



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Těply und MMag. Frank in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Kung Fu Schule Yin-Yang**, Wittelsbachstraße 2/1-3, vertreten durch Dr. Alexander Gruber, Rechtsanwalt in Wien, als bestellter Verfahrenshelfer, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 4.500,--), über die Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 23.11.2009, 41 Cg 44/08s-27, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Berufungen wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 901,74 (darin EUR 150,29 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

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

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 klagende Verein ist gemäß § 29 Abs 1 KSchG legi-

timiert, die in § 28 KSchG geregelten Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

Der Beklagte ist ein zur ZVR-Zahl 682117663 im Vereinsregister eingetragener Verein, der eine Schule für die Kampfsportart Kung-Fu betreibt und seine Leistungen schwerpunktmäßig in Wien anbietet. Bei seiner Geschäftstätigkeit tritt er regelmäßig in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Verbrauchern und verwendet dafür Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bzw Vertragsformblätter, die bis Mai 2008 ua folgende 6 Klauseln enthielten:

1) *Ich bestätige, dass mir keinerlei Zusagen gemacht wurden, die in diesem Antrag nicht schriftlich festgehalten sind.*

2) *Bei Bankeinzahlung wird eine Gebühr von Euro 0,36 pro Einzahlung zuzüglich zum Mitgliedsbeitrag eingehoben.*

3) *Bei vorzeitiger und fristgerechter Kündigung des Vertrages ist die Vereinsleitung berechtigt, den bis zum Ablauf der im Vertrag festgesetzten Wirkungsdauer fälligen Mitgliedsbeitrag in voller Höhe laut den Vertragspunkten 3 & 6 zu fordern.*

4) *Das bedeutet also bei Kündigung im ersten Vertragsjahr eine zusätzliche Zahlung von maximal 12 Monatsbeiträgen (abzüglich der seit Vertragsbeginn bereits bezahlten, konsumierten Anzahl der Mitgliedschaftsmonate), bei Kündigung ab dem zweiten Mitgliedschaftsjahr eine zusätzliche Zahlung von maximal 8 Monatsbeiträgen, wenn die Kündigung bis längstens [hier 31.3.] erklärt wird und eine zusätzliche Zahlung von maximal 6 Monatsbeiträgen, (abzüglich der Anzahl der im Vertrags Halbjahr bereits bezahlten, konsumierten Mitgliedschaftsmonate) wenn die Kündigung bis längstens [hier 30.11.] erklärt wird.*

5) *Bei Rückständen von zwei Monatsbeiträgen ist der Teilnehmer nach erfolgloser schriftlicher Mahnung unter Setzung einer 14tägigen Nachfrist verpflichtet, binnen weiterer 14 Tage die bis zum frühest möglichen Kündigungstermin gemäß Pkt. 4 fällig werdenden monatlichen Kursbeiträge und den Verbandsbeitrag gemäß Punkt 13. zzgl. 10% Bearbeitungsgebühr, sofort zu bezahlen.*

6) *Der Antragsteller verpflichtet sich, den Jahresbeitrag von derzeit 33 Euro für diesen Verband bei der Unterzeichnung des Vertrages und bei Erstreckung der Vertragsdauer in das nächstfolgende Kalenderjahr unaufgefordert bis spätestens 15. Jänner des Folgejahres einzuzahlen. Die Pass Ausstellungsgebühr beträgt - 3,-. Nach dem 15.*

Jänner beträgt der Jahresbeitrag 36,-, außer bei Neuanmeldung.

Mit seiner Verbandsklage begehrte der Kläger, den Beklagten schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung dieser oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen; ferner es zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden seien. Weiters begehrt der Kläger, ihm die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft ein Mal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Stammausgabe für Wien, Niederösterreich und das Burgenland, auf Kosten des Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

Die Klauseln verstießen gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen, insbesondere gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Wiederholungsgefahr bestehe, weil es der Beklagte abgelehnt habe, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten des Beklagten, worauf das Begehren auf Urteilsveröffentlichung gründe.

Der Beklagte beantragte die Abweisung dieser Begehren und wendete zusammengefasst ein, die inkriminierten Klauseln seien weder sittenwidrig noch gröblich benachteiligend. Die gemeinsam mit dem Kläger ausgearbeiteten und von diesem genehmigten Klauseln würden seit Mai 2008 nicht mehr verwendet, sodass auch

keine Wiederholungsgefahr bestehe.

Weiters erstatteten beide Parteien Vorbringen zu den einzelnen Klauseln, welches aus Gründen der Übersichtlichkeit im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge dargestellt wird.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren des Klägers bezüglich der Klauseln 1 sowie 2 bis 6 und dem sich darauf beziehenden Veröffentlichungsbegehren Folge; das darüber hinausgehende Begehren bezüglich der Klausel 2 wies es ab. Dazu stellte es zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt fest, dass der Beklagte seine geschäftliche Tätigkeit in Wien betreibt und diese auf seiner Website www.shaolinkungfu.at überdies einer breiten Öffentlichkeit anbietet. Im Jahr 1999 forderte der Kläger vom Beklagten in einem Abmahnschreiben die Abgabe einer Unterlassungserklärung hinsichtlich damals in Verwendung stehender Vertragsklauseln. Da diese am 27.07.1999 abgegeben wurde, nahm der Kläger von der Einbringung einer Verbandsklage Abstand. In der Folge änderte der Beklagte die inkriminierten Klauseln ab. Die neuen ABG legte er dem Kläger zur Genehmigung vor. Eine solche wurde jedoch von diesem nicht erteilt. Mit Schreiben vom 19.05.2008 forderte der Kläger den Beklagten zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hinsichtlich der klagsgegenständlichen Klauseln auf, welcher Aufforderung dieser nicht nachkam. Seit Mai 2008 werden die inkriminierten Klauseln vom Beklagten nicht mehr verwendet.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, nur die vollständige Unterwerfung unter das Unterlassungsbegehren, die eine neuerliche Verwendung der Klauseln geradezu ausgeschlossen erscheinen lasse, bringe

die Wiederholungsgefahr zum Wegfall. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür biete, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung berufe, reiche keinesfalls aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Der Beklagte habe seine Geschäftsbedingungen nach dem Erhalt des Aufforderungsschreibens nach § 28 Abs 3 KSchG bzw erst nach Klagseinbringung abgeändert. Mangels Abgabe einer uneingeschränkten Unterlassungserklärung bestehe daher die Wiederholungsgefahr unverändert weiter.

Die Rechtsausführungen des Erstgerichtes zu den einzelnen Klauseln werden zur Wahrung des Zusammenhanges bei der Behandlung der Rechtsrüge dargestellt.

Da der Beklagte seine Tätigkeit hauptsächlich im Bereich Wien und Umgebung entfalte, sei die Veröffentlichung des Urteils im begehrten Umfang zur Aufklärung des Zielpublikums und der beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage angemessen.

Gegen den klagsstattgebenden Teil des Urteils mit Ausnahme der Stattgebung in Bezug auf die Klausel 1, die als unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, richtet sich die Berufung des Beklagten aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil hinsichtlich der Klauseln 3 bis 6 im klagsabweisenden Sinn und hinsichtlich des Veröffentlichungsbegehrens dahin abzuändern, dass die Urteilsveröffentlichung auf den Wiener Raum beschränkt werde.

Gegen die Abweisung des Klagebegehrens bezüglich der Klausel 2 samt dem darauf bezogenen Veröffentlichungsbegehren richtet sich die Berufung des Klägers aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil dahin abzuändern,

dass dem Klagebegehren auch bezüglich dieser Klausel stattgegeben werde.

Die Streitteile beantragen, der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Beide Berufungen sind nicht berechtigt

1. Beide Rechtsmittel enthalten ausschließlich eine Rechtsrüge. Deren Behandlung sind folgende allgemeinen Grundsätze voranzustellen:

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in auffallendem 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).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder

unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (4 Ob 28/01y = SZ 74/52 mwN). Insbesondere darf er durch die Formulierung einer Klausel nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist. Vielmehr sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 179/02f). Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

§ 864a ABGB erfasst alle für den Vertragspartner nachteiligen Klauseln, mit denen er nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, vernünftigerweise nicht rechnen musste. Dazu zählen Klauseln, die von seiner berechtigten Erwartung deutlich abweichen (6 Ob 55/02k; Bollenberger in KBB², § 864a Rz 10 mwN). Entscheidend ist auch das äußere Erscheinungsbild der Urkunde (4 Ob 179/02f). Die Klausel muss einen Überraschungseffekt haben, was etwa dann der Fall ist, wenn sie sich nicht dort befindet, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss und er sie nicht dort findet, wo er sie vermuten könnte (4 Ob 56/03v; Bollenberger aaO Rz 10; Lehofer in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG² § 864a ABGB).

Im Verfahren über eine Verbandsklage nach § 28 KSchG hat die Auslegung der beanstandeten Klausel im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen; danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder

gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Sind Klauseln teilweise zulässig, so kann dies nicht berücksichtigt werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RIS-Justiz RS0038205).

2. Zur Berufung des Beklagten

2.1. Der Kläger machte die Unwirksamkeit der Klauseln 3 und 4 nach § 879 Abs 3 ABGB geltend. Erstere Klausel umfasse auch den Fall, dass der Kunde den Vertrag aus wichtigem Grund vorzeitig beende. Die Vereinbarung eines Schadenersatzes in Höhe der noch offenen Mitgliedsbeiträge für den Fall, dass der Verbraucher den Vertrag vorzeitig kündigt, stelle eine gröblich benachteiligende Pönalevereinbarung dar. Da bei den vom Beklagten geschlossenen Verträgen werkvertragliche Elemente überwiegen würden, müsse er sich anrechnen lassen, was er sich durch das Unterbleiben der Leistung erspare. Eine gröbliche Benachteiligung liege überdies darin, dass bei vorzeitiger Auflösung des Vertrages infolge Zahlungsverzugs des Kunden gleichzeitig Terminsverlust eintrete, während der Unternehmer - bei kundenfeindlichster Auslegung von Punkt 7 der ABG - seine Leistung nicht bereitstellen müsse. Die in der Klausel 4 enthaltene Vereinbarung, wonach 8 Monatsbeiträge zu zahlen seien, wenn die Kündigung frist- und termingerecht - dh zum Ablauf von 6 Trainingsmonaten unter Einhaltung der zweimonatigen Kündigungsfrist - erfolge, sei überdies widersprüchlich und damit intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Der Beklagte bestritt die Gesetzwidrigkeit der Klauseln 3 und 4 und wendete ein, diese als Einheit zu betrachtende Regelung der vorzeitigen und fristgerechten Kündigung sei konsumentenfreundlich und diene dem besseren Verständnis der Kündigungsmodalität. Sie beziehe sich nur auf die ordentliche, nicht auch auf die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Bei der Höhe der

vereinbarten Vertragsstrafe müsse berücksichtigt werden, dass nur eine beschränkte Anzahl von Trainingsteilnahmeplätzen vorhanden sei, der Platz eines ausgeschiedenen Teilnehmers nicht sofort vergeben werden könne und der Aufwand für den Beklagten (Training, Verwaltungsaufwand, laufende Kosten) bei Ausscheiden eines Teilnehmers gleich hoch bleibe.

Das Erstgericht folgte im Wesentlichen der Argumentation des Klägers und beurteilte beide Klauseln als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Durch die Formulierung könnte dem Kunden überdies verschleiert werden, dass es sich um eine - dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende - Vertragsstrafe handle. Da er dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden könne, erweise sich die Bestimmung auch als intransparent iS des § 6 Abs 3 KSchG. Ein solche Intransparenz liege auch im Widerspruch zwischen der Verpflichtung zur Fortzahlung des Mitgliedsbeitrages über 8 Monate bei gleichzeitig vereinbarter zweimonatiger Kündigungsfrist.

Der Berufungswerber bekämpft diese Ausführungen unter weitgehender Wiederholung seiner im Verfahren erster Instanz vorgetragenen und bereits vom Erstgericht als nicht stichhältig erkannten Argumentation. Er ist daher vorweg auf dessen zutreffende Rechtsausführungen zu verweisen (§ 500a ZPO) und ist lediglich Folgendes zu ergänzen:

Entgegen der Auffassung der Berufung ist die Anwendung der Klausel 3 nicht offenkundig auf die ordentliche Kündigung beschränkt, sondern erfasst ihr Wortlaut „Bei vorzeitiger ... Kündigung des Vertrages ...“ bei kundenfeindlichster Auslegung auch die außerordentliche Kündigung. Die Verpflichtung zur Fortzahlung des Mitgliedschaftsbeitrages wurde zu Recht als Vereinbarung einer

Vertragsstrafe gewertet. Das Argument, es sei nur eine beschränkte Anzahl von Trainingsteilnehmerplätzen vorhanden, weshalb sich die Vertragsstrafe am durchschnittlichen Schaden des Beklagten bei (vorzeitiger) Kündigung eines Teilnehmers richte, verfängt nicht, soll es die inkriminierte Klausel doch dem Beklagten ermöglichen, das Restentgelt für die Dauer des Vertrages unabhängig davon zu verrechnen, ob ein neuer Kunde den freigewordenen Trainingsplatz einnimmt oder nicht.

Der Bewertung der Klauseln 3 und 4 als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG durch das Erstgericht tritt die Berufung gar nicht entgegen. Die Klagsstattgebung bezüglich der beiden Klausel ist daher schon aus diesem Grund gerechtfertigt.

2.2. In der Klausel 5 erblickte der Kläger einen Verstoß gegen § 13 KSchG. Diese stelle nicht darauf ab, dass der Unternehmer seine Leistung schon erbracht habe. Der jährlich zu leistende Verbandsbeitrag werde laut Vertragsbedingung 13 am 15.01. fällig und müsse erstmals bei Vertragsunterzeichnung bezahlt werden. Selbst wenn ein Terminsverlust gesetzmäßig verlangt werde, könne dieser Jahresbeitrag nicht miteinbezogen werden, weil es sich um keine Ratenschuld handle. Die Vereinbarung einer 10%-igen Bearbeitungsgebühr an dieser Stelle im Vertrag sei überraschend (§ 864a ABGB) und gröblich benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB), zumal sich der Unternehmer auch bei Terminsverlust anrechnen lassen müsse, was er sich durch das Unterbleiben der Leistung erspart habe.

Nach Auffassung des Beklagten soll diese Klausel nicht zu beanstanden sein, weil er bereits mit der Zurverfügungstellung eines Trainingsplatzes einen Teil seiner Leistung erbringe und es am Vertragspartner liege, ob er diese Möglichkeit nütze oder nicht. Die Vereinbarung einer 10%-igen Bearbeitungsgebühr sei nicht überraschend,

sondern allgemein üblich. Zur Anrechnung der Ersparnis durch das Unterbleiben seiner Leistungen verwies er auf sein Vorbringen zur Beschränkung der Trainingsplätze und dem Gleichbleiben der Kosten bei Ausscheiden eines Mitglieds.

Das Erstgericht teilte weitgehend die Rechtsmeinung des Klägers und bejahte den Verstoß dieser Klausel gegen § 13 KSchG. Die Vereinbarung einer 10%-igen Bearbeitungsgebühr halte zwar der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB stand, sei aber - da es sich auch hier um eine Konventionalstrafe handle - intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Der Berufungswerber bestreitet den Verstoß gegen § 13 KSchG einzig mit der Behauptung, die von dieser Gesetzesbestimmung geforderte Erbringung seiner Leistungen sei bereits durch die Zurverfügungstellung des Trainingsplatzes erfüllt. Selbst bei Richtigkeit dieser Auffassung wäre für ihn aber nichts gewonnen, setzt doch die Ausübung des Terminsverlustes auch einen mindestens 6 wöchigen Rückstand des Verbrauchers mit einer Leistung voraus, der aber bei einem Rückstand mit zwei Monatsbeiträgen - wie er in der bezughabenden Klausel vorgesehen ist - nicht in jedem Fall gewährleistet ist, sodass die Bestimmung jedenfalls im Widerspruch zu § 13 KSchG steht.

Damit hat das Erstgericht auch die Verwendung dieser Klausel zutreffend untersagt.

2.3. Die in der Klausel 6 enthaltene Verpflichtung zur Zahlung einer Jahresgebühr an den Verband erachtete der Kläger als überraschend iSd § 864a ABGB sowie als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Der Kunde erwarte eine solche Kostentragungspflicht regelmäßig im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Hauptleistung. Im Formblatt des Klägers werde auf der ersten Seite nur der monatliche Kursbeitrag erwähnt, während alle anderen Kosten verstreut und unübersichtlich in den AGB auf der

Rückseite des Aufnahmeantrags zu finden seien.

Der Beklagte bestritt die Gesetzeswidrigkeit dieser Klausel unter Verweis auf das seit Mai 2008 verwendete Vertragsformular, bei dem sich dieser Hinweis auf dem Deckblatt befinde.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als überraschend iSd § 864a ABGB und führte aus, mit der Verpflichtung zur Zahlung einer Jahresgebühr an den Verband im Kleingedruckten sei nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen. Dass mit der Mitgliedschaft beim Beklagten notwendig auch jene beim Verband verbunden sei, aus dem die Zahlungspflicht entspringe, sei nicht verkehrsüblich und daher ungewöhnlich.

Der Berufungswerber tritt diesen Ausführungen ausschließlich mit dem Verweis auf seine seit Mai 2008 in Verwendung stehende Vertragsschablone entgegen, bei der diese Angaben bereits auf dem Deckblatt zu finden seien. Da hier aber seine vor dem Mai 2008 verwendeten und nicht die nachträglich geänderten AGB zur Beurteilung anstehen, geht dieser Hinweis fehl, sodass die Entscheidung des Erstgerichtes auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden ist.

2.4. Soweit der Berufungswerber das Vorliegen von Wiederholungsgefahr mit der Begründung bestreitet, dass er die beanstandeten AGB durch neue ersetzt habe, übersieht er, dass nach ständiger Rechtsprechung nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr beseitigt (5 Ob 227/98p; 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. Die Ver-

wendung 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. 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, kann die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (vgl 4 Ob 98/04x; 4 Ob 227/06w; 8 Ob 110/08x).

Ausgehend von diesen Grundsätzen kann hier mangels Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung durch den Beklagten vom Wegfall der Wiederholungsgefahr keine Rede sein.

2.5. Abschließend rügt der Berufungswerber den vom Erstgericht bewilligten Umfang der Urteilsveröffentlichung als überschießend und meint, diese wäre auf Wien zu beschränken gewesen.

Der Zweck der Urteilsveröffentlichung liegt nach § 30 KSchG iVm § 25 UWG darin, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963). Nach der hier anzuwendenden Judikatur zu § 25 UWG hängt die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im beehrten Ausmaß besteht. Art und Umfang der Veröffentlichung müssen in einem angemessenen Verhältnis zur Wirkung des Verstoßes stehen (RIS-Justiz RS0079737).

Nach den Feststellungen betreibt der Beklagte zwar seine geschäftliche Tätigkeit in Wien, bietet aber seine Leistungen auf seiner Website einer breiten Öffentlichkeit an. Da zwischen Wien einerseits und Niederösterreich und dem Burgenland andererseits ein intensiver Austausch

stattfindet, und vom Beklagten auch Konsumenten aus diesen Bundesländern angesprochen werden, erweist sich der Ausspruch des Erstgerichtes über die Urteilsveröffentlichung in der „Kronen Zeitung“, Stammausgabe für Wien, Niederösterreich und Burgenland, als berechtigt.

Der Berufung des Beklagten war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen.

3. Zur Berufung des Klägers

Der Kläger bekämpft die Abweisung des Klagebegehrens bezüglich der Klausel 2. Er beharrt auf seiner vom Erstgericht nicht geteilten Rechtsauffassung, dass diese Bestimmung, wonach der Kunde für Bankeinzahlungen eine Gebühr von EUR 0,36 Cent zu leisten habe, gegen §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB sowie gegen das Transparenzgebot iSd § 6 Abs 3 KSchG verstoße. Vom Unternehmer könne erwartet werden, dass er gerade die kostenrelevanten Bedingungen im Vertrag zusammenhängend und leicht auffindbar aufliste. Im beanstandeten Formblatt fänden sich an verschiedenen Stellen verstreut Zusatzkosten. Der Kunde müsse das Vertragswerk gezielt durchsuchen und den Gesamtbetrag, den er zu zahlen habe, scheinchenweise zusammentragen.

Des Weiteren bringt er vor, die Rechtslage habe sich zwischenzeitig dahin verändert, dass eine derartige Klausel kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung unzulässig sei. Änderungen des zwingenden Rechts seien vom Berufungsgericht ohne weiteres von Amts wegen seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Dies treffe auf die Normen des seit 01.11.2009 anzuwendenden Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG) zu. Nach § 27 Abs 6 ZaDiG sei die Erhebung eines Entgelts für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsmittels verboten. Gemessen an dieser Bestimmung sei die inkriminierte Klausel jedenfalls gesetzwidrig.

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung des Berufungswerbers, die bezughabende Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Dazu hat der Oberste Gerichtshof nämlich bereits mehrfach ausgesprochen, dass im Hinblick darauf, dass das Einzugsermächtigungsverfahren im Vergleich mit Giroüberweisung und Scheck beträchtliche Vorteile für alle Beteiligten bringe, keine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, wenn der Gläubiger - zum Ausgleich für seine mit der Nichterteilung einer Einzugsermächtigung verbundenen Kostennachteile - dem Schuldner eine mäßige Zahlscheinscheingebühr verrechnet (RIS-Justiz RS 0113222; 4 Ob 50/00g).

Wie das Erstgericht mit zutreffender Begründung dargestellt hat (§ 500a ZPO), bieten auch § 864a ABGB und § 6 Abs 3 KSchG keine Grundlage für den Unterlassungsanspruch des Klägers bezüglich der Klausel 2.

Zu prüfen bleibt daher, ob dieser auf § 27 Abs 6 ZaDiG gestützt werden kann. Nach dieser am 01.11.2009 in Kraft getretenen Bestimmung darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ist unzulässig.

Den Erläuternden Bemerkungen (Erläut RV 207 BlgNr 24.GP 34) zufolge soll durch die Bestimmung Transparenz und Wettbewerb bei der Erbringung von Zahlungsdiensten gefördert und verhindert werden, dass effiziente Zahlungsinstrumente auf diese Weise unattraktiv gemacht werden.

Das Verbot des § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG bedeutet

jedenfalls, dass keine Mehrgebühren für Zahlungen mittels Bankomat oder Kreditkarte gegenüber einer Barzahlung verlangt werden dürfen (VRInfo 2009 H 11, 3; Haghofer, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2010, 21; Koch, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick, *ÖBA* 2009, 869). Nach der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung erfasst das Verbot auch die bislang üblichen „Erlagscheingebühren“, sodass eine solche Zahlscheingebühr nunmehr gegen § 27 Abs 6 ZaDiG verstößt (Hagmaier, aaO; Koch, aaO; VRInfo 2009 H 11, 3). Diese Auffassung trägt dem eindeutigen Gesetzeswortlaut Rechnung: Ausgehend von der Legaldefinition des Zahlungsinstruments in § 3 Z 21 ZaDiG als „jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierte Verfahrensablauf, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das oder der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen“, fällt zweifellos auch die Überweisung mittels Zahlscheines unter diesen Begriff. Die Auffassung von Schopper/Fichtinger (*JAP* 2009/2010/20), wonach ausgehend von der Überlegung, dass das Verbot einer Zahlscheingebühr dazu führen würde, dass kostenintensivere und weniger effiziente Zahlungsmittel gefördert und für den Zahlungsempfänger effizientere Zahlungsmittel unattraktiv gemacht würden, im Sinne einer am Normzweck orientierten Auslegung vertreten werden könnte, dass der Zahlungsempfänger Kostennachteile, die ihm aufgrund eines bestimmten nachteiligen Zahlungsmittels tatsächlich entstanden sind, im Rahmen einer mäßigen Zahlscheingebühr verrechnen kann, überzeugt nicht, steht ihr doch der eindeutige Gesetzeswortlaut und der fehlende Nachweis eines - für die vorgeschlagene

teleologische Reduktion erforderlichen - der ratio legis widersprechenden überschießend weiten Gesetzeswortlauts entgegen. Die Zahlscheingebühr verstößt daher gegen § 27 Abs 6 ZaDiG.

Dies führt aber entgegen der Auffassung des Berufungswerbers nicht zur Stattgebung des Klagebegehrens in Ansehung der Klausel 2:

Es ist richtig, dass Änderungen des zwingenden Rechts von Amts wegen zu beachten sind, selbst wenn der zu beurteilende Sachverhalt vor der Rechtsänderung verwirklicht wurde, sofern die rückwirkende Anwendung geänderter Normen durch deren Rechtsnatur geboten ist (Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 503 ZPO Rz 204; RS0106868; 4 Ob 20/08g). Auf eine Rechtsänderung ist in jeder Lage des Verfahrens, somit auch in höherer Instanz Bedacht zu nehmen (Duursma-Kepplinger in M.Gumpoldsberger/Baumann, UWG § 14 Rz 110 mwN). Ob eine Gesetzesänderung für ein laufendes Verfahren zu beachten ist, ist nach den Übergangsbestimmungen zu beurteilen (4 Ob 98/04x mwN).

Das ZaDiG ist am 1.11.2009, sohin während des laufenden Verfahrens und nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz in Kraft getreten. Für das hier maßgebliche Verbot des § 27 Abs 2 2. Satz ZaDiG enthält § 75 leg cit keine Übergangsbestimmung.

Nach der vom Obersten Gerichtshof zum Lauterkeitsrecht entwickelten Rechtsprechung ist, wenn aufgrund eines nach alter Rechtslage verwirklichten Lauterkeitsverstoßes ein Unterlassungstitel geschaffen wurde und sich während des Rechtsmittelverfahrens die Rechtslage geändert hat, die Berechtigung eines solchen Gebots auch am neuen Recht zu messen, weil dieses Gebot seinem Wesen nach ein in Zukunft liegendes Verhalten erfassen soll und daher nur dann aufrecht bleiben kann,

wenn das darin umschriebene Verhalten schon zum Zeitpunkt des Verstoßes verboten war und nach neuer Rechtslage weiterhin verboten ist (RIS-Justiz RS0123158; 4 Ob 177/07v; 4 Ob 20/08g). Wurde das beanstandete Verhalten vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung gesetzt, so ist sowohl die alte als auch die neue Rechtslage maßgebend. Ein Unterlassungsanspruch ist nur dann begründet, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstieß bzw verstößt (RIS-Justiz RS0123158).

Der Unterlassungsanspruch wird durch zwei Elemente konkretisiert: Eine Unterlassungspflicht und die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird. Fehlt eines dieser Elemente, dann besteht kein Unterlassungsanspruch. Bei der Gefahr des Zuwiderhandelns ist zu unterscheiden, ob der zu einer bestimmten Unterlassung Verpflichtete bereits einmal zuwidergehandelt oder ob er sich bisher rechtmäßig verhalten hat. Im ersten Fall wird vermutet, dass er wieder zuwiderhandeln werde (Wiederholungsgefahr); im zweiten Fall muss das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorstehen (Erstbegehungsgefahr) (4 Ob 87/94).

Verstieß nun das beanstandete Verhalten nicht gegen das zum Zeitpunkt seiner Setzung geltende Recht und verstößt es aber gegen das neue Recht, so liegt ungeachtet der späteren Verschärfung kein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht vor, der nach ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0037661, RS0005402) die Wiederholungsgefahr indiziert. Die Klägerin muss in diesem Fall vielmehr Umstände behaupten und beweisen (bescheinigen), die eine ernstlich drohende Gefahr der erstmaligen Begehung begründen; die bloß theoretische Möglichkeit der Begehung (das heißt der nunmehr rechtswidrigen Wiederholung des ursprünglich rechtmäßigen

Verhaltens) genügt nicht (4 Ob 58/07v; 4 Ob 20/08g). Für die Beurteilung, ob aus tatsächlichen Gründen Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr besteht, ist der Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz maßgebend (4 Ob 87/94; 4 Ob 140/94).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so verstieß die inkriminierte Klausel 2 nach der vor Inkrafttreten des ZaDiG geltenden Rechtslage gegen keine gesetzliche Bestimmung, sodass keine Unterlassungspflicht des Beklagten bestand. Dem Unterlassungsbegehren des Klägers könnte daher nur dann ein Erfolg beschieden sein, wenn er die ernstlich drohende Gefahr einer künftigen Rechtsverletzung durch den Beklagten (durch Verstoß gegen § 27 Abs 6 ZaDiG) substantiiert behauptet und unter Beweis gestellt hätte. Da dies nicht geschehen ist, kann der Unterlassungsanspruch mangels Erstbegehungsgefahr nicht auf die durch § 27 Abs 6 ZaDiG geänderte Rechtslage gestützt werden.

Der Berufung des Klägers war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Beide Streitparteien haben Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer erfolgreichen Berufungsbeantwortungen. Die vom Kläger verzeichneten Kosten waren insoweit geringfügig zu korrigieren, als für die Berufungsbeantwortung lediglich ein ERV-Zuschlag von EUR 1,80 verrechnet werden darf. Die Saldierung der wechselseitigen Forderungen (Kläger: EUR 1.554,06, darin EUR 259,01 USt; Beklagter: EUR 652,32, darin EUR 108,72 USt) führt zu einem Zuspruch an den Kläger von EUR 901,74 (darin EUR 150,29 USt).

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes gründet auf § 500 Abs 2 ZPO,

wobei kein Grund ersichtlich war, von der Bewertung des Klägers abzugehen.

Da keine erheblichen Rechtsfragen im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zu behandeln waren, ist die ordentliche Revision an den Obersten Gerichtshof nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 7.Mai 2010

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG