

TE OGH 2012/9/11 6Ob24/11i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.09.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht 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 Österreichischer Genossenschaftsverband (Schulze-Delitzsch), 1013 Wien, Löwelstraße 14, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 31.000 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 21. Oktober 2010, GZ 4 R 89/10b-13, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 10. Februar 2010, GZ 39 Cg 130/08y-9, teilweise abgeändert wurde,

I. am 15. März 2012 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter denrömisch eins. am 15. März 2012 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Entscheidung über die Revisionen ist gemäß § 8 Abs 1 OGHG in einem verstärkten Senat zu fällen. Die Entscheidung über die Revisionen ist gemäß Paragraph 8, Absatz eins, OGHG in einem verstärkten Senat zu fällen.

II. am 11. September 2012 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden, den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer, die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Baumann, Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Danzl, Dr. Spenling sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm und Dr. Gitschthaler, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Grohmann und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nowotny als weitere Richter zu Recht erkannt: römisch zwei. am 11. September 2012 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden, den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer, die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Baumann, Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Danzl, Dr. Spenling sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm und Dr. Gitschthaler, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Grohmann und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nowotny als weitere Richter zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der beklagten Partei wird teilweise dahingehend Folge gegeben, dass die beklagte Partei ermächtigt wird, den klageabweisenden Teil des Spruchs des berufungsgerichtlichen Urteils im Umfang des Unterlassungsbegehrens

samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Neue Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der klagenden Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und Fettdruckumrandung, in Normallettern zu veröffentlichen.

Der Revision der beklagten Partei wird weiters dahingehend Folge gegeben, dass die Frist, binnen welcher die beklagte Partei schuldig ist, die Empfehlung der Klauseln 5 und 16 oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, mit drei Monaten festgesetzt wird.

Im Übrigen wird der Revision der beklagten Partei nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.680,84 EUR (darin 280,14 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 336,81 EUR (darin 56,14 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Achtung - Redaktioneller Hinweis: [Das Entscheidungsdokument weist im Original an einigen Stellen Durchstreichungen auf, die in dieser Darstellung derzeit nicht enthalten sind. Hiezu wird auf das PDF-Dokument verwiesen.]

Entscheidungsgründe:

Der beklagte Verein und nach §§ 19-23 Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997 anerkannte Revisions-verband übt die Funktion des Fachverbands der gewerblichen Kreditgenossenschaften der Wirtschaftskammer Österreich aus. Als Interessen- und Revisionsverband der österreichischen Volksbanken bzw des Volksbanken-Finanzverbunds erfüllt der Beklagte neben seinen gesetzlichen Aufgaben auch ihm von seinen Mitgliedern übertragene Dienstleistungen. Im Rahmen dieser Tätigkeit kommt dem Beklagten auch die Aufgabe zu, für seine Mitglieder Musterbedingungen und Vertragsformblätter für den Abschluss von Kreditverträgen, insbesondere im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, zu verfassen, die der Beklagte den Mitgliedern zur Verfügung stellt und deren Verwendung er empfiehlt. Zumindest bis zum 10. 9. 2008 wurden dabei vom Beklagten empfohlene Klauseln verwendet. Der beklagte Verein und nach Paragraphen 19 -, 23, Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997 anerkannte Revisions-verband übt die Funktion des Fachverbands der gewerblichen Kreditgenossenschaften der Wirtschaftskammer Österreich aus. Als Interessen- und Revisionsverband der österreichischen Volksbanken bzw des Volksbanken-Finanzverbunds erfüllt der Beklagte neben seinen gesetzlichen Aufgaben auch ihm von seinen Mitgliedern übertragene Dienstleistungen. Im Rahmen dieser Tätigkeit kommt dem Beklagten auch die Aufgabe zu, für seine Mitglieder Musterbedingungen und Vertragsformblätter für den Abschluss von Kreditverträgen, insbesondere im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, zu verfassen, die der Beklagte den Mitgliedern zur Verfügung stellt und deren Verwendung er empfiehlt. Zumindest bis zum 10. 9. 2008 wurden dabei vom Beklagten empfohlene Klauseln verwendet.

Die Klauseln 5, 6 und 16 lauten:

„5. Derzeitige Kontoführungsgebühr und Mahnspesen laut Schalteraushang. Künftige Änderungen dieser Entgelte wird die Bank dem Kunden sechs Wochen vor deren Inkrafttreten in der vereinbarten Weise bekannt geben; ...

6. Mit seiner Unterschrift bestätigt der Kreditnehmer die Kenntnisnahme des effektiven Jahreszinssatzes von 8,30 % ...

16. Die Bank ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Auflösung des Kreditverhältnisses mit sofortiger Wirkung berechtigt. Hierunter fallen z.B. Verletzungen von Bestimmungen des Kreditverhältnisses durch den Kreditnehmer oder das Bekanntwerden von Umständen, die geeignet sind, das Vertrauen in seine fortbestehende Kreditwürdigkeit oder die eines Bürgen zu erschüttern, weiters auch alle Umstände, die eine wesentliche Verschlechterung seiner Einkommens- oder Vermögensverhältnisse oder der eines Bürgen, seine Zahlungsunfähigkeit (§ 66 KO) oder die eines Bürgen befürchten lassen.“16. Die Bank ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Auflösung des Kreditverhältnisses mit sofortiger Wirkung berechtigt. Hierunter fallen z.B. Verletzungen von Bestimmungen des Kreditverhältnisses durch den Kreditnehmer oder das Bekanntwerden von Umständen, die

geeignet sind, das Vertrauen in seine fortbestehende Kreditwürdigkeit oder die eines Bürgen zu erschüttern, weiters auch alle Umstände, die eine wesentliche Verschlechterung seiner Einkommens- oder Vermögensverhältnisse oder der eines Bürgen, seine Zahlungsunfähigkeit (Paragraph 66, KO) oder die eines Bürgen befürchten lassen.“

Mit Schreiben vom 10. 9. 2008 beanstandete die Klägerin 26 Klauseln, darunter die Klauseln 5, 6 und 16, als gesetz- und sittenwidrig. Sie forderte den Beklagten auf, eine mit Konventionalstrafe gesicherte Unterlassungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Mit Schreiben vom 10. 9. 2008 beanstandete die Klägerin 26 Klauseln, darunter die Klauseln 5, 6 und 16, als gesetz- und sittenwidrig. Sie forderte den Beklagten auf, eine mit Konventionalstrafe gesicherte Unterlassungserklärung im Sinn des Paragraph 28, Absatz 2, KSchG abzugeben.

Nach Einräumung einer Nachfrist gab der Beklagte mit Schreiben vom 17. 10. 2008 folgende Unterlassungserklärung mit Konventionalstrafvereinbarung ab:

„Unterlassungserklärung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Unter Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 10. 9. 2008 und die diesem beiliegende Unterlassungserklärung übermitteln wir Ihnen nunmehr jene Form der Unterlassungserklärung, wie sie von uns derzeit als Grundlage der weiteren Formulargestaltung herangezogen wird.

Wir haben bei den einzelnen von Ihnen beanstandeten Bestimmungen, soweit die Abgabe der Unterlassungserklärung nicht ohnehin verweigert wurde (durch Streichung kenntlich!) jeweils hinzugefügt, welche künftig von uns zu verwendenden Formulierungen wir als den beanstandeten Klauseln nicht sinngleich qualifizieren und daher künftig zum Einsatz bringen werden.

Wir bitten Sie um Verständnis dafür, dass im Bereich der Gestaltung der Kreditverträge (Bereich A Ihrer Unterlassungserklärung) die von uns zugesagten Änderungen etwas länger in Anspruch nehmen werden als im Bereich der 'Allgemeinen Kredit- und Darlehensbedingungen', wo das neue Formular relativ kurzfristig zum Einsatz gelangen wird (einen Teil der Änderungen haben wir, wie Ihrer sehr geehrten Frau Dr. Handschmann mitgeteilt, ohnehin bereits Anfang Oktober umgesetzt).

Wir verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Österreichischer

Genossenschaftsverband

(Schulze Delitzsch)

DDr. Hans Hofinger Dr. Rainer Borns

Das Unternehmen

Österreichischer Genossenschaftsverband

(Schulze Delitzsch)

Löwelstraße 14

1013 Wien

gibt gegenüber der gemäß § 29 KSchG klagsberechtigten gibt gegenüber der gemäß Paragraph 29, KSchG klagsberechtigten

Bundesarbeitskammer

Prinz Eugen Straße 20 22

1041 Wien

nachfolgende

UNTERLASSUNGSERKLÄRUNG

mit

KONVENTIONALSTRAFVEREINBARUNG

ab:

I.römisch eins.

Das genannte Unternehmen verpflichtet sich gegenüber der Bundesarbeitskammer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die Verwendung nachstehender oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln soweit diese mit Verbrauchern bereits geschlossenen Verträgen zugrunde gelegt wurden nicht zu berufen:

A. Kreditverträge

1. Allgemeine Kreditbedingungen:

Kreditnehmer, Pfandgeber und Bürgen bestätigen durch die Unterfertigung dieses Kreditvertrages gleichzeitig den Erhalt der 'Allgemeinen Kredit- und Darlehensbedingungen für Verbraucher', die einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bilden und deren Geltung von den genannten Personen ausdrücklich anerkannt wird.

Als nicht sinngleich qualifizieren wir folgende, am Ende der Kreditvereinbarungen an die Stelle der obigen Klausel tretende Bestimmung:

'Mit der(den) nachfolgende(n) Unterschrift(en) wird der Erhalt folgender Beilagen bestätigt:

- Allgemeine Geschäftsbedingungen für Bankgeschäfte (AGB)
- Allgemeine Kredit und Darlehensbedingungen für Verbraucher (AKDB)

Bemerkt wird, dass der Einsatz der neuen Bestimmung infolge der technischen Schwierigkeiten der Umsetzung erst ab ca 1. 12. 2008 möglich sein wird.

2. Sicherheiten:

Zur Sicherstellung der der Bank gegen den Kreditnehmer bereits zustehenden oder künftig zustehenden Forderungen sowie Ansprüche, gleich welcher Art, aus der Inanspruchnahme des gegenständlichen Kredits sowie aus allen darüber hinaus bestehenden oder künftig zu gewährenden Krediten und Darlehen werden Zug um Zug in einer der Bank genehmen Form insbesondere folgende Sicherheiten bestellt.

Als nicht sinngleich qualifizieren wir folgende, an die Stelle der obigen Klausel tretende Bestimmung:

'Zur Sicherstellung der der Bank gegen den Kreditnehmer aus dieser Kreditgewährung zustehenden Forderungen werden Zug um Zug mittels gesonderter Vereinbarungen insbesondere folgende Sicherheiten bestellt:'

Bemerkt wird, dass der Einsatz der neuen Bestimmung infolge der technischen Schwierigkeiten der Umsetzung erst ab ca 1. 12. 2008 möglich sein wird.

3. Bis auf weiteres wird die Bank ihr Pfandrecht nicht im Grundbuch eintragen, ist hiezu aber jederzeit berechtigt.

Als nicht sinngleich qualifizieren wir die obige Klausel mit der nachfolgenden Ergänzung:

'... berechtigt, wenn nachträglich Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kreditnehmer rechtfertigen.'

Bemerkt wird, dass der Einsatz der neuen Bestimmung infolge der technischen Schwierigkeiten der Umsetzung erst ab ca 1. 12. 2008 möglich sein wird.

[4. ...]

~~5. Derzeitige Kontoführungsgebühr und Mahnspesen laut Schalteraushang. Künftige Änderungen dieser Entgelte wird die Bank dem Kunden sechs Wochen vor deren Inkrafttreten in der vereinbarten Weise bekannt geben; [...]~~

Bemerkt wird, dass die Abgabe einer Unterlassungserklärung zu diesem Punkt im Hinblick auf die Änderung in Punkt B 15 nicht mehr erforderlich ist.

~~6. Mit seiner Unterschrift bestätigt der Kreditnehmer die Kenntnisnahme des effektiven Jahreszinssatzes von 8,30 % [...]~~

B. Allgemeine Kredit- und Darlehensbedingungen für Verbraucher

[7. ...]

8. Ausschließlich bei Darlehensverhältnissen werden sämtliche Zahlungen zunächst auf die in der Darlehensurkunde festgelegten, fälligen Nebengebühren aller Art, die lediglich in der Nebengebührenkaution Deckung finden, sodann auf die fälligen Zinsen und sonstigen Nebengebühren und erst zuletzt auf das Kapital angerechnet.

Als nicht sinnig gleich qualifizieren wir die obige Klausel mit folgendem Einschub:

'Ausschließlich bei Darlehensverhältnissen werden vorbehaltlich anderslautender Widmungserklärungen sämtliche Zahlungen ...'.

[9. ...]

10. Wechseldatierungserklärung:

Der Kreditnehmer und die mitgefertigten Wechselbürgen ermächtigen hiermit die Bank, die ihr übergebenen unausgefüllten Rektawechsel (nicht an Order) sowohl zu Mobilisierungszwecken, als auch zur Geltendmachung ihrer jeweils gegen den Kreditnehmer zustehenden sämtlichen Forderungen in allen Teilen auszufüllen, mit einem beliebigen Ausstellungsort, Domizilvermerk und Fälligkeitsdatum oder dem Vermerk 'bei Sicht zahlbar' samt Zinsenvermerk zu versehen und an dritte Personen durch Zession zu übertragen.

Als nicht sinnig gleich qualifizieren wir die Klausel nach Vornahme folgender Veränderungen:

'Der Kreditnehmer und die mitgefertigten Wechselbürgen ermächtigen hiermit die Bank, die ihr übergebenen unausgefüllten Rektawechsel (nicht an Order) zur Geltendmachung ihrer jeweils gegen den Kreditnehmer zustehenden sämtlichen fälligen Forderungen in allen Teilen auszufüllen, mit einem beliebigen Ausstellungsort, Zahlstellenvermerk und Fälligkeitsdatum oder dem Vermerk 'bei Sicht zahlbar' samt Zinsenvermerk zu versehen und an dritte Personen durch Zession zu übertragen.'

[11. ...]

12. Im Falle eines Zahlungsverzuges ist die Bank berechtigt, zusätzlich zu den Kreditkosten Verzugszinsen in der derzeit vereinbarten Höhe vom rückständigen Betrag sowie Mahnspesen und alle zur zweckentsprechenden Einbringung erforderlichen, nachweisbaren Kosten in Rechnung zu stellen. Dies gilt sinngemäß auch für Überziehungen.

Als nicht sinnig gleich qualifizieren wir die Klausel nach Vornahme folgender Veränderungen:

'Im Falle eines schuldhaften Zahlungsverzuges ist die Bank berechtigt, zusätzlich zu den Kreditkosten Verzugszinsen in der derzeit vereinbarten Höhe vom rückständigen Betrag sowie Mahnspesen und alle zur zweckentsprechenden Einbringung erforderlichen, angemessenen und nachweisbaren Kosten in Rechnung zu stellen. Dies gilt sinngemäß auch für Überziehungen.'

~~13. Neben den vereinbarten Kreditkosten der Kontoführung und Mahnspesen ist der Kreditnehmer verpflichtet, alle aus dem Kreditverhältnis entstehenden Kosten, Auslagen, Stempel, Gebühren (einschließlich solcher aus nachträglichen Vorschreibungen infolge Nichtzutreffens oder Wegfall von Gebührenbefreiungen), Steuern und sonstigen Abgaben jeglicher Art, die aus dem Anlass der Begründung, des aufrechten Bestandes, der Befestigung und Beendigung des Kreditverhältnisses erwachsen, nachweislich aus eigenem zu tragen bzw. der Bank nach Selbstauslage zu ersetzen, so dass die Bank niemals eine sich hieraus ergebende Belastung treffen kann. Hierzu zählen insbesondere auch alle zur zweckentsprechenden Einbringung der Forderung notwendigen Vergleichs-, Prozess-, Exekutions-, Schätzungs-, Intabulations-, Löschungs- und Abtretungskosten, sowie Kosten für die Beteiligung an Schätzungs-, Versteigerungs- und Verteilungsverfahren, eines Insolvenzverfahrens, der rechtsfreundlichen Vertretung, Kosten aus Inkasso durch Dritte sowie etwaige auch eigene Kosten für Betreibungs- und Zwangsmaßnahmen, gleichgültig ob alle diese Kosten gerichtlicher oder außergerichtlicher Natur sind. Sämtliche vorgenannte Kosten sind, soweit sie im Rahmen keine Deckung finden, spätestens 14 Tage nach Bekanntgabe auf das Konto anzuschaffen.~~

Als nicht sinnig gleich qualifizieren wir den zweiten und dritten Satz dieser Bestimmung nach Vornahme folgender Veränderungen:

'Hierzu zählen insbesondere auch alle zur zweckentsprechenden Einbringung der Forderung notwendigen und angemessenen Vergleichs-, Prozess-, Exekutions-, Schätzungs-, Intabulations-, Löschungs- und Abtretungskosten, sowie Kosten für die Beteiligung an Schätzungs-, Versteigerungs- und Verteilungsverfahren, eines Insolvenzverfahrens, der rechtsfreundlichen Vertretung, Kosten aus Inkasso durch Dritte sowie etwaige auch eigene Kosten für Betreibungs- und Zwangsmaßnahmen, gleichgültig ob alle diese Kosten gerichtlicher oder außergerichtlicher Natur sind. Die Bank ist berechtigt, das Kreditkonto mit sämtlichen vorgenannten Kosten zu belasten oder diese Kosten dem Kreditnehmer gesondert in Rechnung zu stellen.'

[14. ...]

15. Die Kontoauszüge werden für den Kreditnehmer am Schalter bereitgehalten, wobei die Erstellung von Tagesauszügen nicht vorgesehen ist. Der Kreditnehmer erklärt sich mit dem Zugang an ihn und allen daran geknüpften gesetzlichen und vertraglich vereinbarten, für ihn allenfalls auch nachteiligen Folgen, mit dem ersten Bankarbeitstag nach der Bereitstellung zur Abholung oder z.B. bei Verwendung von Kontoauszugsdruckern nach der Einräumung der Abfragemöglichkeit einverstanden. ~~Der Bank steht es jedoch offen, die Kontoauszüge auf Kosten des Kreditnehmers einzeln zuzusenden, wenn es ihr zweckmäßig erscheint.~~

Als nicht sinnig qualifizieren wir den ersten und zweiten Satz der obigen Klausel nach Vornahme folgender Veränderungen:

'Werden die Kontoauszüge für den Kreditnehmer vereinbarungsgemäß am Schalter bereitgehalten, erklärt sich der Kreditnehmer mit dem Zugang an ihn und allen daran geknüpften gesetzlichen und vertraglich vereinbarten, für ihn allenfalls auch nachteiligen Folgen, sechs Wochen nach der Bereitstellung zur Abholung einverstanden.' 16. Die Bank ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Auflösung des Kreditverhältnisses mit sofortiger Wirkung berechtigt. Hierunter fallen z.B. Verletzungen von Bestimmungen des Kreditverhältnisses durch den Kreditnehmer oder das Bekanntwerden von Umständen, die geeignet sind, das Vertrauen in seine fortbestehende Kreditwürdigkeit oder die eines Bürgen zu erschüttern, weiters auch alle Umstände, die eine wesentliche Verschlechterung seiner Einkommens- oder Vermögensverhältnisse oder der eines Bürgen, seine Zahlungsunfähigkeit (§ 66 KO) oder die eines Bürgen befürchten lassen.' 16. Die Bank ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Auflösung des Kreditverhältnisses mit sofortiger Wirkung berechtigt. Hierunter fallen z.B. Verletzungen von Bestimmungen des Kreditverhältnisses durch den Kreditnehmer oder das Bekanntwerden von Umständen, die geeignet sind, das Vertrauen in seine fortbestehende Kreditwürdigkeit oder die eines Bürgen zu erschüttern, weiters auch alle Umstände, die eine wesentliche Verschlechterung seiner Einkommens- oder Vermögensverhältnisse oder der eines Bürgen, seine Zahlungsunfähigkeit (Paragraph 66, KO) oder die eines Bürgen befürchten lassen.

17. Ermächtigung zur Datenweitergabe: Der Kreditnehmer und alle Sicherungsgeber erklären sich bis auf schriftlichen Widerruf damit einverstanden, dass die Bank folgende Daten an die Kleinkreditevidenz und die Warnliste, die derzeit beim Kreditschutzverband von 1870 eingerichtet sind, übermittelt: ... Schritte der Bank im Zusammenhang mit ... den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten. ... Diese Ermächtigung erstreckt sich auch auf eine Datenweitergabe zum Zwecke einer Refinanzierung und an allfällige Konsortialpartner.

Als nicht sinnig qualifizieren wir die Klausel nach der bereits erfolgten Streichung des den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten betreffenden Teilsatzes und folgender Ergänzung im letzten Satz:

'... Konsortialpartner im Sektorverbund der gewerblichen Kreditgenossenschaften (Volksbanken).'

18. Im Umfang dieser Ermächtigung zur Datenweitergabe und hinsichtlich der Erteilung bankmäßiger Bonitätsauskünfte sowie für Auskünfte gegenüber Sicherungsgebern entbindet der Kunde die Bank gemäß § 38 Abs 2 Z 5 BWG auch ausdrücklich vom Bankgeheimnis. 18. Im Umfang dieser Ermächtigung zur Datenweitergabe und hinsichtlich der Erteilung bankmäßiger Bonitätsauskünfte sowie für Auskünfte gegenüber Sicherungsgebern entbindet der Kunde die Bank gemäß Paragraph 38, Absatz 2, Ziffer 5, BWG auch ausdrücklich vom Bankgeheimnis.

Als nicht sinnig qualifizieren wir die obige Klausel nach Streichung des Teilsatzes '... und hinsichtlich der Erteilung bankmäßiger Bonitätsauskünfte ...'

[19. ...]

[20. ...]

21. Für die Abänderung oder Auflösung sämtlicher das Kreditverhältnis betreffender Regelungen gilt Schriftlichkeit gemäß § 884 ABGB. 21. Für die Abänderung oder Auflösung sämtlicher das Kreditverhältnis betreffender Regelungen gilt Schriftlichkeit gemäß Paragraph 884, ABGB.

Als nicht sinnngleich qualifizieren wir die folgende, an die Stelle der bisherigen Klausel tretende Bestimmung:

'Die Vollmacht von Bankmitarbeitern beinhaltet nicht die Befugnis, von den Bestimmungen des schriftlichen Kreditvertrages abweichende mündliche Vereinbarungen zu treffen.'

22. Sollten die genannten Indikatoren für Zinsanpassung nicht mehr veröffentlicht oder deren Berechnungsmethode geändert werden, so wird die Bank Indikatoren wählen, die den derzeitigen wirtschaftlich so nahe wie möglich kommen und diese dem Kreditnehmer bekanntgeben.

Als nicht sinnngleich qualifizieren wir diese Klausel nach Vornahme folgender Veränderungen:

'... geändert werden, so gelten jene Indikatoren, die den derzeitigen wirtschaftlich so nahe wie möglich kommen. Die Bank wird diese Indikatoren dem Kreditnehmer bekanntgeben.'

23. Sollte durch gesetzliche oder behördliche Maßnahmen (z.B. 'Basel II') oder sonstige Ereignisse die Situation eintreten, dass die Anwendung vereinbarter Zinsanpassungsindikatoren eine von den tatsächlichen Verhältnissen am Geld oder Kapitalmarkt abweichende Zinssatzfestlegung ergibt, oder sollten sich derartige Maßnahmen auf die Kalkulationsgrundlagen des vereinbarten Zinssatzes (z.B.: auf den darin enthaltenen Aufschlag auf Zinsindikatoren) auswirken oder sollte sich der Verbraucherpreisindex 2005 (VPI 2005), bezogen auf den Monat des Vertragsabschlusses oder der letzten durch Änderung des VPI 2005 bedingten Konditionenanpassung, um mehr als fünf Prozentpunkte ändern, können beide Vertragspartner Verhandlungen mit dem Ziel aufnehmen, eine den veränderten Verhältnissen entsprechende Lösung zu finden. Kommt eine diesbezügliche Einigung in angemessener Frist nicht zustande, ist die Bank berechtigt, das Kreditverhältnis unter Einhaltung einer mindestens einmonatigen Frist zum nächsten Quartalsende aufzukündigen.

Als nicht sinnngleich qualifizieren wir diese Klausel nach Vornahme folgender Veränderungen:

'Sollte durch gesetzliche oder behördliche oder andere von der Bank nicht beeinflussbare Maßnahmen (z.B. 'Basel II') die Situation eintreten, dass die Anwendung vereinbarter Zinsanpassungsindikatoren eine von den tatsächlichen Verhältnissen am Geld- oder Kapitalmarkt abweichende Zinssatzfestlegung ergibt, oder sollten sich derartige Maßnahmen auf die Kalkulationsgrundlagen des vereinbarten Zinssatzes (z.B. auf den darin enthaltenen Aufschlag auf Zinsindikatoren) auswirken, können beide Vertragspartner Verhandlungen mit dem Ziel aufnehmen, eine den veränderten Verhältnissen entsprechende Lösung zu finden. Kommt eine diesbezügliche Einigung innerhalb von zwei Monaten nicht zustande, sind beide Vertragspartner berechtigt, das Kreditverhältnis unter Einhaltung einer weiteren Frist von mindestens einem Monat Frist zum nächsten Quartalsende im Falle einer Pönalevereinbarung ohne Verrechnung eines solchen aufzukündigen.'

24. Eine allenfalls in gegenständlicher Kreditangelegenheit erteilte Promesse nimmt die Bank durch die Krediteinräumung gleichzeitig außer Evidenz.

Als nicht sinnngleich qualifizieren wir diese Klausel nach dem bereits erfolgten Ersatz des Ausdruckes 'Promesse' durch das Wort 'Kreditusage'.'

[25. ...]

26. Der Kreditnehmer erklärt sich ferner bis auf Widerruf damit einverstanden, dass ihm die Bank zu Werbezwecken Produktinformationen, Veranstaltungshinweise usw. auch mittels Telefon, Telefax oder elektronischer Post übermitteln darf.

Als nicht sinnngleich qualifizieren wir diese Klausel nach Vornahme folgender Modifikation:

'... zu Werbezwecken Informationen über von der Bank vertriebene Produkte und Bankveranstaltungen auch mittels ...'

II.römisch zwei.

Das genannte Unternehmen verpflichtet sich, für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Punkt 1 mit Abgabe der Unterlassungserklärung, spätestens mit Ablauf der für die Abgabe der Unterlassungserklärung vereinbarten Frist, eine Vertragsstrafe in Höhe von

700 EUR

pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an die Bundesarbeitskammer zu bezahlen.“

Die Klägerin begehrt, die beklagte Partei zu verpflichten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Empfehlung von 18 - im Wortlaut angeführten - Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Weiters stellt sie ein Veröffentlichungsbegehren. Die beklagte Partei sei der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung nicht ausreichend nachgekommen. Vielmehr habe die beklagte Partei (bei 15 Klauseln) einen Vorbehalt getätigt, welche Formulierungen sie als nicht sinngleich qualifiziere. Eine derart eingeschränkte Unterlassungserklärung beseitige nicht die Wiederholungsgefahr. Darüber hinaus seien auch die von der beklagten Partei formulierten Ersatzklauseln zumindest teilweise rechtswidrig. Zu den Klauseln 1 bis 3 habe die beklagte Partei behauptet, die Umsetzung der Änderung wegen technischer Schwierigkeiten auf den 1. 12. 2008 verschieben zu müssen. Bei den Klauseln 13 und 15 seien Teile des Klauseltextes gestrichen und demnach nicht für die gesamten Klauseln eine Unterlassungserklärung abgegeben worden.

Die beklagte Partei wandte ein, zu einem Großteil der inkriminierten Klauseln ohnehin eine vorbehaltlose Unterlassungserklärung abgegeben zu haben, womit diese Klauseln nicht streitgegenständlich geworden seien. Die Mehrzahl der als nicht gesetzeskonform zugestandenen Klauseln habe sie durch zulässige Klauseln ersetzt, wodurch die Wiederholungsgefahr beseitigt sei. Die Klauseln 5, 6 und 16, zu denen keine Unterlassungserklärung abgegeben worden sei, seien gesetzeskonform.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren ohne Bestimmung einer Frist gemäß § 409 ZPO statt. Mangels Vorliegens einer uneingeschränkten Unterlassungserklärung sei die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen. Darüber hinaus seien die inkriminierten Klauseln nicht gesetzeskonform. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren ohne Bestimmung einer Frist gemäß Paragraph 409, ZPO statt. Mangels Vorliegens einer uneingeschränkten Unterlassungserklärung sei die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen. Darüber hinaus seien die inkriminierten Klauseln nicht gesetzeskonform.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil dahin ab, dass es das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich der Klausel 6 abwies. Im Übrigen bestätigte es das Urteil des Erstgerichts.

Nach ständiger Rechtsprechung beseitige nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr. Damit bestehe der Unterlassungsanspruch mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr zu Recht; eine Prüfung der Ersatzklauseln sei nicht erforderlich. Die Formulierung, wonach künftige Änderungen der Kontoführungsgebühren und der Mahnspesen sechs Wochen vor Inkrafttreten „in der vereinbarten Weise“ bekannt gegeben würden, sei intransparent. Für den Durchschnittsverbraucher sei keineswegs leicht verständlich, auf welche Vereinbarung tatsächlich Bezug genommen werde. Nach ständiger Rechtsprechung beseitige nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr. Damit bestehe der Unterlassungsanspruch mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr zu Recht; eine Prüfung der Ersatzklauseln sei nicht erforderlich. Die Formulierung, wonach künftige Änderungen der Kontoführungsgebühren und der Mahnspesen sechs Wochen vor Inkrafttreten „in der vereinbarten Weise“ bekannt gegeben würden, sei intransparent. Für den Durchschnittsverbraucher sei keineswegs leicht verständlich, auf welche Vereinbarung tatsächlich Bezug genommen werde.

Die Klausel 5 über die Bekanntgabe von Änderungen von Kontoführungsgebühr und Mahnspesen „in der vereinbarten Weise“ sei intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Beim unbestimmten Verweis auf die Bekanntgabe in der „vereinbarten Weise“ sei für den Durchschnittsverbraucher keineswegs leicht verständlich, auf welche Vereinbarung tatsächlich Bezug genommen werde. Er müsse sich mühsam durch Vertragswerk und Unterlagen durcharbeiten, um etwa die Klausel 15 zu entdecken. Demnach seien umfangreiche Überlegungen anzustellen, um dem Verbraucher Kenntnis über den Inhalt der Klausel zu verschaffen. Die Klausel 5 über die Bekanntgabe von Änderungen von Kontoführungsgebühr und Mahnspesen „in der vereinbarten Weise“ sei intransparent im Sinn des Paragraph 6, Absatz 3, KSchG. Beim unbestimmten Verweis auf die Bekanntgabe in der „vereinbarten Weise“ sei für den

Durchschnittsverbraucher keineswegs leicht verständlich, auf welche Vereinbarung tatsächlich Bezug genommen werde. Er müsse sich mühsam durch Vertragswerk und Unterlagen durcharbeiten, um etwa die Klausel 15 zu entdecken. Demnach seien umfangreiche Überlegungen anzustellen, um dem Verbraucher Kenntnis über den Inhalt der Klausel zu verschaffen.

Die Klausel 16, wonach die Bank bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Auflösung des Kreditverhältnisses berechtigt sei, verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und gegen § 879 Abs 3 ABGB. Der für eine vorzeitige Beendigung erforderliche wichtige Grund sei erst dann verwirklicht, wenn der in der Klausel angeführte Umstand die Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber der Bank auch tatsächlich gefährden könne. Dies sei aber etwa dann nicht der Fall, wenn - trotz wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse - weitere Sicherheiten vorhanden seien oder vom Kreditnehmer oder von dritter Seite gestellt werden könnten. Die Klausel stelle nicht auf eine Gefährdung der Rechtsstellung der Bank ab, sodass es an einer sachlichen Rechtfertigung des Rücktrittsrechts fehle. Die Klausel 16, wonach die Bank bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur vorzeitigen Auflösung des Kreditverhältnisses berechtigt sei, verstoße gegen Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer eins, KSchG und gegen Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Der für eine vorzeitige Beendigung erforderliche wichtige Grund sei erst dann verwirklicht, wenn der in der Klausel angeführte Umstand die Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber der Bank auch tatsächlich gefährden könne. Dies sei aber etwa dann nicht der Fall, wenn - trotz wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse - weitere Sicherheiten vorhanden seien oder vom Kreditnehmer oder von dritter Seite gestellt werden könnten. Die Klausel stelle nicht auf eine Gefährdung der Rechtsstellung der Bank ab, sodass es an einer sachlichen Rechtfertigung des Rücktrittsrechts fehle.

Hingegen sei das Unterlassungsbegehren auf Untersagung der Verwendung der Klausel 6, wonach der Kreditnehmer die Kenntnisnahme des effektiven Jahreszinssatzes von 8,30 % bestätige, nicht berechtigt. Nach der Rechtsprechung sei die Frage, ob Platzierung und Gestaltung von gesetzlich vorgeschriebenen Hinweisen „auffällig“ genug sei, nicht im Verbandsprozess zu prüfen, weil keine in einem solchen Prozess zu überprüfende unwirksame Vertragsbestimmung im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG und auch keine die Beweislast verschiebende Tatsachenbestätigung im Sinn des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG vorliege. Hingegen sei das Unterlassungsbegehren auf Untersagung der Verwendung der Klausel 6, wonach der Kreditnehmer die Kenntnisnahme des effektiven Jahreszinssatzes von 8,30 % bestätige, nicht berechtigt. Nach der Rechtsprechung sei die Frage, ob Platzierung und Gestaltung von gesetzlich vorgeschriebenen Hinweisen „auffällig“ genug sei, nicht im Verbandsprozess zu prüfen, weil keine in einem solchen Prozess zu überprüfende unwirksame Vertragsbestimmung im Sinn des Paragraph 28, Absatz eins, KSchG und auch keine die Beweislast verschiebende Tatsachenbestätigung im Sinn des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG vorliege.

Der beklagten Partei werde nur die Unterlassung einer Empfehlung auferlegt. Dies stelle eine reine Unterlassungsverpflichtung dar, weshalb eine „Verlängerung“ der Leistungsfrist nicht in Betracht komme.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die Rechtsprechung zur Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr bei einer Ersatzklauseln enthaltenden Unterlassungserklärung auf bisher nicht ausführlich behandelte Kritik in der Lehre gestoßen sei.

Rechtliche Beurteilung

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

I. Zum Verstärkungsbeschluss römisch eins. Zum Verstärkungsbeschluss

1. Für die Sachentscheidung war der Senat gemäß § 8 Abs 1 OGHG zu verstärken. Der zur Entscheidung berufene (einfache) Senat hält die im Folgenden ausführlich darzulegende Kritik des Schrifttums (vgl insb Riss, RdW 2009, 695 ff; ders, wobl 2010, 144 ff; Pöchlhammer/Riede, wbl 2010, 217 ff; Bollenberger, ÖBA 2010, 304 ff; ders, RdW 2010, 442 ff; Kellner, ÖBA 2010, 674 ff) an der Rechtsprechung zur Wiederholungsgefahr bei nur eingeschränkter Unterwerfung unter einer Abmahnung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG (RIS-Justiz RS0125395) für zutreffend. Dabei ist davon auszugehen, dass die bisher vorliegenden Entscheidungen trotz des in der Entscheidung des erkennenden Senats 6 Ob 81/09v enthaltenen Vorbehalts und des Umstands, dass einzelne Entscheidungen bisher eine Auseinandersetzung mit der Kritik im Schrifttum ausdrücklich im jeweiligen Einzelfall für nicht erforderlich ansahen (vgl zB 2 Ob 1/09z), als ständige Rechtsprechung im Sinn des § 8 Abs 1 Z 1 OGHG zu qualifizieren sind. Eine abweichende Entscheidung durch den erkennenden Senat würde erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen, müssen doch abgemahnte Unternehmer die rechtlichen Folgen ihrer Reaktion auf eine Abmahnung im Vorhinein verlässlich

beurteilen können. Die Frage der Wiederholungsgefahr bei Ersatzklauseln ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil die Modalitäten des Abmahnverfahrens nach § 28 Abs 2 KSchG eine Vielzahl von Unternehmen und Verbraucherschutzorganisationen betreffen (vgl 2 Ob 142/06f JBl 2007, 385). 1. Für die Sachentscheidung war der Senat gemäß Paragraph 8, Absatz eins, OGHG zu verstärken. Der zur Entscheidung berufene (einfache) Senat hält die im Folgenden ausführlich darzulegende Kritik des Schrifttums vergleiche insb Riss, RdW 2009, 695 ff; ders, wobl 2010, 144 ff; Pöchhacker/Riede, wbl 2010, 217 ff; Bollenberger, ÖBA 2010, 304 ff; ders, RdW 2010, 442 ff; Kellner, ÖBA 2010, 674 ff) an der Rechtsprechung zur Wiederholungsgefahr bei nur eingeschränkter Unterwerfung unter einer Abmahnung im Sinn des Paragraph 28, Absatz 2, KSchG (RIS-Justiz RS0125395) für zutreffend. Dabei ist davon auszugehen, dass die bisher vorliegenden Entscheidungen trotz des in der Entscheidung des erkennenden Senats 6 Ob 81/09v enthaltenen Vorbehalts und des Umstands, dass einzelne Entscheidungen bisher eine Auseinandersetzung mit der Kritik im Schrifttum ausdrücklich im jeweiligen Einzelfall für nicht erforderlich ansahen (vergleiche zB 2 Ob 1/09z), als ständige Rechtsprechung im Sinn des Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer eins, OGHG zu qualifizieren sind. Eine abweichende Entscheidung durch den erkennenden Senat würde erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen, müssen doch abgemahnte Unternehmer die rechtlichen Folgen ihrer Reaktion auf eine Abmahnung im Vorhinein verlässlich beurteilen können. Die Frage der Wiederholungsgefahr bei Ersatzklauseln ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil die Modalitäten des Abmahnverfahrens nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG eine Vielzahl von Unternehmen und Verbraucherschutzorganisationen betreffen (vergleiche 2 Ob 142/06f JBl 2007, 385).

2. Außerdem liegen unterschiedliche Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zur Anwendbarkeit des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf Wissenserklärungen vor (§ 8 Abs 1 Z 2 OGHG). 2. Außerdem liegen unterschiedliche Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zur Anwendbarkeit des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG auf Wissenserklärungen vor (Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, OGHG).

II. Zur Revision der klagenden Partei römisch zwei. Zur Revision der klagenden Partei

Die Revision ist nicht berechtigt.

1. Die Revision der klagenden Partei betrifft zur Klausel 6 die Frage, ob § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auch auf Wissenserklärungen, also auf sogenannte Tatsachenbestätigungen, anzuwenden ist. 1. Die Revision der klagenden Partei betrifft zur Klausel 6 die Frage, ob Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG auch auf Wissenserklärungen, also auf sogenannte Tatsachenbestätigungen, anzuwenden ist.

Die Anwendbarkeit des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf Tatsachenbestätigungen wird in der bisherigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs je nach Fallgestaltung unterschiedlich beurteilt: Nach einer Reihe von Entscheidungen ist § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog auf Tatsachenbestätigungen zu erstrecken (RIS-Justiz RS0121955). Andere Entscheidungen lehnen demgegenüber einen derartigen Analogieschluss ab und sehen Tatsachenbestätigungen zudem nicht als Vertragsbestimmungen im Sinn der §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB bzw §§ 6, 28 Abs 1 KSchG an (RIS-Justiz RS0121188). Die Anwendbarkeit des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG auf Tatsachenbestätigungen wird in der bisherigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs je nach Fallgestaltung unterschiedlich beurteilt: Nach einer Reihe von Entscheidungen ist Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG analog auf Tatsachenbestätigungen zu erstrecken (RIS-Justiz RS0121955). Andere Entscheidungen lehnen demgegenüber einen derartigen Analogieschluss ab und sehen Tatsachenbestätigungen zudem nicht als Vertragsbestimmungen im Sinn der Paragraphen 864 a, 879, Absatz 3, ABGB bzw Paragraphen 6, 28, Absatz eins, KSchG an (RIS-Justiz RS0121188).

2. Der erkennende Senat tritt der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts bei, wonach mit Klausel 6 keine die Beweislast verschiebende Tatsachenbestätigung vorliegt. Die Frage der Anwendbarkeit von § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf die Klausel 6 stellt sich somit nicht. Sofern man bei den in den zitierten Rechtssätzen aufgenommenen Entscheidungen eine uneinheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Sinn des § 8 Abs 1 Z 2 OGHG erkennen wollte, wäre sie im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Die Bildung eines Rechtssatzes zum Verstärkungsbeschluss unter Punkt I.2. ist daher nicht erforderlich. 2. Der erkennende Senat tritt der rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts bei, wonach mit Klausel 6 keine die Beweislast verschiebende Tatsachenbestätigung vorliegt. Die Frage der Anwendbarkeit von Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG auf die Klausel 6 stellt sich somit nicht. Sofern man bei den in den zitierten Rechtssätzen aufgenommenen Entscheidungen eine uneinheitliche Rechtsprechung des

Obersten Gerichtshofs im Sinn des Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, OGHG erkennen wollte, wäre sie im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Die Bildung eines Rechtssatzes zum Verstärkungsbeschluss unter Punkt römisch eins.2. ist daher nicht erforderlich.

III. Zur Revision der beklagten Partei römisch drei. Zur Revision der beklagten Partei

1. Zu den Klauseln 5 und 16

Hiezu genügt es grundsätzlich, auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts zu verweisen, die folgendermaßen ergänzt wird:

1.1. Zu Klausel 5

Auch wenn - wie der Revisionswerber behauptet - sich diese Klausel nicht auf Klausel 15 (Übermittlung bzw Zugang von Kontoauszügen) beziehen sollte, bleibt sie dennoch intransparent, weil nicht einmal der Revisionswerber selbst angibt, wo der Verbraucher die „vereinbarte Weise“ der Bekanntgabe der Änderung der Kontoführungsgebühr und der Mahnspesen findet.

1.2. Zu Klausel 16

Jene Klauseln, die der Revisionswerber zitiert und die der Oberste Gerichtshof für gesetzmäßig erachtete 7 Ob 566/95 [lediglich implizit]; 4 Ob 179/02f), sind mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Dort war betreffend die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers eine „wesentliche Verschlechterung“ (7 Ob 566/95) bzw eine solche, wodurch „die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut gefährdet“ ist (4 Ob 179/02f), Voraussetzung für das Kündigungsrecht der Bank.

Im vorliegenden Fall reichen dafür nach dem Wortlaut der Klausel auch schon geringfügigste „Verletzungen von Bestimmungen des Kreditverhältnisses durch den Kreditnehmer“, die womöglich seine Bonität überhaupt nicht beeinträchtigen. Auch der auf die Bonität des Kreditnehmers oder eines Bürgen bezugnehmende weitere Wortlaut der Klausel stellt nicht auf eine objektive Verschlechterung der Bonität des Kreditnehmers, sondern auf sehr dehnbare, der Bank einen weiten Interpretationsspielraum einräumende Umstände ab („Umständen, die geeignet sind, das Vertrauen ... zu erschüttern, ... Umstände, die ... befürchten lassen.“).

2. Zur Wiederholungsgefahr bei den übrigen Klauseln

2.1. Allgemeines

2.1.1. Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträge zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. 2.1.1. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträge zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (Paragraph 1336, ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.

2.1.2. Abs 2 dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-NovelleBGBl I 1997/6 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die

verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 31). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (Kühnberg, Das Abmahnverfahren im KSchG, ecolex 2004, 359; Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ § 28 KSchG Rz 7). 2.1.2. Absatz 2, dieser Bestimmung wurde durch die KSchG-NovelleBGBl I 1997/6 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klargestellt werden, dass die nach Paragraph 29, KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 31,). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (Kühnberg, Das Abmahnverfahren im KSchG, ecolex 2004, 359; Kathrein in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ Paragraph 28, KSchG Rz 7).

2.1.3. Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verbands nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637 [insbesondere T11]). Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung kann nur eintreten, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit besteht. Die Unterlassungserklärung des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss daher neben wortgleichen auch sinngleiche Klauseln umfassen, um die Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111638). 2.1.3. Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Anspruch des gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Verbands nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637 [insbesondere T11]). Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung kann nur eintreten, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit besteht. Die Unterlassungserklärung des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss daher neben wortgleichen auch sinngleiche Klauseln umfassen, um die Wiederholungsgefahr nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111638).

2.2. Bisherige Rechtsprechung

2.2.1. In dem der Entscheidung 4 Ob 227/06w zugrunde liegenden Fall hatte der Unternehmer strafbewehrte Unterlassungserklärungen abgegeben, jedoch gleichzeitig geänderte Fassungen einiger Klauseln mit der Behauptung angeführt, dass diese mangels Sinnleichheit zulässig seien. In diesem Fall ging der klagende Verband - von einer Ausnahme abgesehen - gegen die geänderten Klauseln vor. Zu jener (einzigen) Klausel, die in ihrer ursprünglichen Fassung Gegenstand des Unterlassungsbegehrens war, hatte die beklagte Partei in der Unterlassungserklärung ausgeführt, dass der erste Satz (nicht aber auch der weitere Text) der Klausel nicht sinnleich und daher zulässig sei.

Bei dieser Sachlage bejahte der 4. Senat hinsichtlich dieser Klausel die Wiederholungsgefahr mit der Begründung, dass von einer uneingeschränkten Unterwerfung unter den Anspruch der klagenden Partei keine Rede sein könne; vielmehr bleibe unklar, was die beklagte Partei unter „sinngleichen“ Klauseln verstehe. Sie habe daher keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben.

2.2.2. In der Entscheidung 2 Ob 153/08a verneinte der 2. Senat den Wegfall der Wiederholungsgefahr im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG in Fällen, in denen der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner (mit angemessener Konventionalstrafe besicherten) Unterlassungserklärung neu formulierte „Ersatzklauseln“ mit dem Bemerken beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Diesfalls liege keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinnleich“ seien, komme es nicht an. 2.2.2. In der Entscheidung 2 Ob 153/08a verneinte der 2. Senat den Wegfall der Wiederholungsgefahr im Sinn des Paragraph 28, Absatz 2, KSchG in Fällen, in denen der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner (mit angemessener Konventionalstrafe besicherten) Unterlassungserklärung neu formulierte „Ersatzklauseln“ mit dem Bemerken beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Diesfalls liege keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer

gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ seien, komme es nicht an.

2.2.3. Dieser Auffassung schlossen sich in der Folge im Ergebnis mehrere weitere Entscheidungen an.

2.2.4. Die Entscheidung 8 Ob 110/08x betraf eine Unterlassungserklärung, die den Zusatz enthielt, wonach „bei bestehenden Verträgen und bei den während der Aufbrauchsfrist geschlossenen Verträgen ausschließlich im Sinne der neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgegangen wird, und dass nach Ablauf der Aufbrauchsfrist allen neuen Verträgen die Allgemeinen Vertragsbedingungen in der Ihnen nunmehr vorliegenden Fassung zugrundegelegt werden“. Der 8. Senat verneinte den Wegfall der Wiederholungsgefahr. In der inhaltlichen Änderung der Klauseln, die eine neuerliche umfassende rechtliche Prüfung erforderlich machen würden, bestehe nicht die von der Judikatur stets streng geforderte ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen durch die beklagte Partei. Die Erklärung, in Hinkunft nur noch nach den neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen vorzugehen, stelle keine einer unbedingten und vollständigen Unterwerfungserklärung gleichwertige Handlung dar.

Allerdings betraf diese Entscheidung einen Sachverhalt, in dem sich das abgemahnte Unternehmen einer „missglückten“ Formulierung bedient hatte (Riss, Verbandsklage: Einschränkende Unterlassungserklärung und Wegfall der Wiederholungsgefahr, RdW 2009, 695 [696]), war der Unterlassungserklärung doch nicht mit der üblichen Deutlichkeit die Verpflichtung zu entnehmen, die Verwendung der beanstandeten Klauseln und eine Berufung auf diese zu unterlassen.

2.2.5. In der Entscheidung 6 Ob 81/09v hatte die beklagte Partei gerade keine umfassende Unterlassungserklärung abgegeben, sondern ausdrücklich erklärt, die in der Unterlassungserklärung vollständig oder zum Teil gestrichenen Klauseln in Zukunft nicht zu unterlassen, sondern weiterhin verwenden zu wollen. Dabei war der Großteil der - von der klagenden Partei verlangten - Unterlassungserklärung überhaupt durchgestrichen; die verbleibenden Worte und Satzteile hatten keinen selbständigen ausreichenden Erklärungswert. Der 6. Senat sah darin keine ausreichende Unterlassungserklärung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG und hob ausdrücklich hervor, dass es aus diesem Grund keines Eingehens auf die in der Literatur an der Entscheidung 2 Ob 153/08a geäußerte Kritik bedurfte. 2.2.5. In der Entscheidung 6 Ob 81/09v hatte die beklagte Partei gerade keine umfassende Unterlassungserklärung abgegeben, sondern ausdrücklich erklärt, die in der Unterlassungserklärung vollständig oder zum Teil gestrichenen Klauseln in Zukunft nicht zu unterlassen, sondern weiterhin verwenden zu wollen. Dabei war der Großteil der - von der klagenden Partei verlangten - Unterlassungserklärung überhaupt durchgestrichen; die verbleibenden Worte und Satzteile hatten keinen selbständigen ausreichenden Erklärungswert. Der 6. Senat sah darin keine ausreichende Unterlassungserklärung im Sinn des Paragraph 28, Absatz 2, KSchG und hob ausdrücklich hervor, dass es aus diesem Grund keines Eingehens auf die in der Literatur an der Entscheidung 2 Ob 153/08a geäußerte Kritik bedurfte.

2.2.6. In der Entscheidung 5 Ob 138/09v verneinte der 5. Senat gleichfalls den Wegfall der Wiederholungsgefahr in einem Fall, in dem die beklagte Partei zwar eine Unterlassungserklärung abgegeben hatte, diese aber, soweit sie sich auf sinngleiche Klauseln erstreckte, mit der Maßgabe verbunden hatte, dass die Klauseln „nunmehr abgeändert werden“. Diese Mitteilung der Beklagten könne nach ihrem objektiven Erklärungswert nur dahin verstanden werden, dass diese die neu formulierten Ersatzklauseln für zulässig halte. Dies stelle eine die Wiederholungsgefahr nicht beseitigende Einschränkung der Unterlassungserklärung dar, und zwar unabhängig davon, ob die Ersatzklauseln mit den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ seien. Die gegenteilige Einschätzung würde eine Vorgangsweise der beklagten Partei tolerieren, die den Kläger dazu zwingt, die Ersatzklauseln auf ihre Gesetzmäßigkeit überprüfen zu müssen, um das Vorliegen der Wiederholungsgefahr beurteilen und erst im Fall erkannter neuerlicher Gesetzeswidrigkeit bis dahin gar nicht inkriminierter Klauseln geltend machen zu können. Ein solches, dem Kläger aufgezwungenes System notwendiger Prüfung („Genehmigung“) neu formulierter Ersatzklauseln sei im Gesetz nicht vorgesehen und widerspreche dem Zweck einer zuverlässigen und rechtssicheren außergerichtlichen Streitbeilegung.

2.2.7. In der Entscheidung 2 Ob 1/09z hatte die beklagte Partei keine Ersatzklauseln formuliert. Aus diesem Grund hielt der 2. Senat ausdrücklich fest, dass es keiner Auseinandersetzung mit der Kritik von Riss (RdW 2009, 695) bedürfe. Eine zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr geeignete Unterlassungserklärung liege nicht vor, wenn die Unterlassungserklärung mit der Ankündigung verknüpft wird, die „konsumentenschutzrechtlich unbedenklichen“ Teile der beanstandeten Klauseln in deren künftigen Neufassung weiter zu verwenden, obgleich der mit der Abmahnung vorprozessual geltend gemachte Unterlassungsanspruch die davon umfassten Klauseln in ihrem gesamten Wortlaut

und nicht bloß in einzelnen Worten oder Textteilen betraf. Ein auf die „Vertragsstrafevereinbarung“ bezogener Zusatz in der Unterlassungserklärung, wonach Verstöße gegen die eingegangene Unterlassungsverpflichtung ungeahndet bleiben, bis die klagende Partei erstmals einen solchen Verstoß geltend gemacht hat, bringe deutlich zum Ausdruck, dass es der beklagten Partei am ernstlichen Willen, von künftigen Verstößen gegen eine Unterlassungsverpflichtung Abstand zu nehmen, fehle, und sei daher zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht geeignet.

2.2.8. Nach der Entscheidung 10 Ob 25/09p muss die Unterlassungserklärung nach ständiger Rechtsprechung eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten und nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen. Würden Einschränkungen oder Bedingungen angeführt, so entfalle die Wiederholungsgefahr nicht. Die Verwendung der Klauseln müsse für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein. Dies könne sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs); weiters sei es möglich, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlaubten. 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 aber keinesfalls aus.

Diese Entscheidung betraf die Zurückweisung einer außerordentlichen Revision. Die beklagte Partei hatte hier zu den als „Text neu“ bezeichneten Formulierungen vorweg ausdrücklich festgehalten, dass damit nur die „voraussichtliche Neuformulierung“ angegeben werde. Nur durch die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung könne die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Lehne die beklagte Partei eine Unterwerfungserklärung hinsichtlich der Verwendung sinngleicher Vertragsklauseln ab, biete sie damit keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen und beseitige die Wiederholungsgefahr nicht. Wer im Prozess zu erkennen gebe, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun sei, könne sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen. Diese Entscheidung betraf die Zurückweisung einer außerordentlichen Revision. Die beklagte Partei hatte hier zu den als „Text neu“ bezeichneten Formulierungen vorweg ausdrücklich festgehalten, dass damit nur die „voraussichtliche Neuformulierung“ angegeben werde. Nur durch die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Einrichtung könne die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Lehne die beklagte Partei eine Unterwerfungserklärung hinsichtlich der Verwendung sinngleicher Vertragsklauseln ab, biete sie damit keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen und beseitige die Wiederholungsgefahr nicht. Wer im Prozess zu erkennen gebe, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun sei, könne sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen.

Der 10. Senat sah die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, das darin eine vollständige, die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der erfassten Klauseln beseitigende Unterwerfung unter den Anspruch des klagenden Verbands erblickte, als (noch) im Rahmen der Rechtsprechung gelegen an. Der 10. Senat stellte jedoch klar, dass dann, wenn sich die beklagte Partei nur verpflichtet hätte, bei Neuabschlüssen ausschließlich die ihrer Auffassung nach gesetzeskonformen Ersatzklauseln zu verwenden, sich aber gleichzeitig vorbehalten hätte, sich bei bestehenden Verträgen weiterhin auf die alten Klauseln berufen zu dürfen, die Wiederholungsgefahr schon infolge Neuformulierung von Ersatzklauseln (ohne Rücksicht auf ihren Inhalt) nicht weggefallen wäre. Dies treffe aber hier nicht zu, weil die beklagte Partei nur „voraussichtliche“ Neuformulierungen angekündigt habe und ihre (vorweg übernommene) Verpflichtung, sich auf die inkriminierten Klauseln nicht (mehr) zu berufen, in keiner Weise eingeschränkt habe. Damit erübrige sich ein Eingehen auf die von der Lehre an der Ansicht der Rechtsprechung geübte Kritik.

2.2.9. In der Entscheidung 1 Ob 81/09g sprach der 1. Senat aus, dass das Argument der Entscheidung 2 Ob 153/08a, die Annahme eines Wegfalls der Wiederholungsgefahr, wenn der Unternehmer sich Ersatzklauseln vorbehält, laufe auf ein „gesetzlich nicht vorgesehenes Genehmigungssystem“ hinaus, nicht näher untersucht werden müsse. Der 1. Senat folgt dem zweiten Senat „im Ergebnis“ (1 Ob 81/09g) bzw. „grundsätzlich“ (1 Ob 131/09k) und stellt darauf ab, dass in „typisierender und generalisierender Betrachtung“ von Wiederholungsgefahr auszugehen sei.

2.2.10. In der Entscheidung 7 Ob 173/10g schloss sich der 7. Senat den Entscheidungen 8 Ob 110/08x und 2 Ob 153/08a ausdrücklich an. Der Oberste Gerichtshof habe mehrfach ausgesprochen, dass keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vorliegt, wenn der Verwender von AGB seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerken beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Die Wiederholungsgefahr werde dadurch nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den

beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, komme es nicht an. 2.2.10. In der Entscheidung 7 Ob 173/10g schloss sich der 7. Senat den Entscheidungen 8 Ob 110/08x und 2 Ob 153/08a ausdrücklich an. Der Oberste Gerichtshof habe mehrfach ausgesprochen, dass keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Einrichtung vorliegt, wenn der Verwender von AGB seiner nach Abmahnung gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerkten beifügt, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen. Die Wiederholungsgefahr werde dadurch nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, komme es nicht an.

Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt war allerdings durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die beklagte Partei sich weigerte, eine Unterlassungserklärung hinsichtlich sinngleicher Klauseln abzugeben, sondern vielmehr betonte, dass für bereits geschlossene Verträge mit Verbrauchern und solche, die auf Basis der Altformulare bis 31. 8. 2007 abgeschlossen würden, die von ihr eingeräumten Abänderungen nur „sofern möglich und tunlich“ anzuwenden seien.

2.2.11. Die Entscheidung 8 Ob 124/10h stützte die Verneinung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr auf die Richtlinien 1993/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen. Aus diesen (aber auch weiteren) Richtlinien könne abgeleitet werden, dass das Klagerecht (die „Wiederholungsgefahr“) nur dort wegfallen könne, wo anderweitig (Abmahnverfahren) ein effektiver und rascher Schutz für die Verbraucher gewährleistet sei. Schon der Wortlaut des § 28 Abs 2 KSchG spreche dafür, darin eine spezifische Regelung für die Frage des Wegfalls der Klageberechtigung für den Fall zu sehen, dass sich der klageberechtigte Verband entschieße, ein Abmahnverfahren durchzuführen. Die Wiederholungsgefahr solle eben nur dann „nicht mehr“ bestehen, wenn die besicherte Unterlassungserklärung abgegeben werde. Weitere Einschränkungen seien dem Gesetz nicht zu entnehmen. Der Gesetzgeber gehe offenbar davon aus, dass das Abmahnverfahren und die erzielte Unterlassungsverpflichtung nur unter dieser Voraussetzung eine attraktive Variante gegenüber dem gerichtlichen Unterlassungsurteil darstelle, das ja „sinngleiche Klauseln“ ohne Einschränkungen umfasse, regelmäßig mit Veröffentlichungs- und Kostenfolgen verbunden sei und das rechtswidrig handelnde Unternehmen in die schlechtere Position im Exekutionsverfahren bringe. Dazu solle die durch die Unterlassungserklärung im Abmahnverfahren bewirkte materiell-rechtliche Verbesserung der Position des Verbands, die ja im Streitfall ohnehin erst in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren durchgesetzt werden müsse, den verfahrensrechtlichen Vorteilen eines Unterlassungsurteils angenähert und nicht durch Einschränkungen im Umfang („sinngleich“) verschlechtert werden. Letztlich gehe es darum, dass der Gesetzgeber mit dem Abmahnverfahren ein eigenes „Verfahren“ zur Vermeidung gerichtlicher Verfahren „vorschalten“ und mangels verpflichtender Inanspruchnahme für die klageberechtigten Verbände auch attraktiv ausgestalten wollte. Mangels entsprechender Anhaltspunkte sei nicht zu unterstellen, dass der Gesetzgeber die in diesem Zusammenhang vorgenommene Sonderregelung für die Beurteilung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr in § 28 Abs 2 KSchG auch dahin verstanden haben wollte, dass er es dem bereits - zugestandenmaßen - rechtswidrig handelnden Unternehmen auch noch ermöglichen wollte, durch das Anbot einer allenfalls großen Anzahl von „Ersatzklauseln“ die gerade noch zulässige Klauselvariante „auszutesten“ und den Verband zu einer neuerlichen Prüfung zu zwingen. Der Ansatz der Autoren, die dem entgegen hielten, dass der Verband ja ohnehin auch bei einer unbedingten Unterlassungserklärung die Ersatzklausel prüfen müsste, setze sich nicht mit dem Aspekt auseinander, dass dann für den Verband ja auch der Vorteil der bereits vereinbarten Vertragsstrafe bestehe und dass das schon vorher rechtswidrig handelnde Unternehmen auch im Hinblick darauf bei der Ersatzklausel wohl eher eine klarere und unbedenklichere Variante wählen werde.

2.2.11. Die Entscheidung 8 Ob 124/10h stützte die Verneinung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr auf die Richtlinien 1993/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen. Aus diesen (aber auch weiteren) Richtlinien könne abgeleitet werden, dass das Klagerecht (die „Wiederholungsgefahr“) nur dort wegfallen könne, wo anderweitig (Abmahnverfahren) ein effektiver und rascher Schutz für die Verbraucher gewährleistet sei. Schon der Wortlaut des Paragraph 28, Absatz 2, KSchG spreche dafür, darin eine spezifische Regelung für die Frage des Wegfalls der Klageberechtigung für den Fall zu sehen, dass sich der klageberechtigte Verband entschieße, ein Abmahnverfahren durchzuführen. Die Wiederholungsgefahr solle eben nur dann „nicht mehr“ bestehen, wenn die besicherte Unterlassungserklärung abgegeben werde. Weitere Einschränkungen seien dem Gesetz nicht zu entnehmen. Der Gesetzgeber gehe offenbar davon aus, dass das Abmahnverfahren und die erzielte Unterlassungsverpflichtung nur

unter dieser Voraussetzung eine attraktive Variante gegenüber dem gerichtlichen Unterlassungsurteil darstelle, das ja „sinngleiche Klauseln“ ohne Einschränkungen umfasse, regelmäßig mit Veröffentlichungs- und Kostenfolgen verbunden sei und das rechtswidrig handelnde Unternehmen in die schlechtere Position im Exekutionsverfahren bringe. Dazu solle die durch die Unterlassungserklärung im Abmahnverfahren bewirkte materiell-rechtliche Verbesserung der Position des Verbands, die ja im Streitfall ohnehin erst in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren durchgesetzt werden müsse, den verfahrensrechtlichen Vorteilen eines Unterlassungsurteils angenähert und nicht durch Einschränkungen im Umfang („sinngleich“) verschlechtert werden. Letztlich gehe es darum, dass der Gesetzgeber mit dem Abmahnverfahren ein eigenes „Verfahren“ zur Vermeidung gerichtlicher Verfahren „vorschalten“ und mangels verpflichtender Inanspruchnahme für die klageberechtigten Verbände auch attraktiv ausgestalten wollte. Mangels entsprechender Anhaltspunkte sei nicht zu unterstellen, dass der Gesetzgeber die in diesem Zusammenhang vorgenommene Sonderregelung für die Beurteilung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr in Paragraph 28, Absatz 2, KSchG auch dahin verstanden haben wollte, dass er es dem bereits - zugestandenermaßen - rechtswidrig handelnden Unternehmen auch noch ermöglichen wollte, durch das Anbot einer allenfalls großen Anzahl von „Ersatzklauseln“ die gerade noch zulässige Klauselvariante „auszutesten“ und den Verband zu einer neuerlichen Prüfung zu zwingen. Der Ansatz der Autoren, die dem entgegen hielten, dass der Verband ja ohnehin auch bei einer unbedingten Unterlassungserklärung die Ersatzklausel prüfen müsste, setze sich nicht mit dem Aspekt auseinander, dass dann für den Verband ja auch der Vorteil der bereits vereinbarten Vertragsstrafe bestehe und dass das schon vorher rechtswidrig handelnde Unternehmen auch im Hinblick darauf bei der Ersatzklausel wohl eher eine klarere und unbedenklichere Variante wählen werde.

2.2.12. Nach der Entscheidung 2 Ob 198/10x trete die im Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entstehe (8 Ob 110/08x). Füge der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit der Behauptung an, diese seien mit den inkriminierten Klauseln nicht „sinngleich“ und daher zulässig und von der Unterlassungserklärung ausgenommen, liege keine vollständige Unterwerfung vor und werde die Wiederholungsgefahr dadurch nicht beseitigt.

Weil der Verband nur den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG geltend mache und nicht auch eine darüber hinausgehende Unterlassungsverpflichtung des Unternehmers zu begründen trachte, sei die Unterlassungserklärung im Regelfall nicht als eine von § 28 KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen. Gesetzlich zulässige Klauseln würden daher von einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung nach § 28 KSchG nicht erfasst. Weil der Verband nur den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach Paragraph 28, KSchG geltend mache und nicht auch eine darüber hinausgehende Unterlassungsverpflichtung des Unternehmers zu begründen trachte, sei die Unterlassungserklärung im Regelfall nicht als eine von Paragraph 28, KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen. Gesetzlich zulässige Klauseln würden daher von einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung nach Paragraph 28, KSchG nicht erfasst.

Auf die in der Literatur geäußerte Kritik hatte sich die Revision nicht gestützt.

2.2.13. In der Entscheidung 7 Ob 68/11t knüpfte der 7. Senat an die bisherige Judikatur an und verwies auf die Entscheidung 8 Ob 124/10h, in der sich der 8. Senat eingehend mit der Kritik der Lehre auseinandergesetzt habe. Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem die beklagte Partei zwar eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgab, diese aber mit dem Zusatz versah, dass sie sich rund zweieinhalb Monate später als gefordert zur Zahlung einer Konventionalstrafe bei Zuwiderhandeln verpflichten wollte. Der 7. Senat betonte, dass es dem rechtswidrig handelnden Unternehmen nicht zustehe, einseitig Sanktionen hinauszuzögern und den Verband zum Zuwarten zu zwingen. Dies zeige insbesondere der vorliegende Fall, in dem die beklagte Partei schon einmal eine Verlängerung der Frist erwirkt und dann den Vorbehalt gemacht habe, obwohl nach ihren Ankündigungen bereits „neue Bedingungen“ in Geltung seien. Eine Unterstützung dieser Verzögerungstaktik entspreche nicht dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck, durch das Abmahnverfahren einen effektiven und raschen Rechtsschutz für den Verbraucher zu gewährleisten. Mangels entsprechender Anhaltspunkte sei nicht zu unterstellen, dass der Gesetzgeber die in diesem Zusammenhang vorgenommene Sonderregelung für die Beurteilung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr in § 28 Abs 2 KSchG auch dahin verstanden haben wollte, dass er es den bereits - zugestandenermaßen - rechtswidrig handelnden Unternehmern auch noch ermöglichen habe wollen, durch das Anbot einer allenfalls großen Anzahl von Ersatzklauseln die gerade noch zulässige Klauselvariante „auszutesten“ und den Verband zu einer neuerlichen Prüfung zu zwingen.

Der Verband erlange durch die unbedingte Unterlassungserklärung den Vorteil der bereits vereinbarten Vertragsstrafe, sodass das schon vorher rechtswidrig handelnde Unternehmen auch im Hinblick darauf bei der Ersatzklausel wohl eher eine klarere und unbedenklichere Variante wählen werde.^{2.2.13} In der Entscheidung 7 Ob 68/11t knüpfte der 7. Senat an die bisherige Judikatur an und verwies auf die Entscheidung 8 Ob 124/10h, in der sich der 8. Senat eingehend mit der Kritik der Lehre auseinandergesetzt habe. Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem die beklagte Partei zwar eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgab, diese aber mit dem Zusatz versah, dass sie sich rund zweieinhalb Monate später als gefordert zur Zahlung einer Konventionalstrafe bei Zuwiderhandeln verpflichten wollte. Der 7. Senat betonte, dass es dem rechtswidrig handelnden Unternehmen nicht zustehe, einseitig Sanktionen hinauszuzögern und den Verband zum Zuwarten zu zwingen. Dies zeige insbesondere der vorliegende Fall, in dem die beklagte Partei schon einmal eine Verlängerung der Frist erwirkt und dann den Vorbehalt gemacht habe, obwohl nach ihren Ankündigungen bereits „neue Bedingungen“ in Geltung seien. Eine Unterstützung dieser Verzögerungstaktik entspreche nicht dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck, durch das Abmahnverfahren einen effektiven und raschen Rechtsschutz für den Verbraucher zu gewährleisten. Mangels entsprechender Anhaltspunkte sei nicht zu unterstellen, dass der Gesetzgeber die in diesem Zusammenhang vorgenommene Sonderregelung für die Beurteilung des Wegfalls der Wiederholungsgefahr in Paragraph 28, Absatz 2, KSchG auch dahin verstanden haben wollte, dass er es den bereits - zugestandenermaßen - rechtswidrig handelnden Unternehmen auch noch ermöglichen habe wollen, durch das Anbot einer allenfalls großen Anzahl von Ersatzklauseln die gerade noch zulässige Klauselvariante „auszutesten“ und den Verband zu einer neuerlichen Prüfung zu zwingen. Der Verband erlange durch die unbedingte Unterlassungserklärung den Vorteil der bereits vereinbarten Vertragsstrafe, sodass das schon vorher rechtswidrig handelnde Unternehmen auch im Hinblick darauf bei der Ersatzklausel wohl eher eine klarere und unbedenklichere Variante wählen werde.

2.3. Schrifttum

2.3.1. Diese Judikatur stieß im Schrifttum auf Kritik, aber auch auf Zustimmung:

2.3.2. Nach Riss (Verbandsklage: einschränkende Unterlassungserklärung und Wegfall der Wiederholungsgefahr, RdW 2009, 695) sei die Entscheidung des 2. Senats 2 Ob 153/08a nicht mit der - von Riss für zutreffend gehaltenen - Rechtsprechung in Einklang zu bringen, wonach das Angebot einer Unterlassungsverpflichtung, welche alles das umfasst, was der Kläger durch in seinem Begehren stattgebendes Urteil erreichen könnte, die Wiederholungsgefahr ausschließe; ein nicht gerechtfertigtes Begehren müsse der Beklagte im Rahmen seiner Unterlassungsverpflichtung nicht berücksichtigen. Dies stehe im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz, dass das (vor-)prozessuale Unterlassungsbegehren nicht über den sich aus dem materiellen Recht ergebenden Unterlassungsanspruch hinausgehen dürfe.

Die Rechtsansicht des 2. Senats könne auch nicht durch die Gefahr einer Verschlechterung der Rechtsposition der klagslegitimierten Einrichtungen begründet werden. Auch dann, wenn man davon ausgehe, dass nur eine Unterlassungserklärung ohne Einschluss von Ersatzklauseln die Wiederholungsgefahr beseitige, stehe es dem abgemahnten Unternehmer ja faktisch offen, die von ihm für zulässig erachteten neuen Klauseln in Zukunft zu verwenden. Auch bei dieser Vorgangsweise müsse die klagslegitimierte Einrichtung nun erneut eine rechtliche Prüfung der Ersatzklauseln vornehmen, und zwar unabhängig davon, ob die neuen Klauseln als sinngleiche Klauseln von der abgegebenen Unterlassungserklärung erfasst seien oder ob es sich dabei um nicht sinngleiche und von der Erklärung daher nicht erfasste Klauseln handle.

Entgegen der Rechtsansicht des 2. Senats führe die Auffassung, der Vorbehalt von Ersatzklauseln führe nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr, nicht zu einer Entlastung, sondern sogar zu einer Mehrbelastung der Gerichte. Nunmehr hätten die Gerichte sowohl die ursprünglich beanstandeten Klauseln zu prüfen als auch die neuen Ersatzklauseln, sobald diese vom Unternehmer verwendet werden. Würde man hingegen den Wegfall der Wiederholungsgefahr bejahen, entfielen für die Gerichte der Aufwand der rechtlichen Prüfung der ursprünglich beanstandeten Klauseln, weil die Klage schon wegen Fehlens der Wiederholungsgefahr abzuweisen wäre. Zudem bringe die Rechtsansicht des 2. Senats eine Verschlechterung der Rechtsposition des Unternehmers.

Zusammenfassend gelangt Riss zu dem Ergebnis, dass dann, wenn der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln beifügt, eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch dann vorliegt, wenn die rechtliche Prüfung der Ersatzklauseln ergibt, dass keine

Verbotswidrigkeit im Sinn des § 28 KSchG vorliegt. In diesem Fall sei die Unterlassungsklage abzuweisen. Zusammenfassend gelangt Riss zu dem Ergebnis, dass dann, wenn der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln beifügt, eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch dann vorliegt, wenn die rechtliche Prüfung der Ersatzklauseln ergibt, dass keine Verbotswidrigkeit im Sinn des Paragraph 28, KSchG vorliegt. In diesem Fall sei die Unterlassungsklage abzuweisen.

Gebe der abgemahnte Unternehmer eine Unterlassungserklärung mit zulässigen Ersatzklauseln ab, so sei die Wiederholungsgefahr weggefallen. Gebe der Unternehmer eine Unterlassungserklärung mit sinngleichen und daher verbotswidrigen Ersatzklauseln ab, liege keine vollständige Unterwerfung vor, sodass die Wiederholungsgefahr nicht weg falle. Gebe der Unternehmer eine Unterlassungserklärung mit Ersatzklauseln ab, die aus anderen als den in der Abmahnung geltend gemachten Gründen unzulässig seien, falle zwar die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der in der Abmahnung beanstandeten Klauseln weg. Allerdings bestehe angesichts der Erklärung, die verbotswidrigen Ersatzklauseln verwenden zu wollen, die Gefahr einer zukünftigen Rechtsverletzung, weshalb eine auf Unterlassung der Verwendung der Ersatzklauseln (nicht aber der ursprünglich abgemahnten Klauseln) gerichtete Verbandsklage erfolgreich sein werde.

2.3.3. Dieselbe Auffassung vertrat Riss in einer Anmerkung zur Entscheidung 6 Ob 81/09v (wobl 2010/68). Gegen diese Judikatur spreche, dass ein Unterlassungsanspruch auch gegen einen Unternehmer bejaht werden müsse, der verspreche, sich in Hinkunft völlig rechtskonform zu verhalten. Der Entscheidung des 6. Senats im konkreten Anlassfall stimmt Riss hingegen zu (aaO).

2.3.4. Eine ähnliche Auffassung vertritt Bollenberger (Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 304). Die strafbewehrte Unterlassungserklärung müsse gemäß § 28 Abs 2 KSchG die abgemahnte Klausel und alle ihr sinngleichen Klauseln umfassen. Nehme der Unternehmer daher lediglich eine konkrete, nicht sinngleiche Klausel aus, schränke er die Unterlassungserklärung gerade nicht ein. Als Beispiel verweist Bollenberger auf den Fall, dass sich jemand gegenüber dem Nachbarn zur Bereinigung eines Streits über eine Besitzstörung dazu verpflichte, sein Auto nicht mehr vor der Einfahrt des Nachbarn abzustellen und auch keine ähnlichen Gegenstände dort zu deponieren. In diesem Fall liege auch dann keine Einschränkung dieser Unterlassungsverpflichtung vor, wenn der Vorbehalt gemacht werde, dass er sein Auto in Zukunft vor der eigenen Einfahrt parken werde. 2.3.4. Eine ähnliche Auffassung vertritt Bollenberger (Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG, ÖBA 2010, 304). Die strafbewehrte Unterlassungserklärung müsse gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG die abgemahnte Klausel und alle ihr sinngleichen Klauseln umfassen. Nehme der Unternehmer daher lediglich eine konkrete, nicht sinngleiche Klausel aus, schränke er die Unterlassungserklärung gerade nicht ein. Als Beispiel verweist Bollenberger auf den Fall, dass sich jemand gegenüber dem Nachbarn zur Bereinigung eines Streits über eine Besitzstörung dazu verpflichte, sein Auto nicht mehr vor der Einfahrt des Nachbarn abzustellen und auch keine ähnlichen Gegenstände dort zu deponieren. In diesem Fall liege auch dann keine Einschränkung dieser Unterlassungsverpflichtung vor, wenn der Vorbehalt gemacht werde, dass er sein Auto in Zukunft vor der eigenen Einfahrt parken werde.

2.3.5. Nach Pöchlhammer/Riede (Zum Wegfall der Wiederholungsgefahr: Eine Anmerkung zu OGH 13. 10. 2009, 5 Ob 138/09v, wbl 2010, 217) ist, wenn der Abgemahnte seiner Unterlassungserklärung zulässige Ersatzklauseln beifügt, die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln rechtskonform und im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht sinngleich sind.

2.3.6. Auch Kellner (Die Rechtsnatur der Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 674) kritisiert die Rechtsprechung. Die Auffassung, wonach modifizierte Unterlassungserklärungen - inklusive des Vorbehalts gesetzmäßiger Ersatzklauseln - die Wiederholungsgefahr nicht gemäß § 28 Abs 2 KSchG beseitigten, berücksichtige das legitime Interesse der abgemahnten Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht gebührend, sich nach Übermaßabmahnungen dem Grunde oder dem Umfang nach vor überschießenden Unterlassungserklärungen zu schützen. Gleichzeitig drifteten AGB- und Lauterkeitsrecht in der Frage der Wiederholungsgefahr auseinander, obwohl die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten dieselben seien, was schwerwiegende Wertungsdifferenzen aufwerfe. Behalte der Oberste Gerichtshof die Auffassung bei, dass die Unterlassungserklärung im Regelfall nicht als eine von § 28 KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen sei, bliebe noch abzuwarten, welche Kriterien den Regel- vom Ausnahmefall unterschieden. Auf das hohe Konventionalstrafversprechen in der Unterlassungserklärung könne sich ein sorgsamer AGB-Verwender erst einlassen, wenn in dieser Frage Rechtssicherheit herrsche. Selbst wenn sich dieses „System“ durchsetzen sollte, bewirke die vorbehaltlose

Unterlassungserklärung völlige Rechtsunsicherheit, weil bei jeder Abmahnung, die auf mehrere Argumente gestützt werde, niemand wisse, was nun wirklich verboten sei und was nicht. 2.3.6. Auch Kellner (Die Rechtsnatur der Unterlassungserklärung nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG, ÖBA 2010, 674) kritisiert die Rechtsprechung. Die Auffassung, wonach modifizierte Unterlassungserklärungen - inklusive des Vorbehalts gesetzmäßiger Ersatzklauseln - die Wiederholungsgefahr nicht gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG beseitigten, berücksichtige das legitime Interesse der abgemahnten Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht gebührend, sich nach Übermaßabmahnungen dem Grunde oder dem Umfang nach vor überschießenden Unterlassungserklärungen zu schützen. Gleichzeitig drifteten AGB- und Lauterkeitsrecht in der Frage der Wiederholungsgefahr auseinander, obwohl die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten dieselben seien, was schwerwiegende Wertungsdifferenzen aufwerfe. Behalte der Oberste Gerichtshof die Auffassung bei, dass die Unterlassungserklärung im Regelfall nicht als eine von Paragraph 28, KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen sei, bliebe noch abzuwarten, welche Kriterien den Regel- vom Ausnahmefall unterschieden. Auf das hohe Konventionalstrafversprechen in der Unterlassungserklärung könne sich ein sorgsamer AGB-Verwender erst einlassen, wenn in dieser Frage Rechtssicherheit herrsche. Selbst wenn sich dieses „System“ durchsetzen sollte, bewirke die vorbehaltlose Unterlassungserklärung völlige Rechtsunsicherheit, weil bei jeder Abmahnung, die auf mehrere Argumente gestützt werde, niemand wisse, was nun wirklich verboten sei und was nicht.

2.3.7. In einer weiteren Arbeit setzte sich Bollenberger (Abmahnung von AGB nach § 28 Abs 2 KSchG: Wie können einsichtige Unternehmer noch reagieren? RdW 2010, 442) mit der Frage auseinander, wie sich ein Unternehmer in Zukunft nach einer Abmahnung verhalten könne. Gebe er eine Unterlassungserklärung ohne Vorbehalt einer neuen, nicht sinngleichen Klausel ab, riskiere er im Falle einer überschießenden Verpflichtung eine Vertragsstrafe für die Verwendung der neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die bei massenhaften Verträgen unkalkulierbar sei und enorme Ausmaße erreichen könnte. Gebe der Unternehmer keine Unterlassungserklärung ab, bestehe zwar das Risiko, wegen der alten Klausel geklagt zu werden, wobei die Kosten des Prozesses und der Urteilsveröffentlichung im Fall des Unterliegens zwar hoch, jedoch gut im Voraus einschätzbar seien. Dafür biete ein Prozess über die alte Klausel immerhin die Aussicht, dass sich durch eine begründete Gerichtsentscheidung die Spielräume für eine künftige Neugestaltung deutlicher abzeichneten und nach Umgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Unterlassungsexekution drohe; all dies ohne die Gefahr der Verwirkung einer Vertragsstrafe. Für den Unternehmer würden vielfach zwei Prozesse häufig billiger und in jedem Fall besser kalkulierbar als die Gefahr einer Vertragsstrafe sein (vgl. neuerlich Bollenberger, Wiederholungsgefahr nach § 28 KSchG vor Entscheidung des verstärkten Senats, RdW 2012, 385).

2.3.7. In einer weiteren Arbeit setzte sich Bollenberger (Abmahnung von AGB nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG: Wie können einsichtige Unternehmer noch reagieren? RdW 2010, 442) mit der Frage auseinander, wie sich ein Unternehmer in Zukunft nach einer Abmahnung verhalten könne. Gebe er eine Unterlassungserklärung ohne Vorbehalt einer neuen, nicht sinngleichen Klausel ab, riskiere er im Falle einer überschießenden Verpflichtung eine Vertragsstrafe für die Verwendung der neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die bei massenhaften Verträgen unkalkulierbar sei und enorme Ausmaße erreichen könnte. Gebe der Unternehmer keine Unterlassungserklärung ab, bestehe zwar das Risiko, wegen der alten Klausel geklagt zu werden, wobei die Kosten des Prozesses und der Urteilsveröffentlichung im Fall des Unterliegens zwar hoch, jedoch gut im Voraus einschätzbar seien. Dafür biete ein Prozess über die alte Klausel immerhin die Aussicht, dass sich durch eine begründete Gerichtsentscheidung die Spielräume für eine künftige Neugestaltung deutlicher abzeichneten und nach Umgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Unterlassungsexekution drohe; all dies ohne die Gefahr der Verwirkung einer Vertragsstrafe. Für den Unternehmer würden vielfach zwei Prozesse häufig billiger und in jedem Fall besser kalkulierbar als die Gefahr einer Vertragsstrafe sein vergleiche neuerlich Bollenberger, Wiederholungsgefahr nach Paragraph 28, KSchG vor Entscheidung des verstärkten Senats, RdW 2012, 385).

2.3.8. Kathrein (in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 28 KSchG Rz 7) gibt ohne eigene Stellungnahme die Rechtsprechung wieder. 2.3.8. Kathrein (in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Paragraph 28, KSchG Rz 7) gibt ohne eigene Stellungnahme die Rechtsprechung wieder.

2.3.9. Nach mehreren Autoren fällt die Wiederholungsgefahr etwa dann weg, wenn die Verwendung oder Empfehlung von gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen tatsächlich eingestellt wird (Jelinek in Krejci, Handbuch zum KSchG 815; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang 3 KSchG § 28 Rz 3) oder der Verwender diese durch neue gesetzeskonforme Bedingungen ersetzt (Apathy in Schwimann, ABGB §§ 28 bis 30 KSchG Rz 5; Eccher aaO; vgl.

6 Ob 572/87). Dies gilt nach Ansicht von Eccher, der bei seiner Kommentierung des Abmahnverfahrens (aaO § 28 Rz 11) auf die allgemeinen Ausführungen zur Wiederholungsgefahr (aaO Rz 3) verweist, auch für das Abmahnverfahren. 2.3.9. Nach mehreren Autoren fällt die Wiederholungsgefahr etwa dann weg, wenn die Verwendung oder Empfehlung von gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen tatsächlich eingestellt wird (Jelinek in Krejci, Handbuch zum KSchG 815; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 KSchG Paragraph 28, Rz 3) oder der Verwender diese durch neue gesetzeskonforme Bedingungen ersetzt (Apathy in Schwimann, ABGB3 Paragraphen 28 bis 30 KSchG Rz 5; Eccher aaO; vergleiche 6 Ob 572/87). Dies gilt nach Ansicht von Eccher, der bei seiner Kommentierung des Abmahnverfahrens (aaO Paragraph 28, Rz 11) auf die allgemeinen Ausführungen zur Wiederholungsgefahr (aaO Rz 3) verweist, auch für das Abmahnverfahren.

2.3.10. Demgegenüber stimmt Helmut Böhm (Anmerkung zu 2 Ob 73/10i, immolex 2011/25) der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu. Dem Unternehmer sei eine uneingeschränkte Unterlassungsverpflichtung dahingehend abzuverlangen, dass er die beanstandete oder eine sinngleiche Klausel nicht mehr verwenden und sich auch nicht in bestehenden Vertragsverhältnissen auf sie berufen werde. Lasse man den auch aus Sicht des Unternehmers unsinnigen und unnötigen Vorbehalt von Ersatzklauseln zu, käme man in Konflikt mit dem Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion im Verhältnis Unternehmer - Verbraucher. Der Unternehmer müsse in der Unterlassungserklärung nicht mehr, dürfe aber auch nicht weniger versprechen als das, wozu er im Verurteilungsfall verpflichtet wäre. Unsinnig sei aus der Sicht des Unternehmers der Vorbehalt der Ersatzklausel insofern, als die von Riss befürchtete „überschießende“ rechtsgeschäftliche Unterlassungsverpflichtung nicht eintreten könne: Die Verpflichtung, hinkünftig eine bestimmte - oder sinngleiche - Klausel nicht mehr zu verwenden, beziehe sich auf den Gesamtinhalt der Klausel, aber nicht auf jeden einzelnen Inhaltspunkt; die um das Gesetzwidrige reduzierte Klausel sei eben nicht mehr sinngleich. Verwende der Unternehmer eine sinngleiche Klausel, ver falle die zur Besicherung versprochene Konventionalstrafe; vereinbare er hingegen eine nicht sinngleiche, aber dennoch dem Gesetz widersprechende Klausel, könne er wieder auf Unterlassung geklagt werden; beides sei nicht möglich.

2.3.11. Pletzer (Mietrechtliche „Klauselentscheidung“ - die Vierte, Zak 2011, 106) meint, für den Standpunkt des Obersten Gerichtshofs ließe sich ins Treffen führen, dass der Unternehmer durch die Aufnahme von Ersatzklauseln versucht sein könnte, sich in bestehenden Vertragsverhältnissen weiterhin auf jenen Teil der inkriminierten Klausel zu berufen, der dem Inhalt der Ersatzklausel entspreche, was einer geltungserhaltenden Reduktion gleichkäme. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion erfordere gerade, dem Unternehmer eine Berufung auf die der Unterlassungserklärung unterfallenden Klauseln generell, also auch hinsichtlich jenes Teils der Klausel zu untersagen, der einer allfälligen zulässigen Ersatzklausel entspreche. Die Unterlassungserklärung erfasse also die inkriminierte Klausel als Ganzes; diese dürfe in ihrer Gesamtheit weder verwendet werden, noch dürfe sich der Unternehmer darauf berufen. Der Unternehmer könne in einen bestehenden Vertrag keine Ersatzklauseln „faktisch einbringen“, indem er den ursprünglichen Klauseln einen entsprechenden Inhalt beimesse. Nur wenn der Vertragspartner qua Vertragsänderung einer zulässigen (Ersatz-)Klausel zustimme, könne sich der Unternehmer auf deren Inhalt berufen.

Ob eine von Riss (ÖBA 2009, 700), Bollenberger (ÖBA 2010, 305) und Kellner (ÖBA 2010, 674) befürchtete „überschießende Unterlassungsverpflichtung“ eine echte Gefahr für den Unternehmer oder eher ein zur Rettung von Ersatzklauseln kreiertes Schreckgespenst sei, könne nur unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der Unterlassungserklärung beantwortet werden. Schaffe diese keinen selbständigen Verpflichtungsgrund, habe die Unterlassungserklärung also bloß deklarative Wirkung, würden zu Unrecht beanstandete, zulässige Klauseln davon nicht erfasst. Zur realen Gefahr für den Unternehmer werde die überschießende Unterlassungsverpflichtung dann, wenn die Unterlassungserklärung als konstitutives Anerkenntnis anzusehen sei.

2.3.12. Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28 bis 30 Rz 46a, stimmt der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu: Es habe in der alleinigen Verantwortung des Klauselverwenders zu bleiben, seine AGB zulässig zu gestalten, und er solle nicht ein Abmahnverfahren dafür nützen können, sich indirekt einen „Persilschein“ von einem der klagslegitimierten Verbände zu holen. 2.3.12. Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ Paragraphen 28 bis 30 Rz 46a, stimmt der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu: Es habe in der alleinigen Verantwortung des Klauselverwenders zu bleiben, seine AGB zulässig zu gestalten, und er solle nicht ein Abmahnverfahren dafür nützen können, sich indirekt einen „Persilschein“ von einem der klagslegitimierten Verbände zu holen.

Der verstärkte Senat hat die Argumente geprüft und Folgendes erwogen:

2.4.1. Zweck des Abmahnverfahrens

Die Kritiker der herrschenden Rechtsprechung meinen, diese bringe weder den klagenden Verbänden noch den Unternehmern Rechtssicherheit, wie weit die Gesetzeswidrigkeit einer Klausel reiche und welche Ersatzklausel zulässig sei. Rechtssicherheit sei aber der Zweck des Abmahnverfahrens (Bollenberger, RdW 2010, 442 [445]; vgl Bollenberger, ÖBA 2010, 304 [307 f]; Kellner, ÖBA 2010, 674 [678, 680]; Pöchhacker/Riede, wbl 2010, 217 [219]; Riss, wobl 2011, 98 [102]). Die Kritiker der herrschenden Rechtsprechung meinen, diese bringe weder den klagenden Verbänden noch den Unternehmern Rechtssicherheit, wie weit die Gesetzeswidrigkeit einer Klausel reiche und welche Ersatzklausel zulässig sei. Rechtssicherheit sei aber der Zweck des Abmahnverfahrens (Bollenberger, RdW 2010, 442 [445]; vergleiche Bollenberger, ÖBA 2010, 304 [307 f]; Kellner, ÖBA 2010, 674 [678, 680]; Pöchhacker/Riede, wbl 2010, 217 [219]; Riss, wobl 2011, 98 [102]).

Ziel des Abmahnverfahrens ist eine außergerichtliche Streitbereinigung. Welche Rechtssicherheit mit der Unterwerfungserklärung erreicht werden kann, hängt von der zu erläuternden Rechtsnatur der Unterlassungserklärung ab.

2.4.2. Zur Rechtsnatur der Abmahnung und der Unterlassungserklärung

Der Oberste Gerichtshof hat ua in den Entscheidungen 2 Ob 1/09z, 2 Ob 198/10x und 10 Ob 25/09p ausgesprochen, dass der Verband nur den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG geltend mache und nicht auch eine darüber hinausgehende Unterlassungsverpflichtung des Unternehmers zu begründen trachte. Die Unterlassungserklärung sei deshalb im Regelfall nicht als eine von § 28 KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen. Mit dieser Apathy (E-Anm zu 2 Ob 153/08a in ÖBA 2009, 125 f) folgender Ansicht wird der Verpflichtungserklärung offenbar nur deklarative Wirkung zuerkannt; der Unternehmer habe sich mit seiner Erklärung also nur zur Unterlassung gesetzlich unzulässiger Klauseln verpflichtet. Der Oberste Gerichtshof hat ua in den Entscheidungen 2 Ob 1/09z, 2 Ob 198/10x und 10 Ob 25/09p ausgesprochen, dass der Verband nur den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach Paragraph 28, KSchG geltend mache und nicht auch eine darüber hinausgehende Unterlassungsverpflichtung des Unternehmers zu begründen trachte. Die Unterlassungserklärung sei deshalb im Regelfall nicht als eine von Paragraph 28, KSchG losgelöste selbständige Verpflichtungserklärung zu verstehen. Mit dieser Apathy (E-Anm zu 2 Ob 153/08a in ÖBA 2009, 125 f) folgender Ansicht wird der Verpflichtungserklärung offenbar nur deklarative Wirkung zuerkannt; der Unternehmer habe sich mit seiner Erklärung also nur zur Unterlassung gesetzlich unzulässiger Klauseln verpflichtet.

Der Revisionswerber selbst argumentiert gegen diese Rechtsprechung, die der Unterlassungserklärung die konstitutive Wirkung abspricht, dass die Unterlassungserklärung als selbständiger Verpflichtungsgrund, vor allem als Feststellungsvertrag, also als Vergleich oder Anerkenntnis zu qualifizieren sei.

Riss, RdW 2009, 695 (698) meint, bei der Unterlassungserklärung fehle es an einem auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichteten Rechtsfolgewillen.

Kellner (in seiner Kritik der E 2 Ob 1/09z ÖBA 2010, 674 [677-679]) spricht sich für einen konstitutiven, selbständigen Verpflichtungsgrund aus, wofür schon der Wortlaut des Formulars „Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung“ und die Formulierung „[Der AGB Verwender] verpflichtet sich gegenüber [dem Abmahnenden], die Verwendung der folgenden Klauseln ... oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen“ spreche.

Hiezu hat der verstärkte Senat erwogen:

Das Vorliegen rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen im Abmahnverfahren ist nicht zu bezweifeln:

Der Abmahnende fordert unter Hinweis auf eine Gesetzeswidrigkeit einer Klausel die Unterlassung der Verwendung oder Empfehlung, will also die Anerkennung seines Standpunkts im Tatsachen- und Rechtsfragenbereich. Ein bloß deklaratives Anerkenntnis wäre im Folgeprozess nur ein Beweismittel (RIS-Justiz RS0111900; RS0032784) und schnitte die Einwendung nicht ab, die Klausel sei doch rechtmäßig. Das Ziel des Abmahnverfahrens, durch außergerichtliche Einigung Rechtssicherheit für beide Seiten zu schaffen, könnte nicht erreicht werden (so zutreffend Kellner, ÖBA 2010, 678). Soll das Abmahnverfahren nicht „zahnlos“ bleiben, muss der Unterlassungserklärung konstitutive Wirkung zuerkannt werden. Damit wird ein selbständiger Verpflichtungsgrund geschaffen. Von sekundärer Bedeutung ist es, ob er auf einem konstitutiven Anerkenntnis, einem Vergleich (§ 1380 ABGB) oder einem Feststellungsvertrag beruht. Entscheidend ist die Willenseinigung. Für den Vertragscharakter spricht jedenfalls auch die Sicherung der

Unterlassungserklärung mit Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB). Der Abmahnende fordert unter Hinweis auf eine Gesetzeswidrigkeit einer Klausel die Unterlassung der Verwendung oder Empfehlung, will also die Anerkennung seines Standpunkts im Tatsachen- und Rechtsfragenbereich. Ein bloß deklaratives Anerkenntnis wäre im Folgeprozess nur ein Beweismittel (RIS-Justiz RS0111900; RS0032784) und schnitte die Einwendung nicht ab, die Klausel sei doch rechtmäßig. Das Ziel des Abmahnverfahrens, durch außergerichtliche Einigung Rechtssicherheit für beide Seiten zu schaffen, könnte nicht erreicht werden (so zutreffend Kellner, ÖBA 2010, 678). Soll das Abmahnverfahren nicht „zahnlos“ bleiben, muss der Unterlassungserklärung konstitutive Wirkung zuerkannt werden. Damit wird ein selbständiger Verpflichtungsgrund geschaffen. Von sekundärer Bedeutung ist es, ob er auf einem konstitutiven Anerkenntnis, einem Vergleich (Paragraph 1380, ABGB) oder einem Feststellungsvertrag beruht. Entscheidend ist die Willenseinigung. Für den Vertragscharakter spricht jedenfalls auch die Sicherung der Unterlassungserklärung mit Konventionalstrafe (Paragraph 1336, ABGB).

Die konstitutive Wirkung der besicherten Unterlassungserklärung hat zur Folge, dass bei Weiterverwendung der Klausel die Konventionalstrafe auch zu zahlen ist, selbst wenn die Klausel gar nicht gesetzeswidrig sein sollte. Ein solcher Einwand kann nicht mehr erhoben werden. Der gegenteiligen Auffassung (ua 2 Ob 198/10x, 10 Ob 25/09p) ist nicht zu folgen.

2.4.3. Zur „Übermaßabmahnung“

Zur sogenannten „Übermaßabmahnung“, mit der die Unterlassung auch in Ansehung gesetzlich zulässiger Klauseln oder von Teilen derselben bzw aus nach dem Gesetz nicht zutreffenden Gründen gefordert wird, vertreten mehrere Autoren die Meinung, die Abgabe einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung wäre so auszulegen, dass damit aus allen vom abmahnenden Verband angeführten Gründen (die oft überschießend seien) auf die Verwendung der beanstandeten und sinngleicher Klauseln verzichtet werde (Riss, RdW 2009, 695 [699]; Bollenberger, RdW 2010, 442 [445]; Kellner, ÖBA 2010, 674 [675 ff]; Riss, wobl 2011, 98 [102]).

Hiezu hat der verstärkte Senat erwogen:

Eine bloß teilweise Unterwerfungserklärung im Fall einer „Übermaßabmahnung“ beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht. Die Willenseinigung über zwischen den Parteien Strittiges liegt dann nicht vor. Die angestrebte Rechtssicherheit kann in diesem Fall im Abmahnverfahren nicht erreicht werden. Der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) im Sinn der Abmahnung unterwerfen. Dem Einwand, dieses Ergebnis sei unwirtschaftlich, weil dann im Prozess erst wieder über den Punkt gestritten werde, zu dem schon eine unbedingte Unterwerfungserklärung vorliege, ist entgegenzuhalten, dass der Unternehmer im Prozess diesen Punkt ja sofort anerkennen und auch einen Unterlassungsvergleich anbieten kann, wie dies in Unterlassungsstreitigkeiten nach dem UWG der Fall ist.

Der beklagte Revisionswerber behauptet zu den von der klagenden Partei abgemahnten Klauseln 12 und 24, die jeweils vorbehaltenen Ersatzklauseln trügen der Beanstandung der klagenden Partei vollkommen Rechnung, was diese mit Leichtigkeit habe erkennen können. Die Klagsführung zu diesen beiden Klauseln sei daher schikanös bzw mutwillig.

Die beklagte Partei hat in erster Instanz den Einwand der Schikane bzw des Mutwillens nicht erhoben, weshalb das dargestellte Vorbringen in der Revision gegen das Neuerungsverbot verstößt und daher unbeachtlich ist (RIS-Justiz RS0016519 [T1]).

Angemerkt sei nur Folgendes:

Schikane (bzw Rechtsmissbrauch) liegt vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet oder wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0026265). Beweispflichtig dafür, dass der Rechtsausübende kein anderes Interesse hat, als zu schädigen, oder dass doch der Schädigungszweck und unlautere Motive so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten, ist der die Schikane Behauptende (RIS-Justiz RS0026265 [T2]). Dabei geben selbst relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag, weil demjenigen, der an sich ein Recht hat, grundsätzlich zugestanden werden soll, dass er innerhalb der Schranken dieses Rechts handelt (RIS-Justiz RS0026205 [T4]).

Wollte man in Fällen, in denen dem Abmahnenden leicht erkennbar ist, dass die vorbehaltene Ersatzklausel allen Beanstandungen des Abmahnenden Rechnung trägt, vom Wegfall der Wiederholungsgefahr ausgehen, so würde die

dann notwendige Abgrenzung von Fällen, in denen dies nicht so leicht erkennbar ist, die Gefahr eines Streits schon über diese Abgrenzung und somit die Gefahr der mangelnden Rechtssicherheit in sich bergen. Schon dieses legitime Interesse an Klarheit und Rechtssicherheit im Abmahnverfahren schließt Schikane oder Mutwillen der klagenden Partei aus.

2.4.4. Mehraufwand für Gerichte und Verbraucherschutzorganisationen

Der Revisionswerber argumentiert, die Beifügung von Ersatzklauseln bringe entgegen der Ansicht der Rechtsprechung weder für die Gerichte noch für die Verbraucherschutzorganisationen Mehraufwand (vgl. Riss, RdW 2009, 695 [698 f]; Bollenberger, ÖBA 2010, 304 [308 f]; Bollenberger, RdW 2010, 442 [446]). Der Revisionswerber argumentiert, die Beifügung von Ersatzklauseln bringe entgegen der Ansicht der Rechtsprechung weder für die Gerichte noch für die Verbraucherschutzorganisationen Mehraufwand (vergleiche Riss, RdW 2009, 695 [698 f]; Bollenberger, ÖBA 2010, 304 [308 f]; Bollenberger, RdW 2010, 442 [446]).

Die Belastung der Gerichte bzw. der Verbraucherschutzorganisationen ist im gegebenen Zusammenhang kein im Gesetz vorgesehenes Beurteilungskriterium. Es erübrigt sich daher, auf die diesbezüglichen Revisionsausführungen näher einzugehen. Erwähnt sei lediglich Folgendes:

Folgt man der Meinung des Revisionswerbers, könnte es zu einer „Kaskade“ von Ersatzklauseln kommen: Wenn im (ersten) Gerichtsverfahren die vom Unternehmer angebotenen Ersatzklauseln als gesetzwidrig beurteilt werden, könnte der Unternehmer in der Folge andere Ersatzklauseln anbieten, die wiederum vom klageberechtigten Verband beanstandet würden und zu einem zweiten Unterlassungsprozess führten, in dem die betreffenden Ersatzklauseln abermals als gesetzwidrig beurteilt würden usw. Gleiches gilt für das Abmahnverfahren, wenn der Unternehmer seiner Unterlassungserklärung Ersatzklauseln beifügt, diese vom abmahnenden Verband beanstandet werden, der Unternehmer statt dessen andere Ersatzklauseln präsentiert usw.

Die bisherige Judikatur vergibt schließlich auch nicht die Chance, eine Rechtslage zu schaffen, in der gar kein Prozess eingeleitet und dennoch Rechtssicherheit auch über zulässige Ersatzklauseln geschaffen wird: Die Rechtsprechung verbietet es keinem klageberechtigten Verband, sich mit von Unternehmern angebotenen Ersatzklauseln sofort zu befassen und diese (etwa weil deren Zulässigkeit leicht zu erkennen ist) zu „genehmigen“ (zur Bereitschaft der Bundesarbeitskammer, auch eine Unterlassungserklärung betreffend nur einen von zwei geltend gemachten Gründen gelten zu lassen, vgl. 8 Ob 124/10h Punkt III.f.). Die Judikatur will lediglich verhindern, dass die klageberechtigten Verbände gezwungen sind, sich schon im Abmahnverfahren mit Ersatzklauseln zu befassen, um zu einer einklagbaren Konventionalstrafenvereinbarung zu kommen. Die bisherige Judikatur vergibt schließlich auch nicht die Chance, eine Rechtslage zu schaffen, in der gar kein Prozess eingeleitet und dennoch Rechtssicherheit auch über zulässige Ersatzklauseln geschaffen wird: Die Rechtsprechung verbietet es keinem klageberechtigten Verband, sich mit von Unternehmern angebotenen Ersatzklauseln sofort zu befassen und diese (etwa weil deren Zulässigkeit leicht zu erkennen ist) zu „genehmigen“ (zur Bereitschaft der Bundesarbeitskammer, auch eine Unterlassungserklärung betreffend nur einen von zwei geltend gemachten Gründen gelten zu lassen, vergleiche 8 Ob 124/10h Punkt römisch drei.f.). Die Judikatur will lediglich verhindern, dass die klageberechtigten Verbände gezwungen sind, sich schon im Abmahnverfahren mit Ersatzklauseln zu befassen, um zu einer einklagbaren Konventionalstrafenvereinbarung zu kommen.

2.4.5. „Genehmigungssystem“

Der Revisionswerber meint, in den Entscheidungen 2 Ob 153/08a und 5 Ob 138/09v befürchte der Oberste Gerichtshof ein faktisches Genehmigungssystem dergestalt, dass das Schweigen des abmahnenden Verbands auf eine Unterlassungserklärung Zustimmung auch zur Ersatzklausel bedeute und der Verband damit stillschweigend auf sein Klagerecht verzichte. Diese Befürchtung sei unbegründet, weil Schweigen keinen (zustimmenden) Erklärungswert habe. Der klagende Verband könne die Ersatzklauseln „schlicht ignorieren“.

Zunächst muss sich der Revisionswerber entgegnen lassen, dass bei dieser seiner Sichtweise (weiterhin Klagemöglichkeit des Verbands) das von ihm angestrebte Ziel (Rechtssicherheit) gerade nicht erreicht wird, was die in sich widersprüchliche Argumentation des Revisionswerbers offenbart.

Dass das Schweigen des Verbands zur Ersatzklausel keine Zustimmung bedeutet, ist keineswegs zwingend und steht im Widerspruch zu der in der Revision vorgetragenen Ansicht über das Vorliegen eines Feststellungsvertrags. Wohl

kommt dem Schweigen nur in Ausnahmefällen zustimmender Erklärungswert zu (RIS-Justiz RS0014347, RS0014126). Ein solcher wird aber dann angenommen, wenn nach dem Gesetz, der Verkehrsübung oder ganz allgemein nach Treu und Glauben eine Pflicht zum Handeln (zum Reden) besteht (RIS-Justiz RS0014122). Schweigen gilt als Annahme immer dort, wo die Ablehnung durch erkennbare wichtige Interessen des Vorschlagenden geboten ist oder der Partner mit Antwort rechnen darf und bei Schweigen Grund zur Annahme hat, dass der Andere mit dem Vorschlag einverstanden ist und alles in Ordnung gehe (RIS-Justiz RS0014120). Es ist also keineswegs klar, ob dem Schweigen des Verbands nicht doch Zustimmungskarakter zukommt. Jedenfalls nötigt aber die Anführung einer Ersatzklausel zu deren Prüfung durch den Verband, dies schon deshalb, weil mit Böhm (immolex 2011/25) nach der Lebenserfahrung und wirtschaftlich gedacht anzunehmen ist, dass Ersatzklauseln „typischerweise“ abgeschwächte Klauseln ähnlichen Inhalts sind. Jede Unklarheit ist aber vom Abmahnverfahren fernzuhalten. Das gelingt nur, wenn sich der Unternehmer vollständig und ohne auslegungsbedürftige Zusätze unterwirft.

Wenn der Unternehmer die beabsichtigten neuen Klauseln dem Verband vor dessen Verlangen im Sinn des § 28 Abs 3 KSchG mitteilen will, kann er dies ohne weiteres außerhalb des Abmahnverfahrens nach § 28 Abs 2 KSchG tun. Wenn er dies aber mit seiner Unterlassungserklärung nach Abmahnung verknüpft, trägt er eine Unklarheit in das Abmahnverfahren hinein und erzeugt Zweifel an der Ernstlichkeit seines unbedingten und vollständigen Verpflichtungswillens. Zumindest ist seine Erwartung naheliegend, dass der Verband die Ersatzklauseln prüft und ihnen zustimmt. Auf diese Art kann das Ziel des Abmahnverfahrens, Rechtssicherheit zwischen den Parteien zu schaffen, nicht erreicht werden. Das Abmahnverfahren wäre gescheitert. Die Voraussetzungen für den Wegfall der Wiederholungsgefahr im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG lägen dann nicht vor. Wenn der Unternehmer die beabsichtigten neuen Klauseln dem Verband vor dessen Verlangen im Sinn des Paragraph 28, Absatz 3, KSchG mitteilen will, kann er dies ohne weiteres außerhalb des Abmahnverfahrens nach Paragraph 28, Absatz 2, KSchG tun. Wenn er dies aber mit seiner Unterlassungserklärung nach Abmahnung verknüpft, trägt er eine Unklarheit in das Abmahnverfahren hinein und erzeugt Zweifel an der Ernstlichkeit seines unbedingten und vollständigen Verpflichtungswillens. Zumindest ist seine Erwartung naheliegend, dass der Verband die Ersatzklauseln prüft und ihnen zustimmt. Auf diese Art kann das Ziel des Abmahnverfahrens, Rechtssicherheit zwischen den Parteien zu schaffen, nicht erreicht werden. Das Abmahnverfahren wäre gescheitert. Die Voraussetzungen für den Wegfall der Wiederholungsgefahr im Sinn des Paragraph 28, Absatz 2, KSchG lägen dann nicht vor.

2.4.6. Gefahr von ruinösen Konventional-straftenhäufungen bei Unterlassungserklärungen ohne Anführung von Ersatzklauseln

Nach einigen Autoren riskiere ein Unternehmer mit einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung, dass Konventionalstrafen eingeklagt würden, obwohl er eine seiner Meinung nach zulässige Ersatzklausel verwende. Der geklagte Unternehmer könne die Verurteilung zu einer unter Umständen existenzbedrohenden Konventionalstrafe für sämtliche Verstöße während der gesamten Prozessdauer nicht vermeiden. Deshalb würden Unternehmer im Zweifel gar keine Unterlassungserklärung abgeben und sich klagen lassen, weil dann die Entscheidungsgründe zur Auslegung des Unterlassungsbefehls heranzuziehen seien (Riss, RdW 2009, 695 [699]; Bollenberger, RdW 2010, 442 [444 f]; Kellner, ÖBA 2010, 674 [678]).

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

Die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der AGB obliegt allein den Unternehmern. Die Gefahr, Konventionalstrafen zahlen zu müssen, können die Unternehmer am besten dadurch vermeiden, dass sie keine Klauseln verwenden, die vielleicht gerade noch gesetzmäßig sind (bei denen also vor einer rechtskräftigen Entscheidung jedenfalls Zweifel an der Gesetzmäßigkeit bestehen), sondern eindeutig gesetzmäßige Klauseln.

Als einzelne Unternehmer begonnen haben, Unterlassungserklärungen mit Ersatzklauseln abzugeben (was die kritisierte Rechtsprechung zur Folge hatte), war das Abmahnverfahren bereits annähernd zehn Jahre in Kraft. Es ist nicht bekannt geworden und wird von den Kritikern der Rechtsprechung und vom Revisionswerber auch gar nicht behauptet, dass in diesen zehn Jahren in größerem Ausmaß überhaupt Konventionalstrafen eingeklagt wurden oder gar, dass dadurch auch nur ein Unternehmen ruiniert worden wäre. Auch unter diesem Aspekt scheint die Gefahr ruinöser verfallender Konventionalstrafen herbeigeschrieben und eher ein theoretisches Szenario zu sein.

2.4.7. Parallele zum Lauterkeitsrecht

Nach früher ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0111637) und herrschender (älterer) Lehre (Jelinek, Handbuch

KSChG [1981] 813 ff; Krejci in Rummel, ABGB3 [2002] §§ 28 bis 30 KSChG Rz 18; Feitzinger ÖJZ 1977, 477 ff; Kühnberg, Die konsumentenschutz-rechtliche Verbandsklage [2006] 149 f) gelten für die Wiederholungsgefahr im AGB-Recht und im Lauterkeitsrecht an sich dieselben Grundsätze. Nach früher ständiger Rechtsprechung (RIS-JustizRS0111637) und herrschender (älterer) Lehre (Jelinek, Handbuch KSChG [1981] 813 ff; Krejci in Rummel, ABGB3 [2002] Paragraphen 28 bis 30 KSChG Rz 18; Feitzinger ÖJZ 1977, 477 ff; Kühnberg, Die konsumentenschutz-rechtliche Verbandsklage [2006] 149 f) gelten für die Wiederholungsgefahr im AGB-Recht und im Lauterkeitsrecht an sich dieselben Grundsätze.

Dagegen stimmt Langer in Kosesnik-Wehrle, KSChG³ [2010] §§ 28 bis 30 Rz 46a, der jüngeren - davon abweichenden - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-JustizRS0125395) zu: Es habe in der alleinigen Verantwortung des Klauselanwenders zu bleiben, seine AGB zulässig zu gestalten, und er solle nicht ein Abmahnverfahren dafür nützen können, sich indirekt einen „Persilschein“ von einem der klagslegitimierten Verbände zu holen. Weiters wird auf die bereits referierten, der jüngeren Rechtsprechung grundsätzlich zustimmenden Meinungen von Helmut Böhm (2.3.10.) und Pletzer (2.3.11.) verwiesen. Dagegen stimmt Langer in Kosesnik-Wehrle, KSChG³ [2010] Paragraphen 28 bis 30 Rz 46a, der jüngeren - davon abweichenden - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-JustizRS0125395) zu: Es habe in der alleinigen Verantwortung des Klauselanwenders zu bleiben, seine AGB zulässig zu gestalten, und er solle nicht ein Abmahnverfahren dafür nützen können, sich indirekt einen „Persilschein“ von einem der klagslegitimierten Verbände zu holen. Weiters wird auf die bereits referierten, der jüngeren Rechtsprechung grundsätzlich zustimmenden Meinungen von Helmut Böhm (2.3.10.) und Pletzer (2.3.11.) verwiesen.

Den genannten Kritikern der neueren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Wiederholungsgefahr bei Anführung von Ersatzklauseln ist zuzugestehen, dass diese Rechtsprechung insoweit von derjenigen im Lauterkeitsrecht abweicht. Im Lauterkeitsrecht entspricht es nämlich ganz einhelliger Auffassung, dass dann, wenn der beklagte Mitbewerber auf die Abmahnung einer von ihm durchgeführten Werbemaßnahme mit dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs reagiert und dabei seine „Ersatzwerbung“ offen legt, deren Rechtmäßigkeit zu prüfen ist (4 Ob 267/02x).

Der These eines notwendigen Gleichklangs mit dem Lauterkeitsrecht ist entgegenzutreten:

Die dafür ins Treffen geführte Rechtsprechung (RIS-JustizRS0111637) sagt zunächst richtig, dass nur eine vollständige Unterwerfung die Wiederholungsgefahr beseitigt und verweist auf die Judikatur zu § 14 UWG. Die nun erfolgte Ableitung daraus, dass eine Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSChG dem Anbot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs gleichzuhalten wäre, ist keineswegs zwingend und wurde in den Entscheidungen der zitierten Rechtssatzkette auch gar nicht so ausgesagt, bekommt doch der Abmahnende keinen Exekutionstitel, während der UWG-Kläger bei Annahme des Vergleichsanbots sofort Exekution führen könnte, der Verstoß also sofort abgestellt werden kann und sich das Problem der Sinnlichkeit der Ersatzklausel ins Exekutionsverfahren verlagert, während im KSChG-Fall zuvor noch geklagt werden muss. Die Unterlassungsverpflichtungserklärung bietet eine geringere Sicherheit als ein vollstreckbarer Vergleich. Dieser Unterschied rechtfertigt es, dass wirklich nur vollständige und klare (also nicht durch auslegungsbedürftige Zusätze ergänzte) Unterlassungserklärungen die Wiederholungsgefahr im Sinn des § 28 Abs 2 KSChG beseitigen können. Wenn der Unternehmer sich zu einer solchen vollständigen Erklärung nicht bereit findet, verschlechtert sich seine Position in Wahrheit gar nicht, kann er doch - wie ausgeführt - auch im Prozess nach dem KSChG für den von ihm auch nach seiner Ansicht anzuerkennenden Teil einen vollstreckbaren Vergleich anbieten. Die dafür ins Treffen geführte Rechtsprechung (RIS-JustizRS0111637) sagt zunächst richtig, dass nur eine vollständige Unterwerfung die Wiederholungsgefahr beseitigt und verweist auf die Judikatur zu Paragraph 14, UWG. Die nun erfolgte Ableitung daraus, dass eine Unterlassungserklärung nach Paragraph 28, Absatz 2, KSChG dem Anbot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs gleichzuhalten wäre, ist keineswegs zwingend und wurde in den Entscheidungen der zitierten Rechtssatzkette auch gar nicht so ausgesagt, bekommt doch der Abmahnende keinen Exekutionstitel, während der UWG-Kläger bei Annahme des Vergleichsanbots sofort Exekution führen könnte, der Verstoß also sofort abgestellt werden kann und sich das Problem der Sinnlichkeit der Ersatzklausel ins Exekutionsverfahren verlagert, während im KSChG-Fall zuvor noch geklagt werden muss. Die Unterlassungsverpflichtungserklärung bietet eine geringere Sicherheit als ein vollstreckbarer Vergleich. Dieser Unterschied rechtfertigt es, dass wirklich nur vollständige und klare (also nicht durch auslegungsbedürftige Zusätze ergänzte) Unterlassungserklärungen die Wiederholungsgefahr im Sinn des Paragraph 28, Absatz 2, KSChG beseitigen

können. Wenn der Unternehmer sich zu einer solchen vollständigen Erklärung nicht bereit findet, verschlechtert sich seine Position in Wahrheit gar nicht, kann er doch - wie ausgeführt - auch im Prozess nach dem KSchG für den von ihm auch nach seiner Ansicht anzuerkennenden Teil einen vollstreckbaren Vergleich anbieten.

Weiters ist zu beachten, dass im Lauterkeitsrecht (mag es auch die weiteren Klageberechtigten nach § 14 UWG geben) üblicherweise einander bekämpfende, grundsätzlich gleichrangige Mitbewerber gegenüberstehen, denen es eher zuzumuten ist, sich mit der Reichweite von Unterlassungstiteln zu befassen, als einem im öffentlichen Interesse handelnden Verband. Das UWG war ursprünglich ein reines Mitbewerberschutzgesetz. Erst im Lauf der Zeit kamen im Lauterkeitsrecht zu den Mitbewerbern als Schutzsubjekte die Verbraucher und die Allgemeinheit dazu (Burgstaller/Handig/Heidinger/Schmid/Wiebe in Wiebe/Kodek, UWG [2009] § 1 Rz 5). Verbraucherschutz ist im Lauterkeitsrecht also nur eine von drei Schutzrichtungen. Im Verbandsklageverfahren hingegen geht es ausschließlich um den Schutz der Verbraucher vor gesetzwidrigen AGB von Unternehmern (Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 1). Bei (unlauteren) Wettbewerbshandlungen geht es weiters zumeist um eine oder wenige beanstandete Handlungen, während im Klauselprozess erfahrungsgemäß eine Vielzahl von Klauseln zu prüfen ist. Weiters ist zu beachten, dass im Lauterkeitsrecht (mag es auch die weiteren Klageberechtigten nach Paragraph 14, UWG geben) üblicherweise einander bekämpfende, grundsätzlich gleichrangige Mitbewerber gegenüberstehen, denen es eher zuzumuten ist, sich mit der Reichweite von Unterlassungstiteln zu befassen, als einem im öffentlichen Interesse handelnden Verband. Das UWG war ursprünglich ein reines Mitbewerberschutzgesetz. Erst im Lauf der Zeit kamen im Lauterkeitsrecht zu den Mitbewerbern als Schutzsubjekte die Verbraucher und die Allgemeinheit dazu (Burgstaller/Handig/Heidinger/Schmid/Wiebe in Wiebe/Kodek, UWG [2009] Paragraph eins, Rz 5). Verbraucherschutz ist im Lauterkeitsrecht also nur eine von drei Schutzrichtungen. Im Verbandsklageverfahren hingegen geht es ausschließlich um den Schutz der Verbraucher vor gesetzwidrigen AGB von Unternehmern (Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ Paragraphen 28 -, 30, Rz 1). Bei (unlauteren) Wettbewerbshandlungen geht es weiters zumeist um eine oder wenige beanstandete Handlungen, während im Klauselprozess erfahrungsgemäß eine Vielzahl von Klauseln zu prüfen ist.

Diese Unterschiede zwischen Lauterkeitsrecht einerseits und Verbandsklage und Abmahnverfahren andererseits rechtfertigen - insbesondere auch wegen der überragenden Bedeutung des Verbraucherschutzes im Verbandsklageverfahren (vgl die jüngst ergangene EuGH-Rechtsprechung zur Klausel-RL [RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen]: EuGH 14. 6. 2012, Rs C-618/10, JBl 2012, 434 [Lukas]) - die unterschiedliche Behandlung der Wiederholungsgefahr. Diese Unterschiede zwischen Lauterkeitsrecht einerseits und Verbandsklage und Abmahnverfahren andererseits rechtfertigen - insbesondere auch wegen der überragenden Bedeutung des Verbraucherschutzes im Verbandsklageverfahren vergleiche die jüngst ergangene EuGH-Rechtsprechung zur Klausel-RL [RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen]: EuGH 14. 6. 2012, Rs C-618/10, JBl 2012, 434 [Lukas]) - die unterschiedliche Behandlung der Wiederholungsgefahr.

3. Der verstärkte Senat formuliert daher folgenden Rechtssatz:

Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind. Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß Paragraph 29, KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind.

4. Leistungsfrist

4.1. Für die Klauseln 5 und 16

Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen, wenn eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäfts auferlegt wird. Diese Bestimmung ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden (RIS-Justiz RS0041265). Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen Zustands einschließt. Nach gefestigter

Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (10 Ob 70/07b ÖBA 2009, 922; 4 Ob 130/03a SZ 2003/115 = JBl 2004, 443; 4 Ob 1/89). Nach Paragraph 409, Absatz 2, ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen, wenn eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäfts auferlegt wird. Diese Bestimmung ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden (RIS-Justiz RS0041265). Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen Zustands einschließt. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß Paragraph 409, Absatz 2, ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (10 Ob 70/07b ÖBA 2009, 922; 4 Ob 130/03a SZ 2003/115 = JBl 2004, 443; 4 Ob 1/89).

In der Entscheidung 4 Ob 130/03a wurde die Leistungsfrist mit drei Monaten festgesetzt. Dieser Fall betraf die Anpassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Unternehmen selbst. In der Entscheidung 10 Ob 70/07b wurde sogar eine Leistungsfrist von sechs Monaten für angemessen angesehen. Diese Entscheidung betraf ein Kreditkartenunternehmen. Für die Länge der Frist war jedoch auch die Überlegung maßgeblich, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Frist von 30 Tagen für Änderungen vorgesehen war. Nach der Entscheidung 4 Ob 1/89 ist für die Unterlassung des Führens einer bestimmten Firma eine Leistungsfrist von drei Monaten angemessen.

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die beklagte Partei in ihren alten „Allgemeinen Kredit- und Darlehensbedingungen für Verbraucher“ bei den Klauseln 5 und 16 alte Textbausteine durch neue ersetzen muss. Dabei kann - weil keine Verpflichtung besteht, die Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen schlechthin zu unterlassen - die beklagte Partei auch nicht darauf verwiesen werden, überhaupt keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen mehr zu empfehlen (vgl 4 Ob 130/03a). Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die beklagte Partei in ihren alten „Allgemeinen Kredit- und Darlehensbedingungen für Verbraucher“ bei den Klauseln 5 und 16 alte Textbausteine durch neue ersetzen muss. Dabei kann - weil keine Verpflichtung besteht, die Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen schlechthin zu unterlassen - die beklagte Partei auch nicht darauf verwiesen werden, überhaupt keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen mehr zu empfehlen (vergleiche 4 Ob 130/03a).

Der bloße Umstand, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen die beklagte Partei zur Unterlassung der Verwendung einzelner Klauseln verpflichteten und diese daher eine Art „Vorwarnfrist“ zur Verfügung hatte, vermag daran entgegen der Rechtsansicht der klagenden Partei nichts zu ändern. In einem Rechtsstaat darf die Gefahr der Unrichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht einseitig zu Lasten einer Partei gehen (VfSlg 11.196; VfSlg 12.683; Laurer, Der Grundsatz des fair trial, FS Adamovich 314 [323 ff]). Aus diesem Grund ist schon aus Gründen des aus dem (materiellen) Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Gebots effektiven Rechtsschutzes abzuleiten, dass gerichtliche Entscheidungen in der Regel erst nach deren Rechtskraft vollstreckbar sind (vgl VfSlg 11.196; VfSlg 12.683; Laurer aaO). Vor Ausschöpfung der ihr zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten hatte die beklagte Partei keine Veranlassung, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend zu ändern. Der bloße Umstand, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen die beklagte Partei zur Unterlassung der Verwendung einzelner Klauseln verpflichteten und diese daher eine Art „Vorwarnfrist“ zur Verfügung hatte, vermag daran entgegen der Rechtsansicht der klagenden Partei nichts zu ändern. In einem Rechtsstaat darf die Gefahr der Unrichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht einseitig zu Lasten einer Partei gehen (VfSlg 11.196; VfSlg 12.683; Laurer, Der Grundsatz des fair trial, FS Adamovich 314 [323 ff]). Aus diesem Grund ist schon aus Gründen des aus dem (materiellen) Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Gebots effektiven Rechtsschutzes abzuleiten, dass gerichtliche Entscheidungen in der Regel erst nach deren Rechtskraft vollstreckbar sind (vergleiche VfSlg 11.196; VfSlg 12.683; Laurer aaO). Vor Ausschöpfung der ihr zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten hatte die beklagte Partei keine Veranlassung, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend zu ändern.

Besondere technische Schwierigkeiten einer Umstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich; insbesondere besteht - anders als in dem der Entscheidung 10 Ob 70/07b zugrundeliegenden Fall - auch keine 30-tägige Übergangsfrist, der bei der Bemessung der Leistungsfrist Rechnung zu tragen wäre. Daher erscheint im Sinne der bisherigen Rechtsprechung eine Leistungsfrist von drei Monaten angemessen.

4.2. Für die übrigen Klauseln

Da hinsichtlich der übrigen Klauseln die beklagte Partei die Gesetzwidrigkeit der abgemahnten Klauseln selbst zugestanden hat und es - wie ausgeführt - allein in der Verantwortung des Verwenders von AGB liegt, für deren Gesetzmäßigkeit zu sorgen, hat die beklagte Partei seit ihrer Unterlassungserklärung, die schon lange zurückliegt, ausreichend Zeit gehabt, die beanstandeten Klauseln zu ändern. Für die Einräumung einer Leistungsfrist besteht daher kein Grund.

5. Zum Veröffentlichungsbegehren der beklagten Partei

Zu Recht rügt die beklagte Partei in ihrer Revision, dass das Berufungsgericht über ihren Antrag, sie zur Veröffentlichung des klagsabweisenden Urteilsspruchs (betreffend die Klausel 6) zu ermächtigen, nicht entschieden hat.

Gemäß § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG steht es jeder im Verbandsverfahren obsiegenden Partei zu, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen, wenn ein berechtigtes Interesse daran besteht. Die ein entsprechendes Veröffentlichungsinteresse begründende Publizität des Verfahrens kann durch eine Urteilsveröffentlichung der klagenden Partei bewirkt werden. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 10 Ob 70/07b bereits ausgesprochen, dass auch dem beklagten Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Veröffentlichung des klagsabweisenden Urteilsspruchs zusteht, um in der Öffentlichkeit den falschen Eindruck zu zerstreuen, der klageberechtigte Verband habe im Rechtsstreit (vollständig) obsiegt. Das Veröffentlichungsinteresse betreffend eine einzige Klausel ist hier schon deshalb zu bejahen, weil der Gegenstand der Klausel 6, der effektive Jahreszinssatz, zu den zwingenden Angaben in (Verbraucher-)Kreditverträgen zählt (§ 33 Abs 2 Z 2 BWG aF bzw nun § 9 Abs 2 Z 7 VKrG). Gemäß Paragraph 30, Absatz eins, KSchG in Verbindung mit Paragraph 25, Absatz 3, UWG steht es jeder im Verbandsverfahren obsiegenden Partei zu, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen, wenn ein berechtigtes Interesse daran besteht. Die ein entsprechendes Veröffentlichungsinteresse begründende Publizität des Verfahrens kann durch eine Urteilsveröffentlichung der klagenden Partei bewirkt werden. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 10 Ob 70/07b bereits ausgesprochen, dass auch dem beklagten Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Veröffentlichung des klagsabweisenden Urteilsspruchs zusteht, um in der Öffentlichkeit den falschen Eindruck zu zerstreuen, der klageberechtigte Verband habe im Rechtsstreit (vollständig) obsiegt. Das Veröffentlichungsinteresse betreffend eine einzige Klausel ist hier schon deshalb zu bejahen, weil der Gegenstand der Klausel 6, der effektive Jahreszinssatz, zu den zwingenden Angaben in (Verbraucher-)Kreditverträgen zählt (Paragraph 33, Absatz 2, Ziffer 2, BWG aF bzw nun Paragraph 9, Absatz 2, Ziffer 7, VKrG).

IV. Kostenrömisches vier. Kosten

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 50, 41, 43 Abs 2 ZPO. Die klagende Partei ist mit ihrer Revision nicht, die beklagte Partei nur geringfügig durchgedrungen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf Paragraphen 50, 41, 43, Absatz 2, ZPO. Die klagende Partei ist mit ihrer Revision nicht, die beklagte Partei nur geringfügig durchgedrungen.

Textnummer

E102108

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:E102108

Im RIS seit

30.10.2012

Zuletzt aktualisiert am

13.01.2023

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at