Übergabeprotokoll unabhängig vom Zustand der Wohnung und ohne Verlust jeglicher Ansprüche zu errichten sei. Auch verstoße Klausel 19 nicht gegen § 9 KSchG, weil die Erhaltungspflicht nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB nicht Ausdruck einer Gewährleistungspflicht sei, sondern es sich hierbei um eine Hauptleistungspflicht des Vermieters handle.

Die durch die Unterlassungserklärung verkürzte Version der Klausel 27 - die Passage „soweit den Vermieter nicht auf Grund zwingender gesetzlicher Bestimmungen eine weitergehende Erhaltungsverpflichtung treffen sollte“ sei gestrichen worden - hebe lediglich die Erhaltungspflicht

des Vermieters nach § 14a WGG hervor. Es finde sich in der Klausel keine Formulierung, die den (weiteren, nicht unmittelbar die Erhaltungspflicht betreffenden) Anwendungsbereich des § 1096 ABGB ausschließe. Die Klausel 27 sei daher weder als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB noch als überraschend und nachteilig nach § 864a ABGB zu beurteilen. Ebenso wenig liege Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG vor.

Im Rahmen der Abgabe einer wirksamen und zulässigen Unterlassungserklärung sei es nicht erforderlich, die von einem klageberechtigten Verband bemängelten Vertragsklauseln zur Gänze aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu streichen. Vielmehr sei es ausreichend, den bekämpften Klauseln etwa durch Streichung etwaiger gesetzwidriger oder sittenwidriger Formulierungen im Rahmen der Unterlassungserklärung einen gesetzmäßigen und klar verständlichen Inhalt zu verleihen. Eine lediglich auf einzelne Wortfolgen bezogene Unterlassungserklärung sei daher zulässig und ausreichend. Gegen die durch Streichung einzelner Wortfolgen abgeänderten Formulierungen bestehen nach Ansicht des Erstgerichtes keine rechtlichen Bedenken. Da die Unterlassungserklärung auch die Erklärung der Beklagten umfasse, sich auf die vertraglich vereinbarten Klauseln nicht zu berufen, bestehe auch nicht die Gefahr, dass sich die Beklagte bei schon vor Abgabe der Unterlassungserklärung abgeschlossenen Mietverträgen hinsichtlich der Klauseln 19 und 27 auf die ursprüngliche Formulierung beziehe. Aus diesen Gründen sei das Klagebegehren abzuweisen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern,

dass der Klage stattgegeben werde.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt.

Zentrales Thema des Verfahrens bildete die Frage, ob die von der Beklagten in der festgestellten Form abgegebene Unterlassungserklärung die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 KSchG erfüllt und damit die Wiederholungsgefahr im Hinblick auf die Verwendung der inkriminierten Klauseln beseitigt oder nicht.

Zu Recht verweist die Berufung auf die diesbezügliche Widersprüchlichkeit der rechtlichen Beurteilung durch das Erstgericht, weil dieses zunächst ausführte, das Unterlassungsbegehren sei unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr mangels Vorliegens einer vorbehaltlosen Anerkennung des klägerischen Anspruchs durch die Beklagte zulässig, in der Folge jedoch eine inhaltliche Prüfung der „reduzierten Klauseln“ durchführte und das Klagebegehren insgesamt abwies, weil die Abgabe einer wirksamen und zulässigen Unterlassungserklärung nicht erfordere, die Vertragsklauseln zur Gänze aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu streichen.

Die Berufung hält dem entgegen, es sei zwischen der Frage zu unterscheiden, ob der Verwender gesetz- oder sittenwidriger Klauseln bei Abgabe der Unterlassungserklärung den Umfang seiner Erklärung durch Streichungen, Einschränkungen oder sonstige Vorbehalte einschränken dürfe und der Frage, in welcher Form er - nach Abgabe der Unterlassungserklärung - in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen jene Klauseln, für die er eine Unterlassungserklärung abgegeben habe, in einer textlich modifizierten Form weiterverwenden dürfe. Tatsächlich sei es nicht

erforderlich, dass der Verwender die bemängelten Vertragsklauseln zur Gänze aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen streiche, sofern die Neufassung der Klausel nicht mehr gesetz- oder sittenwidrig sei. Vertragsbestimmungen mit einem ähnlichen Wortlaut oder Regelungsinhalt zu verwenden, sei sohin dem Verwender gesetz- oder sittenwidriger Klauseln nicht untersagt, wenn die zulässige Neuformulierung außerhalb des Verbotsbereiches der abgegebenen Unterlassungserklärung liege. Der Verwender sei ja nur verpflichtet, Klauseln mit dem identen Wortlaut oder sinngleiche Klauseln in weiterer Folge nicht mehr zu verwenden. Daraus sei jedoch nicht der Umkehrschluss zu ziehen, dass bereits die Unterlassungserklärung auf jene Wörter oder Wortfolgen eingeschränkt werden dürfe, die die Unzulässigkeit einer Vertragsbestimmung bewirken. Die Unterlassungserklärung der Beklagten stelle sohin keine ausreichende Erklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG dar, welche geeignet wäre, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, zumal eine derartige Unterlassungserklärung keine Beurteilung erlauben würde, inwieweit andere, von der Beklagten verwendete Klauseln mit der abgemahnten Klausel sinngleich seien. Der Kläger habe sich auch in seinem Abmahnschreiben keineswegs darauf beschränkt, nur die Unterlassung der Klauselbestandteile zu fordern, ohne welche die Klausel gesetzeskonform wäre, weil eine derartige Vorgangsweise nichts anderes sei als die teleologische Reduktion einer Klausel, für welche nach ständiger Judikatur im Verbandsprozess gemäß §§ 28 f KSchG kein Raum sei. Die Vorgangsweise der Beklagten, die abgegebene Unterlassungserklärung nur auf einzelne Klauselteile bzw Wortfolgen einzuschränken, unterscheide sich nicht von der unzulässigen Praxis, „Ersatzklauseln“ in die Unter-

lassungserklärung aufzunehmen.

I. Zum Unterlassungsbegehren

Der Oberste Gerichtshof fasste in der Entscheidung 2 Ob 153/08a die höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Form von Unterlassungserklärungen gemäß § 28 Abs 2 KSchG wie folgt zusammen:

„1. Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Abs 2 dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-Novelle BGBl I 1997/6 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird

dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (Erläut RV 311 BlgNR XX. GP 32). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (Kühnberg, Das Abmahnverfahren im KSchG, ecolex 2004, 359; Kathrein in KBB² § 28 KSchG Rz 7).

2. Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; RIS-Justiz RS0111637). Die Unterlassungserklärung muss nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleiche Klauseln erfassen (RIS-Justiz RS0111638, RS0111640) und es dürfen weder Einschränkungen noch Bedingungen angeführt sein (vgl 5 Ob 227/98p; 8 Ob 17/00h). Zwar sieht die Bestimmung des § 28 Abs 2 KSchG nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen könne. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung tritt daher nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht (vgl 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x; je mwN).

3. Der Oberste Gerichtshof hat schon mehrfach betont, dass eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf

eine frühere Fassung beruft, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen kann (vgl 4 Ob 98/04x; 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x). In der Entscheidung 6 Ob 572/87 wurde der Wegfall der Wiederholungsgefahr hingegen unter der Voraussetzung bejaht, dass nach den konkreten Umständen bei vernünftiger Beurteilung die Annahme gerechtfertigt sei, der Unternehmer werde in Hinkunft anstelle der alten nur noch die neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen verwenden. Die Wiederholungsgefahr falle dann insoweit weg, als nicht (auch) die neuen Bedingungen Bestimmungen enthielten, die von der titelmäßigen Verpflichtung zur Unterlassung umfasst wären (so auch der unter RIS-Justiz RS0037730 veröffentlichte Rechtssatz). Ausgehend von dieser Rechtsansicht erachtete es der Oberste Gerichtshof daher für geboten, die alten und die neuen Bedingungen einander gegenüberzustellen und auch die neuen Bedingungen einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.

Nach der aktuellen Rechtslage können diese Grundsätze aber nur noch in jenen Fällen von Bedeutung sein, in denen eine vorprozessuale Abmahnung unterblieben ist. Im Übrigen, also bei Durchführung eines Abmahnverfahrens, sind sie im Hinblick auf die mittlerweile Einführung des § 28 Abs 2 KSchG überholt (so bereits 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x). Die von Teilen der Lehre vertretene gegenteilige Auffassung (vgl Apathy in Schwimann, ABGB³ V § 30 KSchG Rz 6; ähnlich Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 28 KSchG Rz 3) wurde vom Obersten Gerichtshof mit dem Hinweis auf den Normzweck des § 28 KSchG bereits ausdrücklich abgelehnt (4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x). Das bedeutet, dass der Unternehmer, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben muss. Daran hält auch der erkennende Senat fest.

4. Der Oberste Gerichtshof war auch schon mit Fällen

befasst, in denen der Unternehmer auf die Abmahnung zwar durch Abgabe von Unterlassungserklärungen reagierte, diese aber mit einer Änderung der beanstandeten Klauseln verband:

4.1 Gemäß dem in der Entscheidung 4 Ob 227/06w wiedergegebenen Sachverhalt hatte der Unternehmer strafbewehrte Unterlassungserklärungen abgegeben, jedoch - wie auch hier die beklagte Partei - gleichzeitig geänderte Fassungen einiger Klauseln mit der Behauptung angeführt, dass diese mangels Sinnleichheit zulässig seien. Im damaligen Verbandsprozess wurden allerdings mit einer Ausnahme die geänderten Klauseln bekämpft. Zu jener (einzigen) Klausel, die in ihrer ursprünglichen Fassung Gegenstand des Unterlassungsbegehrens war, hatte die beklagte Partei in der Unterlassungserklärung ausgeführt, dass der erste Satz (nicht aber auch der weitere Text) der Klausel nicht sinnleich und daher zulässig sei.

Der vierte Senat bejahte hinsichtlich dieser Klausel die Wiederholungsgefahr mit der Begründung, dass von einer uneingeschränkten Unterwerfung unter den Anspruch der klagenden Partei keine Rede sein könne; vielmehr bleibe unklar, was die beklagte Partei unter „sinngleichen“ Klauseln verstehe. Sie habe daher keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben.

4.2 In der Entscheidung 8 Ob 110/08x war die mit der Vorlage einer Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbundene „vorbehaltlose Erklärung“ des Unternehmers zu beurteilen, wonach „bei bestehenden Verträgen und bei den während der Aufbrauchsfrist geschlossenen Verträgen ausschließlich im Sinne der neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgegangen wird, und dass nach Ablauf der Aufbrauchsfrist allen neuen Verträgen die Allgemeinen Vertragsbedingungen in der ihnen nunmehr vorliegenden Fassung zugrundegelegt werden“. Dazu verpflichtete sich

die beklagte Partei „für jeden Fall des Zuwiderhandelns gegen die vorstehende Erklärung“, eine bestimmte Vertragsstrafe zu bezahlen.

Auch in diesem Fall verneinte der Oberste Gerichtshof den Wegfall der Wiederholungsgefahr. In der inhaltlichen Änderung der Klauseln, die eine neuerliche umfassende rechtliche Prüfung erforderlich machen würde, bestehe nicht die von der Judikatur stets streng geforderte ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen durch die beklagte Partei. Die von dieser abgegebene Erklärung, in Hinkunft nur noch nach den neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen vorzugehen, stelle keine einer unbedingten und vollständigen Unterwerfungserklärung gleichwertige Handlung dar.“

Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen bejahte der Oberste Gerichtshof auch in 2 Ob 153/08a das Vorliegen der Wiederholungsgefahr. Die Beklagten habe dort zwar eine Unterlassungserklärung abgegeben, jedoch gleichzeitig festgehalten, dass diese sich nicht auf die ihrer Meinung nach zulässigen Ersatzklauseln beziehe. Ohne die „Sinngleichheit“ der Ersatzklauseln prüfen zu müssen, sei darin eine Einschränkung der Unterlassungserklärung zu sehen, die dem Zweck des § 28 Abs 2 KschG widerspreche. Die mit der Unterlassungserklärung verbundene Formulierung von Ersatzklauseln bewirke das Gegenteil der angestrebten kostengünstigen Bereinigung und Rechtssicherheit, weil die klageberechtigte Einrichtung - und bei Uneinigkeit in der Folge das Gericht - zunächst das neue Klauselwerk daraufhin überprüfen müsste, ob es denselben verpönten Regelungszweck wie die ursprüngliche Klausel zum Inhalt habe, ehe das Vorliegen der Wiederholungsgefahr beurteilt werden könne. Dies liefe auf ein gesetzlich nicht vorgesehenes „Genehmigungssystem“ hinaus. Es

bleibe aber weiterhin ausschließlich die Sache des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, für deren gesetzmäßigen Inhalt zu sorgen (2 Ob 153/08a mit Verweis auf Krejci in Rummel, ABGB³ II/4 §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15 aE).

Daraus ergibt sich zusammengefasst:

Fügt der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerkten bei, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen, liegt keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Die Wiederholungsgefahr wird nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, kommt es hiebei nicht an (OGH aaO).

Die von der Beklagten ins Treffen geführten Entscheidung 7 Ob 78/06f nimmt hingegen zur Frage der zulässigen Formulierung von Unterlassungserklärungen nicht Stellung.

Unter Anwendung der in 3 Ob 153/08a zusammengefassten Grundsätze ist auch für den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt davon auszugehen, dass die abgegebene Unterlassungserklärung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Klauseln, die sich darauf beschränkte, lediglich die Unterlassung hinsichtlich bestimmter in den Klauseln enthaltener Wortfolgen zum Gegenstand der Erklärung zu machen, nicht als vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung anzusehen ist. Wie die Berufung zu Recht aufzeigt, läuft nämlich diese Vorgangsweise ebenso wie die in 8 Ob 153/08a behandelte Vorgangsweise darauf hinaus, die durch die Unterlassungserklärung nunmehr neu formu-

lierten Klauseln wiederum zu überprüfen, ehe das Vorliegen der Wiederholungsgefahr beurteilt werden kann, was dem Zweck des § 28 Abs 2 KSchG, eine kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen, widerspricht. Auch kann die Sinnlichkeit einer später in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommenen Klausel nicht unmissverständlich der Unterlassungserklärung gegenübergestellt werden, wenn die Unterlassungserklärung lediglich Wortfolgen umfasst, die alleinstehend gar keinen Sinn ergeben. Dies hinterlässt eine Rechtsunsicherheit, die nicht dem Zweck des § 28 Abs 2 KSchG entspricht.

Die Wiederholungsgefahr wurde sohin durch die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung nicht beseitigt. Darauf, ob die „neuen“ Klauseln nunmehr gesetzeskonform sind, kommt es bei der Beurteilung des verfahrensgegenständlichen Unterlassungsanspruches, der sich auf die inkriminierten Klauseln 19 und 27 in ihrer ursprünglichen Form bezieht, nicht an.

Auch einer Prüfung der vom Klagebegehren umfassten Klauseln auf ihre Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit (die im Streitfall vom Berufungsgericht selbst vorzunehmen gewesen wäre) bedarf es nicht, hat doch die beklagte Partei die Rechtswidrigkeit der Klauseln in ihrer inkriminierten Fassung im Verfahren nie bestritten.

Der Berufung ist aus diesem Grund hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens Folge zu geben und das erstgerichtliche Urteil spruchgemäß abzuändern.

II. Zum Veröffentlichungsbegehren:

§ 30 Abs 1 KSchG ordnet an, dass unter anderem § 25 Abs 3 bis 7 UWG für die Verbandsklage sinngemäß zu gelten hat. Gemäß § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden

Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb einer bestimmten Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruches und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen hindern, also der Aufklärung des Publikums dienen (RIS-Justiz RS0079764). Sie soll im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären (RIS-Justiz RS0079820). Die Berechtigung des Begehrens hängt davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß besteht (RIS-Justiz RS0079737; 7 Ob 78/06f).

Angesichts der regional auf Kärnten, Steiermark, Niederösterreich und Wien beschränkten Geschäftstätigkeit der Beklagten ist die Veröffentlichung in den diese Bundesländer betreffenden Regionalausgaben einer auflagenstarken Tageszeitung als den schutzwürdigen Interessen der Aufklärung des Publikums angemessen anzusehen. Das darüber hinausgehende Veröffentlichungsbegehren war abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich im erstinstanzlichen Verfahren auf § 43 Abs 2 ZPO. Die Klägerin unterlag nur mit einem geringfügigen Teil ihres Anspruchs. Der Vertagungsantrag wegen Verhinderung des Klagevertreters war nicht zu honorieren (Obermaier, Das Kostenhandbuch Rz 169, 183 mwN).

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren gründet sich auf § 52 ZPO iVm § 41 Abs 1 ZPO. Der ERV-Zuschlag gemäß § 23a RATG beträgt EUR 1,80.

Bei den gemäß § 500 Abs 2 Z 1 lit a und b ZPO erforderlichen Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes bestand kein Anlass, von der unwidersprochenen Bewertung durch den Kläger abzugehen.

Wegen der jüngst ergangenen Entscheidung des OGH zu 2 Ob 153/08a, der das Berufungsgericht gefolgt ist, ist die ordentliche Revision nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5 ,am 15.März 2010

Dr. Ernst Reitermaier

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG