



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

1 R 87/19z

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichts Mag. Istjan, LL.M., und Mag. Waldstätten in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien gegen die beklagte Partei **VARIO-BAU Fertighaus Gesellschaft m.b.H.**, Ackergasse 21/2, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch die Schenz & Haider Rechtsanwälte OG in Mödling, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,-) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 12.4.2019, 56 Cg 64/18i-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil in seinem Punkt I.4. und der Kostenentscheidung abgeändert, sodass es insgesamt zu lauten hat:

*„I. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten*

*Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:*

**1.** *Der Käufer kann bei Lieferverzug nur dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er eine Nachfrist von mindestens 6 Wochen mittels eingeschriebenen Briefs oder E-Mail gesetzt hat und diese ohne Ergebnis verstrichen ist;*

**2.** *Behördliche Auflagen und Mehraufwendungen zufolge technischer Änderungen und Bauvorschriften seit Vertragsabschluss berechtigen den Käufer nicht zum Rücktritt vom Vertrag, sofern der AN diese Auflagen und Änderungen erfüllen kann. Die daraus erwachsenden Mehrkosten sind bei der Ausführung „Ausbauhaus“ bis zu 10 % der Kaufsumme und bei der „belagsfertigen“ und „schlüsselfertigen“ Ausführung bis zu 5 % der Kaufsumme als zumutbar zu betrachten und gehen bis zu dieser Höhe zu Lasten des Käufers;*

**3.** *Falls der Käufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag trotz schriftlicher Mahnung und Nachfristsetzung von 4 Wochen nicht nachkommt, ist der AN berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten und eine sofortige Konventionalstrafe (in welcher auch sämtliche Schadenersatzansprüche enthalten sind) für die Nichterfüllung des Vertrags in der Höhe von 10 % des Kaufpreises zu verlangen. Dieses Recht steht dem AN auch im Fall eines unberechtigten Rücktritts oder Stornos des Käufers zu. Der AN kann aber wahlweise auf Erfüllung des Vertrags bestehen;*

**4.** *Dieses Angebot wird auch für VARIO-BAU durch firmenmäßige Unterfertigung binnen 10 Wochen ab dem Datum der Unterfertigung durch den Käufer zur verbindlichen Bestellung;*

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorgenannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

**II.** Das Mehrbegehren zu Punkt 4., die beklagte Partei schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

Der Käufer nimmt zur Kenntnis, dass der Vertreter von VARIO-BAU nicht zum Vertragsabschluss, sondern lediglich zur Entgegennahme von schriftlichen Angeboten bevollmächtigt ist. Mit Unterfertigung dieser Urkunde entsteht ein für den Käufer bindendes Angebot mit obigen [sic!] Inhalt. [...] Der Käufer erhält bei Annahme dieses Angebots durch VARIO-BAU eine schriftliche Bestätigung;

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorgenannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird **abgewiesen**.

**III.** Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Urteilsspruch im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“ in einer bundesweit erscheinenden Ausgabe auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettumrandung in Normalschrift, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

**IV.** Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.549,49 (darin EUR 1.185,44 an anteiligen Barauslagen und EUR 560,68 an USt) bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.504,57 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin EUR 317,83 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 ist ein klageberechtigter Verein iSd § 29 KSchG.

Die beklagte Gesellschaft betreibt ein österreichweit tätiges Unternehmen, das die Errichtung von Fertig(teil)häusern anbietet. Sie steht laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in geschäftlichem Kontakt und schließt mit diesen Verträge, denen sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde legt.

Diese lauten auszugsweise wie folgt (Hervorhebungen und Bezeichnungen durch das Erstgericht):

*„4.8 Rücktritt und Schadenersatz*

Der Käufer kann bei Lieferverzug nur dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er eine Nachfrist von mindestens 6 Wochen mittels eingeschriebenen Briefs oder E-Mail gesetzt hat und dies ohne Ergebnis verstrichen ist. (Klausel 1) Ein Rücktrittsrecht des Käufers besteht nicht, sofern nicht zwingend gesetzliche Gründe entgegenstehen und wenn die (über die vorstehende Zeitspanne hinaus) verspätete Lieferung auf Gründe

zurückzuführen sind, die der Käufer zu vertreten hat oder die durch höhere Gewalt oder außerordentliche Umstände wie Unfall, Feuer, Sturm, Streik, verkehrs- und Betriebsbehinderungen und dergleichen verursacht wurden. Wird dem Käufer der ordnungsgemäß und vollständig eingereichte Bauantrag für ein VARIO-BAU Haus nachweislich trotz Ausschöpfung der baurechtlichen Möglichkeit endgültig abgelehnt, so wird der Vertrag in beiderseitigem Einvernehmen aufgelöst, ohne dass daraus gegenseitige Kostenansprüche erwachsen. Behördliche Auflagen und Mehraufwendungen zufolge technischer Änderungen und Bauvorschriften seit Vertragsabschluss berechtigen den Käufer nicht zum Rücktritt vom Vertrag, sofern der AN diese Auflagen und Änderungen erfüllen kann. Die daraus erwachsenden Mehrkosten sind bei der Ausführung „Ausbauhaus“ bis zu 10 % der Kaufsumme und bei der „belagsfertigen“ und „schlüsselfertigen“ Ausführung bis zu 5 % der Kaufsumme als zumutbar zu betrachten und gehen bis zu dieser Höhe zu Lasten des Käufers. (Klausel 2) Eventuelle Minderkosten reduzieren den Kaufpreis. Falls der Käufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag trotz schriftlicher Mahnung und Nachfristsetzung von 4 Wochen nicht nachkommt, ist der AN berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten und eine sofortige Konventionalstrafe (in welcher auch sämtliche Schadenersatzansprüche enthalten sind) für die Nichterfüllung des Vertrags in der Höhe von 10 % des Kaufpreises zu verlangen. Dieses Recht steht dem AN auch im Falle eines unberechtigten Rücktrittes oder Stornos des Käufers zu. Der AN kann aber wahlweise auf Erfüllung des Vertrages bestehen. (Klausel 3) Nach Produktions- bzw

Baubeginn ist ein Rücktritt durch den Käufer ausgeschlossen.

6. Rechtswirksamkeit

Der Käufer nimmt zur Kenntnis, das der selbständige Handelsvertreter von VARIO-HAUS nicht zum Vertragsabschluss, sondern lediglich zur Entgegennahme von schriftlichen Angeboten bevollmächtigt ist. Mit Unterfertigung dieser Urkunde entsteht ein für den Käufer bindendes Angebot mit obigen Inhalt. Dieses Angebot wird auch für VARIO-BAU durch firmenmäßige Unterfertigung binnen 10 Wochen ab dem Datum der Unterfertigung durch den Käufer zur verbindlichen Bestellung. Der Käufer erhält bei Annahme dieses Angebotes durch VARIO-BAU eine schriftliche Bestätigung." (Klausel 4)

Der **Kläger** bringt vor, dass diese Klauseln gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten verstoßen würden und begehrt, gestützt auf § 28 KSchG, die Beklagte zur Unterlassung zu verpflichten, wie aus dem Spruch ersichtlich (bewertet einheitlich mit EUR 30.500,-) sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung (bewertet mit EUR 5.500,-).

Klausel 1 sei mit § 6 Abs 1 Z 4 KSchG unvereinbar, laut dem gegenüber einem Verbraucher keine strengere Form als die Schriftform vereinbart werden dürfe, was bei einem „eingeschriebenen Brief“ der Fall sei. Dies sei unabhängig davon unzulässig, ob eine weitere Übermittlungsform vorgesehen sei. Zudem verfüge auch nicht jeder Konsument uneingeschränkt über einen E-Mail-Zugang.

Überdies habe der Kunde bei jedwedem Lieferverzug eine Nachfrist von sechs Wochen zu gewähren. Dies sei unangemessen lange, weil ein Hausbau für Konsumenten idR

eine große Herausforderung sei und daher ein berechtigtes Interesse an einer raschen Klärung bestünde. Demgegenüber müsse die Beklagte im Verzugsfall lediglich eine vierwöchige Frist setzen, nach deren Ablauf sie sofort Anspruch auf eine Konventionalstrafe habe. Die Klausel stehe somit in Widerspruch zu § 918 ABGB und § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, der gerade deswegen eingeführt worden sei, um dem Bestreben von Unternehmern entgegenzuwirken, sich einseitig großzügige Liefer- und Leistungsfristen auszubedingen, und sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 2 verstoße ebenfalls gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil damit bei der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung auch für den Unternehmer vorhersehbare Auflagen und Mehraufwendungen, die er wegen Planungsmängeln selbst zu vertreten habe, auf den Konsumenten überwältigt werden könnten. Änderungen der einschlägigen Normen hätten idR entsprechende Vorlaufzeiten, sodass die Beklagte als Fachunternehmen darauf reagieren könne und müsse, zumal sich ein derartiges Projekt in einem Zeitraum von neun bis zwölf Monaten abwickeln lassen könnte. Mit der Klausel werde der Beklagten zudem entgegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG das Recht eingeräumt, einseitig für den Verbraucher bindende Leistungsänderungen vorzunehmen, und zwar ungeachtet einer sachlichen Rechtfertigung und einer Geringfügigkeitsgrenze. Der Preisänderungsvorbehalt sei somit auch nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig.

Klausel 3, die für jede Vertragsverletzung des Käufers, nicht aber der Beklagten, undifferenziert eine Konventionalstrafe von 10 % des Kaufpreises vorsehe, ohne insbesondere das Baustadium, die Leistbarkeit für den

Konsumenten und den Schaden der Beklagten zu berücksichtigen, sei ebenfalls einseitig gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Da die Beklagte zwischen der Konventionalstrafe und der Vertragserfüllung wählen könne, handle es sich dabei gerade nicht um ein Reuegeld.

Schließlich sei die in Klausel 4 vorgesehene First von zehn Wochen für die Bindung des Käufers an sein Angebot selbst bei Kauf eines Fertig(teil)hauses unangemessen lange und verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

Da die Beklagte keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe, bestünde Wiederholungsgefahr.

Die Urteilsveröffentlichung sei zur Aufklärung der betroffenen Verbraucherkreise sowie zur Verhinderung eines Umsichgreifens dieses Verhaltens erforderlich.

Die **Beklagte** berief sich auf eine Zulässigkeit der von ihr verwendeten AGB.

Klausel 1 lasse auch einen Rücktritt per E-Mail zu, was eine seit Jahren gängige und einfache Kommunikationsform sei, sodass keineswegs eine strengere als die Schriftform vereinbart worden sei.

Die Nachfrist von sechs Wochen - nur - im Verzugsfall sei im Hinblick auf den Vertragsinhalt, einen durchschnittlichen Fertigstellungszeitraum von einem Jahr und den Umstand, dass sie idR bereits erhebliche Teilleistungen erbracht habe, nicht unangemessen lange. Die Errichtung eines Hauses setze umfangreiche Planungen, Abstimmungen mit dem Kunden und der Baubehörde, eine Herstellung des Bauplatzes, Vorleistungen durch Dritte sowie bautaugliche Witterungsverhältnisse voraus,

weswegen im Einzelfall bei Vertragsabschluss angenommene Lieferzeiten nicht eingehalten werden könnten. Demgegenüber könne der Kunde nur mit einer Teilzahlung in Verzug sein, sodass insofern eine Frist von vier Wochen ausreiche.

Klausel 2 könne nicht der vom Kläger unterstellte Inhalt beigemessen werden, allfällige Planungs- oder Kalkulationsirrtümer und daraus resultierende Irrtums- oder Gewährleistungsansprüche des Bestellers könnten nach deren objektivem Wortlaut gerade nicht darunter subsumiert werden. Der Ausschluss des Rücktrittsrechts bei einer Änderung der Umstände nach Vertragsabschluss sei nicht zuletzt wegen der Projektdauer sachlich gerechtfertigt. Eine Geringfügigkeitsgrenze sei nicht erforderlich, bei Unzumutbarkeit der Projektfortführung kämen die Regelungen über die nachträgliche Unmöglichkeit zur Anwendung.

Die in Klausel 3 vorgesehene Konventionalstrafe sei mit einem Reuegeld vergleichbar und falle nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur im Falle eines Rücktritts an, der wiederum massive Vertragsverletzungen des Werkbestellers und eine Nachfristsetzung erfordere. Die Konventionalstrafe sei ein Prozentsatz des ausständigen Werklohns, wodurch der Kunde im Ergebnis besser gestellt werde als durch § 1168 ABGB. Bei einem berechtigten Rücktritt des Kunden stünde diesem Schadenersatz gegen sie in voller Höhe zu, sodass diese Klausel gerade zu keinem Missverhältnis zu Ungunsten des Konsumenten führe.

Die Bindungsfrist laut Klausel 4 sei ebensowenig unangemessen lange, weil sie zur Festlegung des Vertragsinhalts zeit- und kostenintensive Vorleistungen erbringen müsse. So müsse sie sämtliche rechtlichen und

tatsächliche Rahmenbedingungen iZm dem Grundstück abklären, Vorgespräche mit der Baubehörde, ihren Lieferanten und anderen Professionisten führen und Planungsleistungen, insbesondere auch zu Sonderwünschen, erbringen.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem Klagebegehren statt und führte in rechtlicher Hinsicht aus, dass im Verbandsverfahren die Auslegung von Vertragsklauseln im kundenfeindlichsten Sinne zu erfolgen habe und auch kein Raum für eine teleologische Reduktion sei. Ausgehend von diesen Grundsätzen würden sämtliche der beanstandeten Klauseln gegen das Gesetz bzw die guten Sitten verstoßen. Mangels Unterlassungserklärung bestünde daher sowohl der Unterlassungsanspruch zu Recht, als auch jener auf Urteilsveröffentlichung, ohne dass weitere Feststellungen getroffen werden müssten.

Das in Klausel 1 vorgesehene Erfordernis des eingeschriebenen Briefs verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG. Dass eine Alternative mittels eines E-Mails eröffnet werde, ändere nichts an der Unzulässigkeit der Klausel, zumal nicht erwartet werden dürfe, dass jeder Verbraucher über einen derartigen Anschluss verfüge.

Weiters werde der Verbraucher dadurch gröblich benachteiligt iSd § 879 Abs 3 ABGB, dass er eine Nachfrist von sechs Wochen zu gewähren habe, während die Beklagte bereits nach vier Wochen vom Vertrag zurücktreten und eine Konventionalstrafe verlangen könne, wodurch die Rechtspositionen in einem auffallenden Missverständnis stünden.

Auch Klausel 2 verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil nach deren Wortlaut keineswegs ausgeschlossen werden könne, dass der Kunde Mehrkosten auch dann hinnehmen

müsse, wenn behördliche Auflagen und Mehraufwendungen tatsächlich vom Unternehmer zu vertreten seien. Nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sei eine einseitige Abweichung des Unternehmers von der vereinbarten Leistung zudem nur dann statthaft, wenn sie dem Verbraucher zumutbar sei, weil geringfügig und sachlich gerechtfertigt. Die von der Beklagten gewählte Formulierung lasse eine derartige sachliche Rechtfertigung aber gerade nicht erkennen.

Die in Klausel 3 vorgesehene Konventionalstrafe sei ebenso gröblich benachteiligend. Entgegen der Argumentation der Beklagten stünde eine solche nach dem Wortlaut bei jeder Vertragsverletzung undifferenziert iHv 10 % zu, und zwar bezogen auf den Gesamtpreis und nicht den noch ausstehenden Werklohn.

Schließlich stünde die in Klausel 4 vereinbarte Bindungsfrist von zehn Wochen in Widerspruch mit § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Eine Bindungsfrist solle nur so lange andauern, als dies für die Willensbildung des Unternehmers sachlich erforderlich sei. Auch unter Berücksichtigung, dass es sich bei der Errichtung eines Hauses um ein umfangreiches und aufwändiges Werk handle, sei eine zehnwöchige Frist unangemessen lange.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Berufung der Beklagten** aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in eine Klagsabweisung abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der **Kläger** beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die **Berufung** ist **teilweise berechtigt**.

1. Die Grundsätze für die Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbandsverfahren werden als bekannt vorausgesetzt (s im Detail jüngst 7 Ob 242/18s mwN).

Im Hinblick auf die Berufungsausführungen ist lediglich hervorzuheben, dass die Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln im abstrakten Kontrollverfahren einer Verbandsklage nur generalisierend erfolgen kann; für eine individualvertragskonforme Auslegung ist kein Raum. Da der Verbandsprozess die Funktion hat, unzulässige AGB-Klauseln präventiv aus dem Rechtsverkehr zu ziehen, ist die Unklarheitenregel des § 915 ABGB im kundenfeindlichsten Sinne auszulegen (2 Ob 523/94 = RIS-Justiz RS0016590). Auch der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RIS-Justiz RS0121943; vgl auch RS0121726).

Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann weiters keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; eine geltungserhaltende Reduktion kommt daher nicht in Betracht (vgl RIS-Justiz RS0038205). Damit ist auch die Aufgliederung einer (einzelnen) eigenständigen Klausel gemeint, die teils Verbotenes, teils Erlaubtes enthält (RIS-Justiz RS0038205 [T7]).

## 2. Zu Klausel 1:

2.1 Das Erfordernis, die Kündigung mittels „*eingeschriebenem Brief*“ zu versenden, kann im Geltungsbereich des § 6 Abs 1 Z 4 KSchG nicht wirksam vereinbart werden (vgl *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 68; *Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 9).

Aber auch wenn man dieses ersatzlos entfallen lassen und die Klausel auf eine „Übermittlung mittels Brief oder E-Mail“ reduzieren würde, ist diese unzulässig, weil darin untrennbar auf eine „Nachfrist von mindestens sechs Wochen“ Bezug genommen wird und dieser Teil der Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG verstößt.

**2.2** Eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers iSd § 879 Abs 3 ABGB ist anzunehmen, wenn keine sachliche Rechtfertigung für eine Abweichung von der den Durchschnittsfall regelnden Norm des dispositiven Rechts vorliegt und insbesondere dann, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (vgl RIS-Justiz RS0016914 [T4, T6], RS0014676).

Dem Kläger und dem Erstgericht ist beizupflichten, dass die Regelung, nach der der Käufer in jedem Falle des Lieferverzugs eine zumindest sechswöchige Nachfrist setzen müsse, während die Beklagte lediglich vier Wochen gewähren müsse und sogleich eine Konventionalstrafe verlangen könne, den Konsumenten ungerechtfertigt benachteiligt.

So ist insbesondere nicht einsichtig, warum die „angemessene Frist“ des § 918 ABGB in jedem Fall und zu jedem Zeitpunkt bei der Beklagten länger sein soll als bei ihrem Kunden, wobei der Unterschied von vier zu sechs Wochen keineswegs als vernachlässigbar angesehen werden kann. Ein Bauprojekt ist zweifellos nicht nur für das Bauunternehmen, sondern auch für den Werkbesteller ein wichtiges und arbeits- sowie kostenintensives Unterfangen. So ist richtig, dass die Beklagte zwar

zahlreiche Teilleistungen erbringen und in Vorleistung treten muss, allerdings gehört die Errichtung eines Fertig(teil)hauses zu ihrem „Tagesgeschäft“, während die Aufstellung einer Finanzierung für den Besteller idR eine einmalige Situation sein wird und dieser den Zahlungsplan von der Beklagten vorgegeben erhält (vgl Punkt 4.2 der AGB Beilage ./1). Im Übrigen stellt das Rücktrittsrecht der Beklagten nicht bloß auf einen Zahlungsverzug, sondern darauf ab, dass *„der Käufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag“* nicht nachkommt, worunter etwa auch Mitwirkungspflichten verstanden werden können (wobei insofern das Verhältnis zu Punkt 4.2. unklar ist, laut dem die Beklagte berechtigt ist, einen neuen Liefertermin festzusetzen, wenn der Käufer *„eine der genannten Voraussetzungen“* nicht rechtzeitig erbringt). Nach Punkt 4.2. hat der Käufer etwa für den Abschluss einer Versicherung zu sorgen, nach Punkt 4.5. für die Beistellung von Strom und Wasser. Weiters ist dieser gemäß Punkt 4.5. verpflichtet, das Grundstück so vorzubereiten, dass es ungehindert mit Baufahrzeugen erreicht werden kann. In Punkt 4.4 wird festgehalten, dass die Beklagte dem Käufer bei der Erlangung der Baugenehmigung lediglich *„behilflich“* sei und dieser nicht nur den Bauantrag stellen müsse, sondern auch zahlreiche Unterlagen, Pläne udgl beizubringen habe. Daher fallen tatsächlich einige Vorleistungen, die die Beklagte für ihren Standpunkt ins Treffen führt, nach ihren AGB in die Zuständigkeit des Käufers. Eine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung bei der Nachfristsetzung ist somit nicht erkennbar.

**2.3** Schließlich bleibt offen, warum die Beklagte bei jedwedem Grund für einen Lieferverzug und in jedwedem

Projektstadium eine derart lange Frist von sechs Wochen benötigt, woraus sich ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ergibt. Unter diese Bestimmung fällt nämlich auch die Vereinbarung einer im Verhältnis zu § 918 ABGB unangemessen langen Nachfrist, die der Verbraucher dem säumigen Unternehmer setzen muss (vgl. *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 8).

Wie gerade dargelegt, sind tatsächlich zahlreiche Aufgaben im Vorfeld der Errichtung des Hauses dem Käufer zugewiesen. Umgekehrt müssten insbesondere dann, wenn die Beklagte bereits erhebliche Vorleistungen erbracht hat, wie sie in ihrer Berufung argumentiert, die der Fertigstellung entgegenstehenden Hindernisse immer geringer werden. Eine verspätete Lieferung, die durch außerordentliche Umstände verursacht wurde, berechtigt den Kunden nach dem weiteren (nicht angefochtenen) Inhalt der Klausel ohnedies nicht zum Rücktritt. (Nach dem letzten Satz dieser Klausel soll ein Rücktritt durch den Käufer „nach Produktions- bzw Baubeginn“ überhaupt ausgeschlossen sein.) Das pauschale Erfordernis einer mindestens sechswöchigen Nachfrist weicht somit zu Lasten des Konsumenten von der „angemessenen Nachfrist“ des § 918 ABGB ab und ist damit ebenfalls unzulässig.

**2.4** Da die Klausel eine fixe Nachfrist vorsieht und keine Umstände definiert, die für deren Länge relevant wären, musste das Erstgericht auch kein Beweisverfahren zur sachlichen Rechtfertigung abführen, sodass entgegen den Berufungsausführungen keine sekundären Feststellungsmängel vorliegen.

Warum es relevant sein soll, dass diese Klausel lediglich den Verzugsfall und nicht die

Vertragsanfechtung wegen eines Wurzel Mangels regle, lässt die Berufungswerberin offen.

Im Ergebnis hat das Erstgericht diese Klausel somit zu Recht als Ganzes verboten.

**3. Zu Klausel 2:**

**3.1** Nach dieser Klausel muss der Käufer (je nach bestellter Ausbaustufe) Mehrkosten von 5 oder 10 % des Kaufpreises hinnehmen, die aus „*behördlichen Auflagen und Mehraufwendungen zufolge technischer Änderungen und Bauvorschriften seit Vertragsabschluss*“ resultieren. Wie das Erstgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, differenziert diese Klausel nicht danach, ob diese Änderungen für die Beklagte vorhersehbar waren oder nicht. So muss der Käufer demnach auch einen Mehraufwand abdecken, der daraus resultiert, dass die Beklagte bei der Planung und Ausführung eine Änderung, die während der Bauphase eintritt und die ihr als Fachunternehmen bekannt hätte sein müssen, nicht berücksichtigt hat. Die Überwälzung dieser Kosten weicht aber vom dispositiven Recht ab benachteiligt den Käufer gröblich iSd § 879 Abs 3 ABGB. (Nur) In diesem Sinne sind die vom Kläger ins Treffen geführten Planungsmängel und Kalkulationsirrtümer zu verstehen. Die Ausführungen der Beklagten zu gewährleistungs- und irrtumsrechtlichen Ansprüchen ihrer Kunden gehen damit ins Leere. Im Übrigen ergibt sich aus dem zweiten Satz der beanstandeten Passage gerade nicht, dass der Käufer eine Übernahme der genannten Mehrkosten in diesem Umfang unter Berufung auf Irrtums- oder Gewährleistungsrecht oder eine nachträgliche Unmöglichkeit verweigern könnte, sondern das genaue Gegenteil.

**3.2** Eine Klausel, nach der der Unternehmer die von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, ist zudem gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nur dann zulässig, wenn dies dem Verbraucher zumutbar ist, insbesondere weil die Abweichung geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Selbst wenn man 10 % des Kaufpreises in diesem Zusammenhang noch als geringfügig ansehen würde, fehlt es aber an einer sachlichen Rechtfertigung, können unter den Text der Klausel, wie ausgeführt, doch auch Fehler der Beklagten, die diese grundsätzlich selbst zu vertreten hätte, subsumiert werden. Die Vorbehalte müssen, damit sie rechtswirksam bleiben, aber möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein (vgl. *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 6 KSchG Rz 74).

**3.3** Aus dem gleichen Grund verstößt die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wonach ein Unternehmer für seine Leistung nur dann ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt verlangen kann, wenn ua die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind. Der Passus in der angefochtenen Klausel, laut dem „*eventuelle Minderkosten den Kaufpreis reduzieren*“ ist entgegen der Ansicht der Beklagten eine weitere Voraussetzung der Z 5 und keine sachliche Rechtfertigung.

#### **4. Zu Klausel 3:**

**4.1** Der Kläger und das Erstgericht qualifizieren die Bestimmungen zur Konventionalstrafe als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Eine gröbliche Verletzung des Vertragspartners kann sowohl in der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe, als auch in einem durch den Vertrag herbeigeführten

Ungleichgewicht der beiderseitigen Rechte und Pflichten liegen (vgl RIS-Justiz RS0016920).

**4.2** Die inkriminierte Klausel sieht eine sofort fällige (vom Eintritt und Nachweis eines tatsächlichen Schadens grundsätzlich unabhängige, vgl RIS-Justiz RS0032103) Konventionalstrafe von 10 % vor, „falls der Käufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag trotz schriftlicher Mahnung und Nachfristsetzung von vier Wochen nicht nachkommt“, was, wie bereits zu Klausel 1 ausgeführt, keineswegs bloß Zahlungsverpflichtungen sein können. Zudem muss sich die Beklagte nicht mit diesen 10 % begnügen, sondern kann nach dem nächsten Satz alternativ auf die Vertragserfüllung bestehen.

Der Käufer ist demgegenüber (nach einer Fristsetzung von sechs Wochen) auf Schadenersatzansprüche iSd § 920 ABGB beschränkt, die er fällig zu stellen und (dem Grunde und der Höhe nach) nachzuweisen hat, sodass schon insofern ein Ungleichgewicht vorliegt.

**4.3** Bei Vereinbarung einer Konventionalstrafe kommt es im Übrigen darauf an, ob sich die Höhe des Vergütungsbetrages an jenem durchschnittlichen Schaden orientiert, der nach der Schätzung eines redlichen Beobachters bei der vorgefallenen Vertragsverletzung normalerweise eintritt (vgl RIS-Justiz RS0016913). Zu 10 Ob 47/08x (Klausel 2) qualifizierte der Oberste Gerichtshof daher eine Klausel als unzulässig, die die Höhe der Vertragsstrafe nicht von der Höhe des tatsächlichen Schadens oder von der Vertragsdauer abhängig machte, sondern sich davon unabhängig ausschließlich an der Vertragssumme bzw der Höhe des Bausparguthabens orientierte.

Dass es Fälle geben mag, in denen 10 % des Kaufpreises im Ergebnis für den Konsumenten günstiger sind als der Nichterfüllungsschaden der Beklagten iSd § 920 ABGB oder ein Werklohnanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB ändert nichts daran, dass die undifferenzierte Festlegung einer derartigen Konventionalstrafe im Sinne dieser Rechtsprechung gröblich benachteiligend ist.

**4.4** Da diese Klausel gerade keine Kriterien für die Bemessung nennt, liegen auch insofern keine sekundären Feststellungsmängel zur sachlichen Rechtfertigung vor.

**4.5** Schließlich kann diese Klausel angesichts der Regelungseinheit auch nicht auf den Teil *„Falls der Käufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag trotz schriftlicher Mahnung und Nachfristsetzung von 4 Wochen nicht nachkommt, ist der AN berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten“* reduziert werden; im Übrigen ist diese Nachfrist auch im Zusammenhang mit Klausel 1 unzulässig.

#### **5. Zu Klausel 4:**

**5.1** Insofern brachte der Kläger lediglich vor, dass die zehnwöchige Bindungsfrist gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG verstoße und die angefochtene Klausel einen einheitlichen Regelungsbereich darstelle.

**5.2** Der Oberste Gerichtshof hielt zu 4 Ob 221/06p (Klausel 29) fest, § 6 Abs 1 Z 1 KSchG wolle sicherstellen, dass die Bindungsfrist des Verbrauchers nur solange dauert, als es für die Willensbildung auf Seiten des Unternehmers angesichts der typischen Umstände des Falls sachlich erforderlich ist. Eine ohne sachlichen Grund merklich längere Bindung des Verbrauchers an sein Anbot schränke seine Dispositionsfähigkeit auf ungerechtfertigte Weise ein und verstoße gegen diese Bestimmung. Zwar könnten Kalkulationserfordernisse,

Bonitätsprüfungen und übliche Lieferfristen grundsätzlich als sachliche Rechtfertigung dienen, in concreto wurde eine Frist von zwei Monaten bei KFZ-Finanzierungen jedoch als überschießend beurteilt.

Wenn man berücksichtigt, dass es hier nicht um große und einzigartige Bauprojekte geht, sondern um die standardmäßige Errichtung von Fertig(teil)häusern mit einer Projektzeit von maximal einem Jahr, die lediglich an Sonderwünsche des Kunden und allfällige örtliche Besonderheiten angepasst werden müssen, erscheint eine generelle Annahmefrist von zehn Wochen tatsächlich zu lange. Entgegen den Berufungsausführungen muss die Beklagte in diesem Zeitraum ja nicht für die rechtliche und faktische Baureife Sorge tragen, sondern nur die Anforderungen und Gegebenheiten so weit mit ihrem Leistungsbild abstimmen, dass ein Vertrag perfektioniert werden kann.

**5.3** Allerdings ist der Beklagten darin beizupflichten, dass die als „Klausel 4“ angefochtene Passage mehrere eigenständige Regelungen enthält.

Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig iSd § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks; es können auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (vgl. RIS-Justiz RS0121187).

Die Sätze

- „Der Käufer nimmt zur Kenntnis, dass der Vertreter von VARIO-BAU nicht zum Vertragsabschluss, sondern

*lediglich zur Entgegennahme von schriftlichen Angeboten bevollmächtigt ist."*

*- „Mit Unterfertigung dieser Urkunde entsteht ein für den Käufer bindendes Angebot mit obigen [sic!] Inhalt."*

*- „Dieses Angebot wird auch für VARIO-BAU durch firmenmäßige Unterfertigung binnen 10 Wochen ab dem Datum der Unterfertigung durch den Käufer zur verbindlichen Bestellung."*

*- „Der Käufer erhält bei Annahme dieses Angebots durch VARIO-BAU eine schriftliche Bestätigung."*

haben aber jeweils einen unterschiedlichen Regelungsinhalt und können, ungeachtet der Bezugnahme auf „dieses Angebot“, auch voneinander unabhängig bestehen. Daher ist es sehr wohl möglich, lediglich den dritten Satz mit der Bindungsfrist für unzulässig zu erklären, die übrigen Teile aber aufrecht zu lassen.

6. Im Ergebnis besteht daher das Klagebegehren im Umfang der Klauseln 1 bis 3 und des dritten Satzes der Klausel 4 zu Recht.

Das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr wird von der Beklagten ebensowenig bestritten wie die Berechtigung zur Urteilsveröffentlichung und deren Art und Umfang.

Die Beklagte hat sich zudem weder im erstinstanzlichen Verfahren, noch in ihrer Berufung dagegen gewandt, dass das Unterlassungsbegehren keine Leistungsfrist enthält und insbesondere kein Vorbringen erstattet, warum und in welchen Fällen eine solche erforderlich wäre (s dazu 9 Ob 82/17z, 9 Ob 76/18v), sodass auch darauf nicht weiter einzugehen ist.

**7.** Die Abänderung in der Hauptsache führt auch zu einer Änderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung, bei der § 43 Abs 1 ZPO zur Anwendung kommt.

Mangels anderer Bewertung ist davon auszugehen, dass vom Streitwert von EUR 36.000,- auf jede der vier Klauseln EUR 9.000,- entfallen. Wenn man weiters Klausel 4 in vier selbstständige Regelungen unterteilt, von denen nur eine unzulässig ist, konnte die Beklagte EUR 6.750,- oder 18,75 % abwehren. Der Kläger hat daher lediglich Anspruch auf 62,5 % seiner Vertretungskosten, das sind EUR 3.364,05 (darin EUR 560,68 an USt), und 81,25 % seiner Barauslagen (Pauschalgebühr), das sind EUR 1.185,44. Bei der Beklagten fielen in erster Instanz keine privilegierten Barauslagen an.

Einwendungen iSd § 54 Abs 1a ZPO wurden nicht erhoben.

**8.** Die Kostenentscheidung im Rechtsmittelverfahren beruht auf §§ 43 Abs 1, 50 ZPO.

Die Beklagte drang auch insoweit mit 18,75 % durch, sodass sie EUR 402,38 an anteiligen Pauschalgebühren erhält und dem Kläger 62,5 % der Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen hat, das sind EUR 1.906,95 (darin EUR 317,83 an USt).

**9.** Bei der Bewertung iSd § 500 Abs 2 ZPO wurde dem vom Kläger angegebenen Interesse gefolgt.

**10.** Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil der Oberste Gerichtshof auch zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht jedenfalls berufen ist und für die Beurteilung auf bereits gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden konnte, sodass sich keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO gestellt hat (vgl. RIS-Justiz RS0121516). Auch die Frage der

Teilbarkeit einer Klausel ist eine solche des Einzelfalls  
(vgl. RIS-Justiz RS0121187 [T8]).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 1, am 21. August 2019

**Dr. Regine Jesionek**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG