



**2R**

**61 / 08x**

Präsidium  
des Handelsgerichtes Wien

Engel am .....  
..... facht, mit ..... Beilag, ..... Akten  
..... Halbschriften

28. Nov. 2008

**Oberlandesgericht Wien**

Engel am **18. NOV. 2008** .... Uhr ... Min.  
..... facht, mit ..... Beilag, ..... Akten  
..... Halbschriften

15

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Spenling und Dr. Kuras und die Hofrätinnen Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei EBV-Leasing GmbH & Co KG, 1060 Wien, Linke Wienzeile 120, vertreten durch Dr. Raimund Gehart, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 21. April 2008, GZ 2 R 61/08t-11, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14. Jänner 2008, GZ 17 Cg 50/07w-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.748,88 EUR (darin 291,48 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die beklagte Partei ist ein Finanzinstitut und befasst sich mit dem Abschluss von Leasingverträgen. Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendete die beklagte Partei Allgemeine Vertragsbedingungen. Die

beklagte Partei steht in Kooperation mit den Tochtergesellschaften, s-Autoleasing GmbH und UNIQA Leasing GmbH, wobei die beklagte Partei bestehende Verträge verwaltet.

Mit Schreiben vom 23. 3. 2007 beanstandete die klagende Partei insgesamt 56 Klauseln der Allgemeinen Vertragsbedingungen (kurz: AVB) der beklagten Partei und forderte diese auf, bis spätestens 13. 4. 2007 eine mit einer Konventionalstrafe von 700 EUR (pro Klausel und Zuwiderhandlung) besicherte Unterlassungserklärung abzugeben. Auf Ersuchen der beklagten Partei wurde diese Frist bis 15. 6. 2007 erstreckt. Mit Schreiben vom 15. 6. 2007 erklärte die beklagte Partei, dass sie ihre AVB aus Anlass der Beanstandung überarbeitet habe, wobei jedoch hinsichtlich folgender Beanstandungen keine Korrekturen vorgenommen wurden:

Zu den Nummern 1, 55 und 56, weil die beanstandeten Klauseln nicht in der zuletzt verwendeten Fassung aufscheinen; zu den Nummer 21, 22, 31, 32 und 33, weil die AVB nur für Finanzierungsleasingverträge verwendet würden und dies nunmehr in der Überschrift vermerkt sei; zu Nummer 42, weil für die Kautions keine Zinsen verrechnet würden und daher auch keine Zinsgutschriften erfolgen könnten, und zu Nummer 50, weil die vom Leasingnehmer selbst vereinbarte Lieferfrist das Minimum seiner Bindungsfrist darstelle und im Durchschnitt dafür sechs Wochen angemessen seien.

Die beklagte Partei legte diesem Brief eine Neufassung ihrer AVB bei und gab die „vorbehaltlose Erklärung“ ab, „*daß 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". Weiters erklärte die beklagte Partei, „daß sie sich verpflichtet, für jeden Fall des Zuwiderhandelns gegen die vorstehende Erklärung nach dem 15. Juni 2007 eine Vertragsstrafe von EUR 700, an die Bundesarbeiterkammer zu bezahlen“.*

Mit Brief vom 21. 6. 2007 übermittelte die beklagte Partei der klagenden Partei eine korrigierte Fassung ihrer neuen AVB, in denen einige - im gegenständlichen Verfahren nicht relevante - Schreibfehler berichtigt worden waren.

Die für das Revisionsverfahren relevanten Klauseln lauten - wobei die von den Parteien und den Vorinstanzen gewählte Nummerierung verwendet wird - wie folgt:

*1) Die LG [Leasinggeberin] ist weiters berechtigt, alle aus dem LV [Leasingvertrag] entstehenden und entstandenen Rechte an Dritte zu übertragen.*

*10) Die LG leistet für offene Mängel, die bei Übernahme nicht beanstandet wurden, keine Gewähr. Für verdeckte Mängel besteht die Gewährleistungsverpflichtung der LG nur, wenn diese Mängel bei Übernahme bereits bestanden haben und innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend gemacht wurden. Die LG tritt diese Ansprüche dem LN ab. Sie verpflichtet ihn, sie in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und unter Ausschluss jeglicher weiterer Haftung der LG geltend zu machen. Die Mitabtretung eines allfälligen*

*Wandlungsanspruches bedarf einer ausdrücklichen, gesonderten schriftlichen Erklärung des LG.*

*16) Der Zinsanteil im monatlichen Leasingentgelt wird anhand des Dreimonats-Euribor wertgesichert. Basis ist der Dreimonats-Euribor, der am ersten Werktag des Kalenderquartals, in dem der LN [Leasingnehmer] den Leasingantrag unterschrieben hat, gilt. Vergleichszeitpunkt ist jeweils der erste Werktag der nachfolgenden Kalenderquartale. Der Zinsanteil ist in dem Verhältnis zu ändern, in dem der Dreimonats-Euribor zwischen Basis und Vergleichszeitpunkt prozentpunktemäßig gestiegen oder gesunken ist. Der die Wertsicherung auslösende Dreimonats-Euribor bildet die neue Basis für weitere Änderungen. Eine Änderung des Zinsanteiles führt auch zur Änderung des monatlichen Leasingentgeltes. Diese Änderungen werden für den LN ab dem Monat, der dem die Wertsicherung auslösenden Vergleichszeitpunkt folgt (mit 1. Feber, 1. Mai, 1. August oder 1. November jeden Jahres), wirksam.*

*20) Der LN hat der LG für jede Mahnung Spesen von EUR 10,90 zuzüglich Umsatzsteuer sowie für jede Intervention zum Inkasso oder zur Sicherstellung beziehungsweise Einziehung des LO [Leasingobjekts] EUR 109,00 zuzüglich Umsatzsteuer zu ersetzen. Übersteigt der tatsächliche Aufwand der LG die festgesetzten Spesen, kann der höhere Betrag begehrt werden. Unterliegen andere Betreuungsspesen als Mahnung und Intervention tarifmäßigen oder branchenüblichen Berechnungssätzen, sind sie dem LN nach diesen Berechnungssätzen vorzuschreiben.*

*42) Der LN hat über Verlangen der LG schon vor Vertragsbeginn eine Kautions (siehe Besondere Bestimmungen) zu erlegen. Sie bleibt unverzinst und dient der Sicherstellung*

*aller Forderungen der LG aus dem Bestande und der Auflösung (Beendigung) des LV.*

*50) Der LN ist an sein Vertragsanbot während der Dauer der vom Lieferanten genannten Lieferfrist, jedenfalls jedoch sechs Wochen, gebunden.*

*55) Der LN erklärt, anlässlich der Vertragsverhandlungen auf das Rücktrittsrecht gemäß § 3a KSchG dargestellt im Punkt 23.8 der Allgemeinen Vertragsbedingungen hingewiesen worden zu sein und auf dieses Rücktrittsrecht ausdrücklich zu verzichten.*

*56) Der Mitleasingnehmer bestätigt die wirtschaftliche Lage des Leasingnehmers zu kennen und seine Verpflichtungen in jedem Falle zu übernehmen (§ 25c KSchG).*

Im Rahmen der Kooperation werden der beklagten Partei in den von ihren Tochtergesellschaften UNIQA Leasing GmbH und s-Autoleasing GmbH abgeschlossenen Leasingverträgen, insbesondere in den zugrundeliegenden AVB, „die Rechte und Pflichten als Leasinggeberin eingeräumt“. Die beklagte Partei ist auch befugt, „an der Vertragsgestion mitzuwirken“.

Die Klauseln 1, 55 und 56 befinden sich in den AVB der UNIQA Leasing GmbH und der s-Autoleasing GmbH. Die Klauseln 10, 16 und 20 wurden von der beklagten Partei im März 2007 nicht mehr in jenem Wortlaut verwendet, jedenfalls aber bis zumindest 30. 8. 2004 von den Tochtergesellschaften der beklagten Partei.

Die **klagende Partei** beehrte mit ihrer am 18. 7. 2007 eingebrachten Klage, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, die - in ihrem Abmahnungsschreiben enthaltenen und im Einzelnen angeführten - (insgesamt 52 von 56) Klauseln oder

sinngleiche Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu verwenden und sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden seien; weiters stellte die klagende Partei ein Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich des klagestattgebenden Teils des Urteils. Die inkriminierten Klauseln seien gesetz- bzw sittenwidrig. Da der beklagten Partei in den von ihren Tochtergesellschaften abgeschlossenen Leasingverträgen die Rechte und Pflichten einer Leasinggeberin eingeräumt würden, sei sie auch als Verwenderin jener unzulässigen Klauseln anzusehen, die - nur - in den AVB dieser beiden Tochtergesellschaften enthalten seien. Das Schreiben der beklagten Partei vom 15. 6. 2007 sei nicht als taugliche, die Wiederholungsgefahr beseitigende Unterlassungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG einzustufen. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin, der sich gegen die Verwendung der erwähnten Vertragsbestimmungen wende, bestehe daher zu Recht. Nur hinsichtlich der in der Abmahnung enthaltenen Klauseln 21, 32, 33 und 36 nehme die Klägerin vorerst von einer Prozessführung Abstand. Auch ihr Veröffentlichungsinteresse sei zu bejahen.

**Die beklagte Partei** beantragte Klageabweisung. Die Klauseln 42 und 50 seien weder gesetz- noch sittenwidrig. Die Klauseln 1, 10, 16, 20, 55 und 56 seien von der beklagten Partei im Zeitpunkt der Abmahnung nicht mehr verwendet worden. Für Klauseln, die in den AVB ihrer Tochtergesellschaften enthalten (gewesen) seien, habe die beklagte Partei nicht einzustehen. Die beklagte Partei habe bei der Neufassung ihrer AVB der Abmahnung Rechnung

getragen und nur zwei Klauseln (40, 52) inhaltlich unverändert beibehalten. Hinsichtlich der übrigen - in ihren ursprünglichen AVB enthalten gewesenen Klauseln - habe die beklagte Partei gegenüber der klagenden Partei die mit einer Konventionalstrafe besicherte vorbehaltlose Erklärung abgegeben, dass bei bestehenden Verträgen und bei den während der Aufbrauchsfrist geschlossenen Verträgen ausschließlich im Sinn der neuen AVB vorgegangen werde und nach Ablauf der Aufbrauchsfrist allen neuen Verträgen die neuen AVB zugrundegelegt würden. Die Wiederholungsgefahr sei - mit Ausnahme der Klauseln 40 und 52 - somit jedenfalls weggefallen.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren voll inhaltlich statt. Es verneinte den Wegfall der Wiederholungsgefahr gemäß § 28 KSchG, bejahte nach inhaltlicher Befassung mit jeder einzelnen inkriminierten Klausel deren Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit und führte aus, dass die beklagte Partei, der in den von ihren Tochtergesellschaften abgeschlossenen Leasingverträgen die Rechte und Pflichten eines Leasinggebers eingeräumt würden, uneingeschränkt als Verwenderin der inkriminierten Klauseln anzusehen sei.

Das **Berufungsgericht** gab der wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Berufung der beklagten Partei nicht Folge, wobei sie hierin die vom Erstgericht vorgenommene rechtliche Beurteilung der einzelnen inkriminierten Klauseln als gesetz- bzw sittenwidrig bloß hinsichtlich der Klauseln 42 und 50 bekämpfte. Die Berufungswerberin machte allerdings geltend, dass das Klagebegehren hinsichtlich der übrigen Klauseln jedenfalls infolge ihrer vollständigen Unterwerfungserklärung und des

dadurch bedingten Wegfalls der Wiederholungsfahr gemäß § 28 KSchG hätte abgewiesen werden müssen. Im Übrigen bestritt die beklagte Partei hinsichtlich der nur in den AVB ihrer Tochtergesellschaften verwendeten Klauseln, Verwender im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG zu sein.

Das Berufungsgericht vertrat zusammenfassend folgende Rechtsansicht:

Die (einleitend wiedergegebene) Klausel 42 stehe in den ursprünglichen AVB der beklagten Partei unter der Überschrift „Kautions, Sonderentgeltvorauszahlung“ und unterscheide sich in ihrer optischen Gestaltung - insbesondere hinsichtlich der Schriftart und Größe - in keiner Weise von den übrigen Teilen des Regelwerks. Die beklagte Partei verstoße damit gegen § 3 Abs 3 Z 4 Verbraucherkreditverordnung (BGBl II 1999/260), wonach bei Finanzierungsleasingverträgen auf den Umstand, dass dem Verbraucher für eine Kautions keine Zinsen gutgeschrieben würden, in auffälliger Form hinzuweisen sei. Ob die in den neuen AVB der beklagten Partei aufgenommene Überschrift diesem Erfordernis gerecht werde, bedürfe keiner näheren Prüfung.

Die in der Klausel 50 verankerte Bindungsfrist solle nach dem Wortlaut dieser Klausel auch dann zum Tragen kommen, wenn die vom KFZ-Lieferanten „genannte“ Lieferfrist im Zeitpunkt des Vertragsanbots nur dem Leasinggeber, nicht aber auch dem Leasingnehmer bekannt sei. Die gebotene „kundenfeindlichste“ Auslegung (RIS-Justiz RS0016590) lasse darüber hinaus den Schluss zu, dass sogar eine erst nach Abgabe des Anbots mitgeteilte Lieferfrist maßgeblich sein solle. Da der Durchschnittsverbraucher nicht in der Lage sei, die Dauer einer derartigen Lieferfrist auch

nur annähernd abzuschätzen, sei dieser Zeitraum im Sinn des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG nicht hinreichend bestimmt und bilde keinen zulässigen Anknüpfungspunkt für eine Bindung des Verbrauchers an einen Vertragsantrag. Die beklagte Partei ziehe die Unbestimmtheit dieser Bindungsfrist im Berufungsverfahren auch gar nicht in Zweifel, sondern führe bloß ins Treffen, diese Frist in ihren neuen AVB modifiziert zu haben. Diese Argumentation sei jedoch nicht stichhältig. Für die weiters normierte sechswöchige Mindestbindungsdauer lasse sich kein sachlicher Grund erkennen; die Berufungswerberin führe zu ihrer Rechtfertigung auch keine Argumente an. Diese Frist sei daher im Sinn des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG als unangemessen lange einzustufen.

Die in Rede stehenden Klauseln 42 und 50 seien daher gesetzwidrig.

Die Klauseln 1, 10, 16, 20, 55 und 56 seien nach den Feststellungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von zwei Tochtergesellschaften der beklagten Partei in der Vergangenheit enthalten gewesen bzw immer noch enthalten. Der beklagten Partei würden in den Leasingverträgen, die diese Tochtergesellschaften abschließen, die Rechte und Pflichten eines Leasinggebers eingeräumt und sie sei auch befugt, an der Vertragsgestion mitzuwirken. Dem Verbraucher, der auf der Grundlage dieser Geschäftsbedingungen kontrahiere, stehe daher als Vertragspartner nicht bloß eine der beiden Tochtergesellschaften, sondern stets auch die durch die jeweilige Tochtergesellschaft vertretene beklagte Partei gegenüber. Daraus folge aber, dass - auch - die beklagte

Partei als Verwenderin im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG der hier in Rede stehenden Klauseln anzusehen sei.

Die beklagte Partei habe sich aufgrund der Abmahnung der klagenden Partei vom 23. 3. 2007 nicht explizit im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG dazu verpflichtet, die Verwendung der beanstandeten oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sich auf diese Klauseln, soweit sie mit Verbrauchern bereits vereinbart gewesen seien, nicht zu berufen und der Klägerin für jeden Fall des Zuwiderhandelns eine Vertragsstrafe von 700 EUR zu zahlen. Die Beklagte vertrete den Standpunkt, die Verbandsklägerin treffe die Verpflichtung, das neu konzipierte Regelwerk einer detaillierten Prüfung zu unterziehen, um sich davon zu überzeugen, dass darin von der Abmahnung umfasste und/oder sinngleicher Klauseln nicht enthalten seien. Diese Vorgangsweise erwecke gewichtige Zweifel an der ernsthaften Bereitschaft der beklagten Partei, die Verwendung unzulässiger Vertragsbestimmungen in Zukunft tatsächlich zu unterlassen. In diesem Fall wäre es der beklagten Partei nämlich ein Leichtes gewesen, die von der Klägerin geforderte Unterlassungserklärung abzugeben, wodurch die Unzulässigkeit der in der Abmahnung angeführten Klauseln sofort klagestellt worden wäre. Statt dessen habe die beklagte Partei eine Art „Gegenangebot“ formuliert, das keine unkomplizierte Bereinigung ermöglicht habe, sondern der Klägerin eine zeitaufwändige juristische Analyse der neuen Vertragsbedingungen abverlangt habe. Im Brief vom 15. 6. 2007 (korrigiert am 21. 6. 2007) könne daher weder eine vollständige, bedingungs- und einschränkungslose Unterwerfung unter den Anspruch der Klägerin erblickt werden, die die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2

KSchG beseitigen würde, noch ein sonstiges Verhalten, das eine Wiederholungsgefahr trotz des Unterbleibens einer Unterlassungserklärung - ausnahmsweise - als ausgeschlossen erscheinen lasse. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den neuen AVB der Beklagten und ihrer beiden Tochtergesellschaften könne daher unterbleiben. Das Erstgericht habe somit dem auf § 28 Abs 1 KSchG gestützten Unterlassungsbegehren ebenso wie dem Veröffentlichungsbegehren, gegen dessen Berechtigung gar keine Argumente ins Treffen geführt würden, zutreffend stattgegeben.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil - soweit überblickbar - keine höchstgerichtliche Judikatur existiere, ob eine Wiederholungsgefahr zu verneinen sei, wenn der Verwender, der aufgrund einer Abmahnung seitens des Verbandklägers statt einer Unterlassungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG eine mit einer Konventionalstrafe besicherte Verpflichtungserklärung abgegeben habe, hinsichtlich aller bereits bestehenden und künftigen Verträge nur mehr neu gestaltete, dem Verbandskläger gleichzeitig übermittelte Allgemeine Geschäftsbedingungen heranziehe, die weder gesetz- noch sittenwidrig seien.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Revision der beklagten Partei** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im gänzlich klageabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung die Revision als unzulässig zurückzuweisen; hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist - da Klauseln in Vertragsbedingungen (AGB/AVB) in aller Regel einen größeren Personenkreis betreffen, sodass ihre Auslegung über den Einzelfall hinausgeht - zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Eingangs ihres Rechtsmittels vertritt die beklagte Partei (zusammengefasst) den Standpunkt, dass sie eine vorbehaltlose Unterwerfungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG abgegeben habe und damit die Wiederholungsgefahr weggefallen sei. Die Klägerin könne nicht auf Unterwerfung unter die von ihr vorgefasste Unterlassungserklärung bestehen. Sie müsse vielmehr jede den Zwecken des § 28 KSchG entsprechende Erklärung akzeptieren. Die beklagte Partei habe die neuen AVB zum Zweck der Behebung der Beanstandungen verfasst und sich verpflichtet, keine anderen Bedingungen zu verwenden. Darin liege die klare Distanzierung von den abgemahnten Bedingungen und die Möglichkeit das Bestreben der beklagten Partei anhand der neuen AVB zu prüfen.

Diesen Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten:

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 hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Gebot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Gemäß Satz 2 leg cit schließt dieses Verbot 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 besicherte Unterlassungserklärung abgibt.

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; zuletzt 10 Ob 47/08x mwN), wobei hiezu zu die zu § 14 UWG ergangene Rechtsprechung herangezogen werden kann (RIS-Justiz RS0111637). In seiner Entscheidung 4 Ob 227/06w (= RdW 2007/677) hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass die Bestimmung des § 28 Abs 2 KSchG zwar nicht ausdrücklich vorsieht, 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 mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung (*Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage [2006] 148) tritt daher nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht. Daher muss die Unterlassungserklärung nach ständiger Rechtsprechung eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten und nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen (RIS-Justiz RS0111640). Werden Einschränkungen oder Bedingungen

angeführt, so entfällt die Wiederholungsgefahr nicht (8 Ob 17/00h = JBl 2001, 236). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11; RIS-Justiz RS0119007; zuletzt abermals 10 Ob 47/08x), und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen (4 Ob 288/02k = RdW 2003, 255 mwN). Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs: RIS-Justiz RS0079899; RS0107902; RS0079966); weiters ist es möglich, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben. 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, reicht aber keinesfalls aus (vgl 4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11). Zwar kann der Wegfall der Wiederholungsgefahr bei Unterbleiben einer Abmahnung (vor Inkrafttreten der KSchG-Novelle 1997 BGBl I 1997/6) schon dann angenommen werden können, wenn der Unternehmer die Klausel vor Klagseinbringung aus seinen Bedingungen entfernte und keine Anzeichen dafür bestehen, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen werde (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289; RIS-Justiz RS0037730; *Kühnberg* aaO 148); die der Revision zugrundeliegende Auffassung, dass dies im Einzelfall auch nach einer Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG gelten könnte (*Apathy* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 30 KSchG Rz 6; ähnlich *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* in *Klang*<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 3), steht aber im Widerspruch zum Normzweck des § 28 Abs 2 KSchG.

Auch *Langer* (Wiederholungsgefahr in § 28 KSchG, *ecolex* 1999, 636) verweist darauf, dass der Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289) vor Einführung des § 28 Abs 2 KSchG entschieden habe, dass Wiederholungsgefahr im KSchG-Verbandsprozess nicht mehr bestehe, wenn der Verwender der AGB nach Abmahnung, jedoch vor Klageeinbringung, die inkriminierten Vertragsmuster verändere, weist aber zutreffend darauf hin, dass nach den Materialien (EBRV 311 BlgNR 20. GP 31) zur KSchG-Novelle BGBl I 1997/6 dem Verbandskläger die Durchführung eines Abmahnverfahrens ermöglicht werden sollte, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch die Abmahnung im folgenden Gerichtsverfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Die zitierte Entscheidung sei somit seit der Einführung des § 28 Abs 2 KSchG überholt und nicht mehr anwendbar, wenn eine vorprozessuale Abmahnung durchgeführt worden sei.

Daran ist festzuhalten. Das von der Rechtsmittelwerberin ins Treffen geführte Argument, dass sie vor Klageeinbringung ihre AVB geändert und sich verpflichtet habe, nur mehr diese anzuwenden, weshalb die Wiederholungsgefahr weggefallen sei, kann insgesamt nicht überzeugen. Soweit die Rechtsmittelwerberin sich auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien 2 R 60/95 bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass auch diese vor Inkrafttreten der KSchG-Novelle BGBl I 1997/6 ergangen und damit insoweit als überholt anzusehen ist. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass in der bloßen inhaltlichen Änderung der Klauseln, die eine neuerliche umfassende rechtliche Prüfung erforderlich gemacht hätten, nicht die von der Judikatur stets streng geforderte

ausreichende Sicherheit gegen Wiederholungen von Gesetzesverstößen durch die beklagte Partei bestehe. Die von der beklagten Partei abgegebene Erklärung, in Hinkunft nur nach den neuen AVB vorzugehen, stellt aber - aus den oben dargestellten Gründen - keine einer unbedingten und vollständigen Unterwerfungserklärung gleichwertige Handlung dar. Insgesamt haben die Vorinstanzen daher das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr, für deren Wegfall die beklagte Partei behauptungs- und beweispflichtig ist, zutreffend bejaht (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Soweit die Rechtsmittelwerberin im Zusammenhang mit den Klauseln 42 und 50 weiters ausführt, dass in der Erklärung zwar festgehalten werde, dass diese abgemahnten Klauseln nicht korrigiert würden, dies aber nur mit der Einschränkung gelte, dass die Klausel 42 mit einer neuen Überschrift ein neues Erscheinungsbild erhalten habe und die Klausel 52 doch eine textliche Änderung aufweise, handelt es sich einerseits um unzulässige und damit unbeachtliche Neuerungen (§ 504 Abs 2 ZPO). Im Übrigen stehen mangels Wegfall der Wiederholungsgefahr, wozu auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann, die Klauseln 42 und 50 inhaltlich in ihrer vor Änderung der AVB durch die beklagte Partei geltenden Fassung zur Beurteilung. Hinsichtlich der Klausel 42 erweist sich die rechtliche Beurteilung, dass mangels auffälligen Hinweises auf die Unverzinslichkeit ein Verstoß gegen § 3 Abs 3 VerbraucherkreditVO vorliege, somit jedenfalls als zutreffend und wird von der beklagten Partei auch gar nicht bestritten, sondern lediglich ins Treffen geführt, dass diese Rüge durch Neugestaltung der (nunmehr veränderten) Überschrift „Kautions, Sonderentgeltvorauszahlung, je unverzinst“

entkräftet worden sei. Diese Ausführungen sind aber aus den dargestellten Gründen unbeachtlich. Auch inhaltlich bestehen gegen diese Klausel Bedenken, weil die im Rechtsmittel hiezu versuchte Rechtfertigung, die eingebrachte Kautionsfindung ohnedies bei Berechnung des monatlichen Leasingentgelts Berücksichtigung, für einen Konsumenten weder nachvollziehbar noch überprüfbar ist, und dieser Umstand (mangels Erkennbarkeit) aus der Klausel 42 selbst auch nicht hervorgeht. Da im Rahmen einer Verbandsklage die Auslegung von Klauseln jeweils im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und danach zu prüfen ist, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590), ist daher die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Auch hinsichtlich der Klausel 50, die den Leasingnehmer an sein Vertragsanbot während der Dauer der vom Lieferanten genannten Lieferfrist, jedenfalls aber für sechs Wochen bindet, kann gemäß § 510 Abs 3 Satz 2 ZPO auf die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts verwiesen werden, die insoweit keinen Bedenken begegnet. Mit der Behauptung, dass sie, um die behauptete Unbestimmtheit zu vermeiden, in die neuen AVB die vom Leasingnehmer selbst verhandelte Lieferfrist als Bindungsfrist aufgenommen habe, erstattet die Rechtsmittelwerberin neuerlich ein für die hier zur Beurteilung stehende Klausel in der Fassung vor der Änderung unbeachtliches Vorbringen. Damit verstößt Klausel 50 aber gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, weil die Bindungsfrist für den Leasingnehmer nicht hinreichend bestimmt ist; denn es liegt keine hinreichende Bestimmung der Annahmefrist vor, wenn die Länge derselben von

Umständen im Bereich des Unternehmens oder dritter Personen abhängt, deren Eintritt zeitlich nicht fixiert oder für den Verbraucher nicht feststellbar ist (*Mayerhofer/Tangl* in *Klang*<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 7).

Letztlich wendet sich die Rechtsmittelwerberin dagegen, als „Verwenderin“ der Klauseln 1, 10, 16, 20, 55 und 56, die tatsächlich (nur) in den AVB der Tochtergesellschaften enthalten gewesen wären, angesehen zu werden, wobei diese AVB auch Gegenstand einer von der klagenden Partei beim Handelsgericht Wien eingebrachten weiteren Unterlassungsklage seien. Grundsätzlich ist Verwender im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG (nur) derjenige, der Partei des Vertrags ist (*Langer* in *Kosesnik-Wehrle/Lehhofer/Mayer/Langer*, §§ 28 - 30 KSchG Rz 18; *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup>, §§ 28 - 30 KSchG Rz 8; *Lindacher* in *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz<sup>4</sup>, § 13, Rn 51). In Deutschland wurde bei insoweit gleicher Rechtslage die Ansicht vertreten, dass auch ein Vertreter ausnahmsweise Verwender sei, wenn er an der Einbeziehung und Geltung der AGB selbst eine erhebliches Eigeninteresse habe (*Lindacher* aaO Rn 52). Dies sei etwa dann der Fall, wenn die eigenen wirtschaftlichen Interessen gefördert würden. In Österreich folgen *Langer* (aaO §§ 28 - 30 KSchG Rz 19 und *Kühnberg* aaO, 76) dieser in Deutschland vertretenen Auffassung. So erachtete der Oberste Gerichtshof etwa eine Hausverwalterin, die Mietverträge zwar auf Namen und auf Rechnung ihrer Kunden abschloss, dabei aber die von ihr selbst entwickelten Vertrags-Textbausteine verwendete und dem Mieter gegenüber wie der Vermieter auftrat, als „Verwender“ der AGB der Vermieterin (7 Ob 78/06f). Umso mehr ist die hier beklagte Partei als Verwender anzusehen, kamen ihr doch

nach den Feststellungen bei den von ihren Tochtergesellschaften abgeschlossenen Verträgen auch die Rechte und Pflichten einer Leasinggeberin (und damit Vertragspartnerin) zu und war sie maßgeblich in die „Vertragsgestion“ eingebunden. Der Umstand, dass die AGB der Tochtergesellschaften ebenfalls Gegenstand einer (gesonderten) Klage nach § 28 KSchG sind, vermag daran nichts zu ändern. Die Rechtsmittelwerberin gesteht sogar ausdrücklich zu, dass sie sich, wenn unter „Verwender“ nach *Kühnberg* (aaO, 75) auch ein Vertragspartner, der die AVB im Rahmen seines geschäftlichen Verkehrs zur Gestaltung des Vertragsinhalts heranziehe, zu verstehen sei, die inkriminierten Klauseln grundsätzlich anrechnen lassen müsse, bestreitet aber, dass dies „im gegenständlichen Verfahren und zum jetzigen Zeitpunkt möglich“ sei. Abgesehen davon, dass eine Abmahnung keine Voraussetzung für die Erhebung einer Klage gemäß § 28 KSchG wäre (4 Ob 227/06w), hat die klagende Partei die inkriminierten Klauseln in ihrer Klage detailliert bezeichnet und waren auch diese - also nicht bloß jene der beklagten Partei selbst - Gegenstand des Verfahrens. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die beklagte Partei damit (ebenso) als Verwenderin auch dieser Klauseln anzusehen sei, erweist sich somit ebenfalls als zutreffend; aus den dargestellten Gründen muss sich die Beklagte somit auch die AVB der Tochtergesellschaften zurechnen lassen und waren auch die betreffenden Klauseln als „ihre“ (eigenen) AVB anzusehen und im Lichte der §§ 28, 29 KSchG zu prüfen.

Der Revision kommt daher insgesamt keine Berechtigung zu.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41,

50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 14. Oktober 2008.

Dr. D a n z l

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung:

