



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 61/20k

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und die Richterin des Oberlandesgerichts Mag. Köller-Thier 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 **Erste Immobilien Kapitalanlagenges.m.b.H.**, 1100 Wien, Am Belvedere 1, vertreten durch Schaffer Sternad Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 34.900,--), über die Berufung der klagenden und der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27.4.2020, 43 Cg 23/19h-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht** Folge gegeben.

Der Berufung der klagenden Partei wird **Folge** gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass sie zu lauten hat:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen drei Monaten die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln in allgemeinen

Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters binnen drei Monaten zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese bereits Inhalt der von der beklagten Partei mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträge geworden sind:

(Klausel 8) Der Mieter hat - zuzüglich zu dem in Punkt III) vereinbarten Nettomietzins - auch sämtliche mit dem Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes verbundenen Betriebskosten, öffentlichen Abgaben und Verwaltungskosten anteilig zu tragen, soweit diese nicht durch Verbrauchszähler eindeutig zurechenbar vollständig von ihm zu tragen sind.

(Klausel 9) Zu den Betriebskosten und öffentlichen Abgaben zählen jedenfalls die in den §§ 21-24 MRG normierten Positionen, sowie sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung, Instandhaltung und Verwaltung des Objektes verbunden sind, das sind:

a) sämtliche die Liegenschaft und/oder Gebäude betreffenden öffentliche Abgaben (z.B. Grundsteuer, Wasser- und Kanalgebühren), die aufgrund des Eigentums an der Liegenschaft und/oder Gebäude kraft Gesetzes, Verordnung oder gesetzlicher Verfügung an den Grund- oder Gebäudeeigentümer zur Vorschreibung gelangen;

b) Kosten für die Versicherungen betreffend die Allgemeinflächen (Gebäudehaftpflicht, Feuer, Sturm, Leitungswasser (inklusive Korrosion und Verstopfung), Dachabwässer, Vandalismus, Glasbruch, Steinschlag);

c) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, TÜV-Überprüfung, Störungsbehebung (Verschleißteile) des Lifts;

d) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, Störungsbehebung (Verschleißteile) der Beleuchtung der Außenanlagen und Allgemeinflächen;

e) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Reinigung (inklusive Streuung z.B. durch Split und Schneeräumung, Dachabschöpfung des Schnees bei starken Wintern) der Außenanlagen und Allgemeinflächen, wie z.B. Zufahrten, Parkplätze, udgl;

f) Kosten für Betreuung der Grünanlagen und Bepflanzungen (inklusive Rasenpflege, Baumschneidarbeiten, Entlaubung usw.);

g) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, Eichung, TÜV-Überprüfung, Störungsbehebung (Verschleißteile) der technischen Anlagen und Einrichtungen (= sämtliche Haustechnikanlagen, Außenjalousien und sonstige Gemeinschaftsanlagen, wie z.B. Lift, Heizungs- und Warmwasserversorgungs- und Enthärtungsanlagen, Abwasserentsorgungsanlagen, Lüftungsanlagen, Brandmeldeeinrichtungen, Brandrauchentlüftung, Feuerlöscher, CO-Warnanlage, Garagentor, Stapelparkeranlage, Schrankenanlage, Videoüberwachung, Gegensprechanlage, Blitzschutz, Haus-SAT-Anlage und Telekabel, Waschküche, Garagentore, Brandschutztüren, Brandschutztore udgl.,

h) Kosten der Schädlingsbekämpfung; Rauchfangkehrer, Kanalräumer;

i) Kosten der jeweiligen An- und Abmeldung von Zählern für die Verbrauchsmessung und die Strombezugsberechtigung gemäß den öffentlichen Tarifen des E-Werkes;

j) Allfällige Bewachungskosten; [Der Mieter nimmt zur Kenntnis, dass eine gesonderte Bewachung derzeit

nicht vorgesehen ist. Sollte aus sicherheitstechnischen Gründen eine gesonderte Bewachung erforderlich werden, nimmt der Mieter zur Kenntnis, dass auch diese Kosten im Rahmen der Betriebs- und Nebenkosten anteilmäßig von ihm zu übernehmen sind.]

k) Kosten für die Beseitigung von Beschädigungen von Einfriedungszäunen, Einfahrtstoren, Lichtmasten und zugehöriger technischer Geräte, sowie der Werbeanlagen und Fahnenmasten;

l) Kosten für die Beseitigung von Vandalismusschäden oder Verschmutzungen durch Spraymalereien;

m) Kosten für Schmutzmattentausch;

n) Kosten für Müllabfuhr und Abfallbeseitigung auf Allgemeinflächen;

o) Kosten für einen allfälligen Austausch der Schließanlage bei Einbruch oder Zerstörung durch Unbekannte;

p) Kosten der laufenden Gebäudebetreuung (Gebäudewart/technische Objektbetreuung, Rufbereitschaft) und der Verwaltung;

q) Kosten für Kinderspielplätze (Sand-/Gerätetausch, Kinderspielgerätewartung, TÜV-Überprüfung, Störungsbehebung [Verschleißteile]).

(Klausel 11) Der Mieter stimmt dem Abschluss, der Erneuerung, der Erweiterung und/oder der Änderung von Verträgen über die angemessene Versicherung des Hauses gemäß vorstehendem Absatz 2 lit. b) zu bzw. tritt den bestehenden Vereinbarungen bei.

(Klausel 35) Der Mietgegenstand darf nur zu Wohnzwecken benützt werden.

(Klausel 46) Änderungen/Ergänzungen der Hausordnung werden wirksam, wenn die Vermieterin dem Mieter diese

Änderungen/Ergänzungen, die dem Mieter zumutbar sein müssen, insbesondere, weil sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt sind, schriftlich mitteilt und der Mieter dazu binnen 4 Wochen keinen Widerspruch erhebt.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung (ausgenommen die Kostenentscheidung) binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteiles einmal österreichweit im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 5.642,60 (darin EUR 743,-- Barauslagen und EUR 816,60 USt) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 4.515,24 (darin EUR 562,04 USt und EUR 1.143,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

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

Die Klägerin ist gemäß § 29 Abs 1 KSchG berechtigt, Unterlassungsansprüche nach § 28 KSchG geltend zu machen.

Die Beklagte bewirtschaftet (unter anderem) ihren ausgedehnten Immobilienbesitz durch Vermietung und Verpachtung, was eine dauernde Organisation erfordert. Sie ist daher Unternehmerin iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG. Die

Beklagte tritt im Rahmen ihrer österreichweiten Tätigkeit (auch) in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG, wobei sie allgemeine Geschäftsbedingungen/Vertragsformblätter verwendet, die unter anderem die in der Klage inkriminierten Klauseln enthalten.

Mit Abmahnschreiben vom 27.8.2018 (Beilage ./B) forderte die Klägerin die Beklagte auf, in Ansehung der darin inkriminierten (52) Klauseln eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Daraufhin gab die Beklagte schließlich am 12.12.2018 eine Unterlassungserklärung ab, bei welcher sie jene Klauseln sowie Satzteile und Begriffe, die nicht Inhalt ihrer Unterlassungsverpflichtung sein sollten, durchstrich. In Ansehung der hier klagsgegenständlichen Klauseln 8, 9, 11, 35 und 46 stellte sich diese Unterlassungserklärung wie folgt dar (Beilage ./1):

„Das Unternehmen Erste Immobilien Kapitalanlageges.m.b.H. [...] gibt gegenüber der gemäß § 29 KSchG klagsberechtigten Bundesarbeitskammer [...] nachfolgende UNTERLASSUNGSERKLÄRUNG mit KONVENTIONALSTRAFVEREINBARUNG ab:

I. 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:

[...]

~~8. Der Mieter hat zuzüglich zu dem im Punkt III) vereinbarten Nettomietzins auch sämtliche mit dem Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes verbundenen Betriebskosten, öffentlichen Abgaben und Verwaltungskosten anteilig zu tragen, soweit diese nicht durch Verbrauchszähler eindeutig zurechenbar vollständig von ihm zu tragen sind.~~

~~[...]~~

~~9. Zu den Betriebskosten und öffentlichen Abgaben zählen jedenfalls die in den §§ 21-24 MRG normierten Positionen, sowie sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung, Instandhaltung und Verwaltung des Objektes verbunden sind, das sind:~~

~~a) sämtliche die Liegenschaft und/oder Gebäude betreffenden öffentliche Abgaben (z.B. Grundsteuer, Wasser und Kanalgebühren), die aufgrund des Eigentums an der Liegenschaft und/oder Gebäude kraft Gesetzes, Verordnung oder gesetzlicher Verfügung an den Grund- oder Gebäudeeigentümer zur Vorschreibung gelangen;~~

~~b) Kosten für die Versicherungen betreffend die Allgemeinflächen (Gebäudehaftpflicht, Feuer, Sturm, Leitungswasser (inklusive Korrosion und Verstopfung), Dachabwässer, Vandalismus, Glasbruch, Steinschlag);~~

~~c) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, TÜV Überprüfung, Störungsbehebung (Verschleißteile) des Lifts;~~

~~d) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, Störungsbehebung (Verschleißteile) der Beleuchtung der Außenanlagen und Allgemeinflächen;~~

~~e) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Reinigung (inklusive Streuung z.B. durch Split und Schneeräumung, Dachabschöpfung des Schnees bei starken Wintern) der Außenanlagen und Allgemeinflächen, wie z.B. Zufahrten, Parkplätze, udgl;~~

~~f) Kosten für Betreuung der Grünanlagen und Bepflanzungen (inklusive Rasenpflege, Baumschneidarbeiten, Entlaubung usw.);~~

~~g) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, Eichung, TÜV Überprüfung, Störungsbehebung (Verschleißteile) der technischen Anlagen und Einrichtungen (= sämtliche Haustechnikanlagen, Außenjalousien und sonstige Gemeinschaftsanlagen, wie z.B. Lift, Heizungs- und Warmwasser versorgungs- und Enthärtungsanlagen, Abwasserentsorgungsanlagen, Lüftungsanlagen, Brandmeldeeinrichtungen, Brandrauchentlüftung, Feuerlöscher, CO Warnanlage, Garagentor, Stapelparkeranlage, Schrankenanlage, Videoüberwachung, Gegensprechanlage, Blitzschutz, Haus SAT Anlage und Telekabel, Waschküche, Garagentore, Brandschutztüren, Brandschutztore udgl.,~~

~~h) Kosten der Schädlingsbekämpfung; Rauchfangkehrer, Kanalräumer;~~

~~i) Kosten der jeweiligen An- und Abmeldung von Zählern für die Verbrauchsmessung und die Strombezugsberechtigung gemäß den öffentlichen Tarifen des E-Werkes;~~

~~j) Allfällige Bewachungskosten; [Der Mieter nimmt zur Kenntnis, dass eine gesonderte Bewachung derzeit nicht vorgesehen ist. Sollte aus sicherheitstechnischen Gründen eine gesonderte Bewachung erforderlich werden, nimmt der Mieter zur Kenntnis, dass auch diese Kosten im Rahmen der Betriebs- und Nebenkosten anteilmäßig von ihm zu übernehmen sind.]~~

~~k) Kosten für die Beseitigung von Beschädigungen von Einfriedungszäunen, Einfahrtstoren, Lichtmasten und zugehöriger technischer Geräte, sowie der Werbeanlagen und Fahnenmasten;~~

l) Kosten für die Beseitigung von Vandalismusschäden oder Verschmutzungen durch Spraymalereien;

m) Kosten für Schmutzmattentausch;

~~n) Kosten für Müllabfuhr und Abfallbeseitigung auf Allgemeinflächen;~~

o) Kosten für einen allfälligen Austausch der Schließanlage bei Einbruch oder Zerstörung durch Unbekannte;

~~p) Kosten der laufenden Gebäudebetreuung (Gebäudewart/technische Objektbetreuung, Rufbereitschaft) und der Verwaltung;~~

q) Kosten für Kinderspielplätze (Sand-/Gerätetausch, Kinderspielgerätewartung, TÜV-Überprüfung, Störungsbehebung [Verschleißsteile]);

[...]

~~11. Der Mieter stimmt dem Abschluss, der Erneuerung, der Erweiterung und/oder der Änderung von Verträgen über die angemessene Versicherung des Hauses gemäß vorstehendem Absatz 2 lit. b) zu bzw. tritt den bestehenden Versicherungen bei.~~

[...]

~~35. Der Mietgegenstand darf nur zu Wohnzwecken benützt werden.~~

[...]

46. Änderungen/Ergänzungen der Hausordnung werden wirksam, wenn die Vermieterin dem Mieter diese Änderungen/Ergänzungen, die dem Mieter zumutbar sein müssen, insbesondere, weil sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt sind, schriftlich mitteilt und der Mieter dazu binnen 4 Wochen keinen Widerspruch erhebt.

[Dazu handschriftlich ergänzt:] Anmerkung zu Punkt 46 der Unterlassungserklärung: Die Unterlassungserklärung wird bei bestehenden Verträgen mit der Maßgabe abgegeben, dass sich Erste Immobilien KAG gegenüber der Bundesarbeiterkammer unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe von € 700,- je Verstoß verpflichtet, sich

bei bestehenden Verträgen nur insoweit auf die Vertragsklausel zu berufen, als die Mieter bei Ausübung des Änderungsrechts durch Erste Immobilien KAG auf die Rechtsfolgen der Unterlassung eines Widerspruchs binnen 4 Wochen ausdrücklich hingewiesen werden.

Die Klägerin begehrte zuletzt, der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Klauseln 8, 9, 11, 35 und 36 oder sinngleiche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern zu verwenden und sich auf diese Klauseln oder auf sinngleiche Klauseln zu berufen. Ferner begehrte die Klägerin die Einräumung der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe.

Die beanstandeten Klauseln würden gegen gesetzliche Verbote oder Gebote oder gegen die guten Sitten verstoßen oder seien nicht ausreichend transparent. Wiederholungsgefahr bestehe, weil die Beklagte die Klauseln laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwende und hinsichtlich der inkriminierten Klauseln keine vorbehaltlose Unterlassungserklärung abgegeben habe.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und bestritt die gegen die einzelnen Klauseln erhobenen Vorwürfe. Sie habe nur jene Klauseln bzw. Klauselteile gestrichen (und damit von der Unterlassungserklärung ausgenommen), die einen gesetzmäßigen bzw. zulässigen Inhalt aufweisen würden, weshalb die Wiederholungsgefahr weggefallen sei.

Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit werden das zu den einzelnen Klauseln erstattete

Parteienvorbringen und die Erwägungen des Erstgerichtes bei der Behandlung der Rechtsmittel der Streitteile näher dargestellt. Dabei wird die in der Klage und im Urteil gewählte Nummerierung der Klauseln beibehalten.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich der Klauseln 8 und 9 unter Setzung einer Leistungsfrist von je drei Monaten für die Verwendung der Klauseln und für das Sich-darauf-Berufen sowie dem damit korrespondierenden Veröffentlichungsbegehren statt und wies das darüber hinausgehende Mehrbegehren ab.

Gegen den abweisenden Teil dieses Urteils wendet sich die Berufung der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im zur Gänze klagsstattgebenden Sinne abzuändern.

Die Beklagte bekämpft den klagsstattgebenden Teil des Urteils wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, dieses im Umfang der Anfechtung im klagsabweisenden Sinn abzuändern.

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

1. Das Erstgericht hat am Beginn seiner rechtlichen Beurteilung (Seiten 18 ff der UA) die allgemeinen Auslegungsgrundsätze im Verbandsverfahren dargelegt und ist umfassend und mit zahlreichen Judikaturziten auf die im Verbandsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und des § 6 Abs 3 KSchG eingegangen. Es genügt daher auf diese zutreffenden Ausführungen zu verweisen.

2. Zur Berufung der Beklagten

Die Beklagte bekämpft die Klagsstattgebung hinsichtlich der Klauseln 8 und 9, welche in ihrer von

der Klägerin inkriminierten ursprünglichen Form wie folgt lauten:

Klausel 8: „Der Mieter hat - zuzüglich zu dem im Punkt III) vereinbarten Nettomietzins - auch sämtliche mit dem Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes verbundenen Betriebskosten, öffentlichen Abgaben und Verwaltungskosten anteilig zu tragen, soweit diese nicht durch Verbrauchszähler eindeutig zurechenbar vollständig von ihm zu tragen sind.“

Klausel 9: „Zu den Betriebskosten und öffentlichen Abgaben zählen jedenfalls die in den §§ 21-24 MRG normierten Positionen, sowie sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung, Instandhaltung und Verwaltung des Objektes verbunden sind, das sind:

a) sämtliche die Liegenschaft und/oder Gebäude betreffenden öffentliche Abgaben (z.B. Grundsteuer, Wasser- und Kanalgebühren), die aufgrund des Eigentums an der Liegenschaft und/oder Gebäude kraft Gesetzes, Verordnung oder gesetzlicher Verfügung an den Grund- oder Gebäudeeigentümer zur Vorschreibung gelangen;

b) Kosten für die Versicherungen betreffend die Allgemeinflächen (Gebäudehaftpflicht, Feuer, Sturm, Leitungswasser (inklusive Korrosion und Verstopfung), Dachabwasser, Vandalismus, Glasbruch, Steinschlag);

c) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, TÜV Überprüfung, Störungsbehebung (Verschleißteile) des Lifts;

d) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, Störungsbehebung (Verschleißteile) der Beleuchtung der Außenanlagen und Allgemeinflächen;

e) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Reinigung (inklusive Streuung z.B. durch Split und Schneeräumung, Dachabschöpfung des Schnees bei starken Wintern) der Außenanlagen und Allgemeinflächen, wie z.B. Zufahrten, Parkplätze, udgl;

f) Kosten für Betreuung der Grünanlagen und Bepflanzungen (inklusive Rasenpflege, Baumschneidarbeiten, Entlaubung usw.);

g) Kosten für Wartung, Instandhaltung, Reparatur, Strom, Eichung, TÜV-Überprüfung, Störungsbehebung (Verschleißteile) der technischen Anlagen und Einrichtungen (= sämtliche Haustechnikanlagen, Außenjalousien und sonstige Gemeinschaftsanlagen, wie z.B. Lift, Heizungs- und Warmwasser- versorgungs- und Enthärtungsanlagen, Abwasserentsorgungsanlagen, Lüftungsanlagen, Brandmeldeeinrichtungen, Brandrauchentlüftung, Feuerlöscher, CO-Warnanlage, Garagentor, Stapelparkeranlage, Schrankenanlage, Videoüberwachung, Gegensprechanlage, Blitzschutz, Haus-SATAnlage und

Telekabel, Waschküche, Garagentore, Brandschutztüren, Brandschutztore udgl.,

h) Kosten der Schädlingsbekämpfung; Rauchfangkehrer, Kanalräumer;

i) Kosten der jeweiligen An- und Abmeldung von Zählern für die Verbrauchsmessung und die Strombezugsberechtigung gemäß den öffentlichen Tarifen des E-Werkes;

j) Allfällige Bewachungskosten; [Der Mieter nimmt zur Kenntnis, dass eine gesonderte Bewachung derzeit nicht vorgesehen ist. Sollte aus sicherheitstechnischen Gründen eine gesonderte Bewachung erforderlich werden, nimmt der Mieter zur Kenntnis, dass auch diese Kosten im Rahmen der Betriebs- und Nebenkosten anteilmäßig von ihm zu übernehmen sind.]

k) Kosten für die Beseitigung von Beschädigungen von Einfriedungszäunen, Einfahrtstoren, Lichtmasten und zugehöriger technischer Geräte, sowie der Werbeanlagen und Fahnenmasten;

l) Kosten für die Beseitigung von Vandalismusschäden oder Verschmutzungen durch Spraymalereien; m) Kosten für Schmutzmattentausch;

n) Kosten für Müllabfuhr und Abfallbeseitigung auf Allgemeinflächen;

o) Kosten für einen allfälligen Austausch der Schließanlage bei Einbruch oder Zerstörung durch Unbekannte;

p) Kosten der laufenden Gebäudebetreuung (Gebäudewart/technische Objektbetreuung, Rufbereitschaft) und der Verwaltung;

q) Kosten für Kinderspielplätze (Sand-/Gerätetausch, Kinderspielgerätewartung, TÜV-Überprüfung, Störungsbehebung [Verschleißsteile]);

2.1. Parteilichvorbringen zur Klausel 8

Die Klägerin releviert vorweg, dass die Abgabe einer Unterlassungserklärung nur für die Worte „öffentliche Abgaben und Verwaltungskosten“ gemäß § 28 KSchG nicht zulässig sei, weil diese Wortfolge keine Regelung darstelle, die Gegenstand einer Unterlassungspflicht sein könnte.

Die Klausel verstoße daher - ungeachtet der abgegebenen (Teil-)Unterlassungserklärung - gegen § 6 Abs 3 KSchG, da aufgrund der weit gefassten Begriffe „öffentliche Abgaben und Verwaltungskosten“ für die Mieterseite nicht abschätzbar sei, welche Kosten in

Zusammenhang mit der Liegenschaft gemeint und wie hoch die daraus resultierenden Belastungen seien. Die Überwälzung derartiger Steuern und Abgaben auf den Mieter sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und überdies überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, weil darunter auch andere Steuern subsumiert werden könnten, die mit den Betriebskosten selbst im weitesten Sinne nichts zu tun hätten, wie zB die Grunderwerbssteuer oder die Immobilienertragssteuer. Völlig unklar sei auch, warum in Klausel 8 „öffentliche Abgaben“ von der Unterlassungserklärung erfasst seien, während in der Klausel 9 die Grundsteuer, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung und Verwaltung des Hauses verbunden sei, von der Unterlassungserklärung ausgenommen werde, zumal diese nicht einmal im MRG aufgezählt sei.

Die Beklagte räumt ein, dass die Rechtmäßigkeit der von ihr verwendeten Vertragsklauseln betreffend die vom Mieter geschuldeten Betriebskosten (in der Gestalt vor Abgabe ihrer Unterlassungserklärung) zweifelhaft gewesen sei, insbesondere deshalb, weil zum einen die Reichweite der diesbezüglichen Pflicht des Mieters in diesen Vertragsklauseln nicht exakt abgegrenzt gewesen sei (möglicher Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG), und weil zum anderen in den in der darauf bezugnehmenden Klausel 9 ausdrücklich aufgezählten Kostenpositionen teilweise auch der Aufwand für die Reparatur/Instandhaltung von allgemeinen Liegenschaftsteilen enthalten sei. Dieser mögliche Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB sei jedoch durch die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung beseitigt worden, weil sie nunmehr gegenüber ihren Mietern ausschließlich Betriebskosten in Anschlag bringe, die sie in den Verträgen auch ausdrücklich so aufzähle und die keine (womöglich unzulässige) Überwälzung der Erhaltungspflicht

des Vermieters auf die Mieter beinhalten würden. Die Abgabe der Unterlassungserklärung nur hinsichtlich einzelner Worte bzw. Satzteile sei nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs zulässig. Folglich liege auch keine Wiederholungsgefahr iSd § 28 Abs 2 KSchG mehr vor.

2.2. Parteilichvorbringen zur Klausel 9:

Vorweg bestreitet die Klägerin die Wirksamkeit der von der Beklagten zu dieser Klausel abgegebenen Unterlassungserklärung. Da diese Erklärung Einschränkungen bzw. Ersatzklauseln enthalte, könne sie nicht als vorbehaltlose Unterlassungserklärung angesehen werden, sodass die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen sei.

Die Klausel 9 sei auch in ihrer korrigierten Form weiterhin unklar und verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil einerseits in der Klausel 8 von „sämtliche[n] mit dem Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes verbundene[n] Betriebskosten“ und andererseits in der Klausel 9 von „sämtliche[n] Kosten, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung und Verwaltung des Objektes verbunden sind“, die Rede sei. Die Unklarheit bestehe darin, dass das eine Mal auf das „Objekt“ und das andere Mal auf „Gebäude und Mietgegenstand“ abgestellt werde. Unklar sei auch, ob mit der Wendung „zählen die in den §§ 21-24 MRG normierten Positionen“ nur diese im Gesetz aufgezählten Positionen gemeint seien, und ob durch die nachfolgende Wendung „sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb, der Pflege, Wartung und Verwaltung des Objektes verbunden sind“ nur die in §§ 21-24 MRG normierten Positionen erklärt würden, oder ob zusätzliche Kosten ergänzend zu den in §§ 21-24 MRG genannten Positionen vereinbart werden sollen.

Weiters beanstandet die Klägerin auch die einzelnen Unterpunkte der Klausel 9, ua dass die Überwälzung von Grundsteuer und Versicherungsprämien auf den Mieter unzulässig sei.

Die Beklagte wendet ein, dass den Mietern keineswegs nur „echte Betriebskosten“ verrechnet werden dürften. Die von der Klägerin herangezogene Rechtsprechung sei nicht zur Frage entwickelt worden, welche Betriebskosten Mietern zulässigerweise in Rechnung gestellt werden dürfen, sondern zum Begriff des bestandvertraglichen Entgelts. Unzutreffend sei, dass eine separate Verrechnung von Betriebskosten zusätzlich zum eigentlichen Mietzins den Mieter iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteilige. Der Vermieter würde die fraglichen Kosten nämlich anderenfalls im (Pauschal-)Mietzins iSd § 1099 ABGB in der Form „einpreisen“, dass Schwankungen in Bezug auf die Höhe der Kosten über die gesamte Laufzeit des Vertrags miteinkalkuliert werden würden, sodass vom Mieter „unterm Strich“ deutlich mehr zu zahlen sei als bei Verrechnung der jeweils tatsächlich angefallenen Kosten.

2.3. Beurteilung der Klauseln 8 und 9 durch das Erstgericht:

Das Erstgericht widmet sich zunächst der Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr durch die (eingeschränkte) Unterlassungserklärung der Beklagten zu diesen Klauseln und führt dazu aus, dass nach Auffassung der Beklagten zu prüfen sei, ob sinngleiche Klauseln vorlägen, die eine Wiederholungsgefahr nicht beseitigen würden, oder ob durch die Streichung einzelner Satzteile eine neue, - nunmehr rechtmäßige und nicht zu beanstandende - Klausel geschaffen worden sei. Nach

ständiger Rechtsprechung komme es im Verbandsprozess jedoch nicht auf die Frage der Gleichheit des Sinngehalts der Ersatzklausel an, sondern falle die Wiederholungsgefahr nur dann weg, wenn sich die Beklagte durch vorbehaltlose Einlassung in der Unterlassungserklärung unterwerfe. Der AGB-Ersteller solle sich an den gesetzlich zulässigen Bestimmungen orientieren und nicht durch gerade noch zulässige Klauselvarianten „austesten“, was vom Verband als gesetzmäßig angesehen werde. Füge der Verwender oder der Empfehler von AGB seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, so liege nach der Rspr des OGH auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitige, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ seien. Eine bloß teilweise Unterwerfungserklärung beseitige im Fall einer „Übermaßabmahnung“ die Wiederholungsgefahr nicht. Die angestrebte Rechtssicherheit könne in diesem Fall im Abmahnverfahren nicht erreicht werden. Der Unternehmer müsse sich vollständig („alles oder nichts“) im Sinn der Abmahnung unterwerfen. [...] Wollte man in Fällen, in denen dem Abmahnenden leicht erkennbar sei, dass die vorbehaltene Ersatzklausel allen Beanstandungen des Abmahnenden Rechnung trage, vom Wegfall der Wiederholungsgefahr ausgehen, so würde die dann notwendige Abgrenzung von Fällen, in denen dies nicht so leicht erkennbar sei, 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 schließe das Argument der Schikane oder des Mutwillens der klagenden Partei aus. Die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der AGB obliege allein den Unternehmern. Die Gefahr, Konventionalstrafen zahlen zu müssen, könnten die Unternehmer am besten dadurch vermeiden, dass sie keine Klauseln verwenden, die vielleicht gerade noch gesetzmäßig seien, sondern eindeutig gesetzmäßige Klauseln.

Ausgehend von diesen Erwägungen seien die Einwände der Klägerin gegen die „eingeschränkte“ Unterlassungserklärung der Beklagten hinsichtlich der Klauseln 8 und 9 berechtigt, sodass weiterhin Wiederholungsgefahr vorliege.

Inhaltlich erachtet das Erstgericht die beiden Klauseln als intransparent, weil einerseits in Klausel 8 auf den „Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes“ und andererseits in Klausel 9 auf das „Objekt“ abgestellt werde, sodass beim Konsumenten begründete Zweifel am Umfang der zu verrechnenden Betriebskosten in räumlicher Hinsicht bestehen bleiben würden. Unklar bleibe auch, ob die in Klausel 9 aufgezählten Positionen die in den §§ 21 bis 24 MRG normierten Betriebskosten nur näher erklären oder zusätzliche Betriebskosten ausweisen würden, worin eine weitere Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG liege.

Das Unterlassungsbegehren zu Klausel 8 und 9 bestehe daher zu Recht.

2.4. Argumentation der Berufung

2.4.1. Die Berufung bekämpft die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass trotz der von der Beklagten zu den Klauseln 8 und 9 abgegebenen Unterlassungserklärung weiterhin Wiederholungsgefahr bestehe. Die Beklagte habe

sich nämlich der Abmahnung der Klägerin bezüglich dieser Klauseln „ohne wenn und aber“ unterworfen, allerdings nur soweit in der bislang verwendeten Fassung der beiden Klauseln auch tatsächlich rechtswidrige Regelungen enthalten gewesen seien.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden:

Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG hat der Oberste Gerichtshof mit der Entscheidung des verstärkten Senats AZ 6 Ob 24/11i klargestellt, dass es dafür notwendig ist, dass zwischen dem Abmahnenden und jenem, der die Unterlassungserklärung abgibt, Willenseinigung über deren Inhalt besteht, damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt. Im Fall einer Übermaßabmahnung fehlt bei bloß teilweiser Unterwerfungserklärung eine solche Willenseinigung, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt wird; der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) und ohne auslegungsbedürftige Zusätze im Sinn der Abmahnung unterwerfen (3 Ob 109/13w).

Fügt daher der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen etwa seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerken bei, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen, liegt keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor und wird die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt, ohne dass es darauf ankommt, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind (RIS-Justiz RS0125395). Ebenso wenig liegt eine zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr geeignete Unterlassungserklärung 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. (RIS-Justiz RS0125395 [T1], 2 Ob 1/09z). Genau das hat die Beklagte aber hier im Ergebnis in ihrer Unterlassungserklärung (ua zu den Klauseln 8 und 9) gemacht, indem sie einzelne - durch Durchstreichung kenntlich gemachte - Worte und Satzteile von ihrer Unterlassungserklärung ausgenommen hat, weil sie diese für zulässig hält. Damit hat die Beklagte implizite erklärt, die in der Unterlassungserklärung vollständig oder zum Teil gestrichenen Klauseln in Hinkunft nicht zu unterlassen, sondern weiterhin verwenden zu wollen. Die Streichungen haben daher zur Folge, dass eben keine vollständige Unterwerfungserklärung - unter anderem - hinsichtlich der Klauseln 8 und 9 vorliegt, weil die Beklagte nicht bereit ist, sich - anders als von der Klägerin verlangt - unbedingt zur Unterlassung jeder Berufung auf dieser Klauseln zu verpflichten (vgl 6 Ob 81/09v). Die bloß teilweise Unterwerfungserklärung im Fall einer Übermaßabmahnung beseitigt aber - wie bereits ausgeführt - die Wiederholungsgefahr nicht; die Willenseinigung über zwischen den Parteien Strittiges liegt dann nicht vor.

Mangels vollständiger Willenseinigung der (nunmehrigen) Streitparteien kam es somit im Abmahnverfahren nicht zur Schaffung eines selbständigen Verpflichtungsgrundes der Beklagten. Das Erstgericht ist

daher zu Recht von einem Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr in Bezug auf die Klauseln 8 und 9 ausgegangen. Von der Möglichkeit, für den nach ihrer Ansicht berechtigten Teil der inkriminierten Klauseln einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich anzubieten, hat die Beklagte nicht Gebrauch gemacht, sodass nicht zu prüfen ist, ob es auf diese Weise zum Wegfalls der Wiederholungsgefahr gekommen ist (vgl dazu 5 Ob 33/18s).

2.4.2. An den weiteren Berufungsausführungen ist richtig, dass nach stRpr (RIS-Justiz RS0121187) maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig im Sinne des § 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks ist, sondern dass auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein können. Bei der Prüfung, ob eine eigenständige Klausel vorliegt, folgt die österreichische Judikatur indessen nicht der von der Berufung ins Spiel gebrachten „Blue-pencil-Test“-Theorie, derzufolge es darauf ankommt, ob die nach Streichung unzulässiger Teile verbleibende Vertragsbestimmung einen semantisch selbständig erfassbaren Gehalt aufweist. Entscheidend ist vielmehr, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können. Diese Beurteilung hat naturgemäß einzelfallbezogen zu erfolgen (RIS-Justiz RS0121187 [T8]). Die Auffassung der Berufung, wonach bei formal einheitlichen Vertragsbestimmungen das gegen den AGB-Verwender gerichtete Unterlassungsgebot nur einzelne Wörter oder Satzteile erfassen könne, soweit eben der Rest der Vertragsbestimmung noch einen semantisch sinnvollen Teil ergebe, findet daher in der

Rechtsprechung keine Deckung. Gegenteiliges kann entgegen der Argumentation der Berufung auch nicht aus der Entscheidung 7 Ob 78/06f abgeleitet werden, wurde doch die dortige Klausel 2 vom dortigen Kläger genau in der Form, (nämlich dass er diese nur im Umfang der nicht in eckige Klammer gesetzten Wortfolge angefochten hat), zum Gegenstand des Unterlassungsbegehrens gemacht, in der diesem vom OGH stattgegeben wurde. Für den OGH stellte sich daher die Frage, ob es sich hierbei um ein teilbare Klausel handelt und das Unterlassungsgebot auch nur einzelne Wörter umfassen kann, überhaupt nicht und wurde diese Frage in der Entscheidung auch nicht behandelt.

Ausgehend von der zitierten Rechtsprechung käme den Berufungsausführungen, wonach das Erstgericht die Beklagte nur hinsichtlich jener Teile der Klausel 8 und 9 zur Unterlassung verurteilen hätte dürfen, die in der Unterlassungserklärung nicht durchgestrichen gewesen seien, nur dann Berechtigung zu, wenn die in der Unterlassungserklärung durchgestrichenen und die nicht durchgestrichenen Satzteile jeweils Bestimmungen enthalten würden, die isoliert voneinander wahrgenommen werden können, dh wenn diese jeweils einen eigenständigen Regelungsbereich enthielten. Auf welche konkreten Teile der Klauseln 8 und 9 diese Prämisse zutreffen soll, zeigt die Berufung jedoch nicht auf und ist dies auch nicht ersichtlich. Die Vorschreibung als Betriebskosten von Kosten für „Instandhaltung und Reparatur“ einerseits und von Kosten für „Betreuung von Grünanlagen und Bepflanzungen“ andererseits betrifft jedenfalls entgegen der Auffassung der Berufung keine materiell eigenständigen Regelungsbereiche, geht es doch materiell

jeweils um die (zusätzliche) Verrechnung von Betriebskosten.

Die von der Beklagten vorgenommenen Streichungen, die darauf abzielen, jene Bestandteile der Regelung zu eliminieren, die diese unzulässig machen, laufen auf eine Aufgliederung (einzelner) eigenständiger Klauseln, die teils Verbotenes, teils Erlaubtes enthalten, hinaus und stellen sich daher als Versuch einer im Verbandsprozess unzulässigen geltungserhaltenden Reduktion der Klauseln dar (vgl 6 Ob 140/06s).

Der Anregung der Beklagten auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim Gerichtshof der Europäischen Union zum Klauselbegriff der Klausel-RL war unter den gegebenen Umständen nicht näher zu treten.

2.4.3. Schließlich bestreitet die Berufungswerberin den vom Erstgericht angenommenen Verstoß der Klauseln 8 und 9 gegen das Transparenzgebot und führt aus, dass die Begriffe „Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes“ bzw. „Betrieb des Objektes“ im Zusammenhang mit dem Anfall von Betriebskosten gemessen am Verständnishorizont des durchschnittlichen Verbrauchers keineswegs unklar seien. Betriebskosten würden eben teilweise bezüglich des einzelnen Mietgegenstandes anfallen, und teilweise bezüglich des Gebäudes bzw. des Gesamtobjekts. Im Übrigen würde dem Durchschnittsverbraucher bei Lektüre der einzelnen Unterpunkte der Klausel 9 zweifelsfrei klar, worauf genau die einzelnen Kostenpositionen zu beziehen seien. Des Weiteren sei der Klausel 9 unzweifelhaft zu entnehmen, dass zu den BK-Positionen der §§ 21-24 MRG noch etwas hinzukomme, sodass auch darin keine Intransparenz zu erblicken sei.

Diese Ausführungen überzeugen nicht.

Wie die Klägerin zutreffend dargelegt hat, führt die äußerst weite und wenig konkrete Formulierung der Klausel 8 dazu, dass der Mieter überhaupt nicht abschätzen kann, welche Betriebskosten, öffentliche Abgaben und Verwaltungskosten im Zusammenhang mit der Liegenschaft anfallen und welche Kostenbelastung daraus für ihn resultiert. Dabei ist unter dem Gesichtspunkt der Transparenz wesentlich, dass es eine gesetzliche Festlegung der Aufwände, die als Betriebskosten anzusehen sind, nur im Vollanwendungsbereich des MRG (§§ 21 ff) gibt, nicht auch im Teilanwendungsbereich des MRG, dem der Vertrag unterfällt, aus dem die inkriminierten Klauseln stammen. Damit fehlt es aber an einer konkreten Festlegung, was unter Betriebskosten zu verstehen ist.

Die Klausel 9 enthält eine ausdrücklich nicht taxative Aufzählung jener Aufwände, die zu den Betriebskosten und den öffentlichen Abgaben zählen. Diese Formulierung und die nachfolgende Aufzählung von Einzelpositionen lassen offen, welche weiteren Kosten möglicherweise als Betriebskosten oder als öffentliche Abgaben auf den Mieter überwälzt werden dürfen. Der Oberste Gerichtshof qualifiziert Klauseln, die die Betriebskosten bloß beispielsweise aufzählen, als unklar iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil bei kundenfeindlichster Auslegung auch nicht einmal angedeutete Kostenkategorien zu den „Betriebskosten“ gezählt werden könnten (6 ob 81/09v; 7 Ob 78/06f).

Legt man des Weiteren dem Begriff „Betriebskosten“ die von der Rechtsprechung (zur Abgrenzung vom Bestandentgelt) entwickelte Definition der „Gebrauchskosten“ iSd § 981 ABGB zugrunde, so ist für die Beurteilung, ob Gebrauchskosten im Sinne des § 981 ABGB

vorliegen oder ein Entgelt für eine Gebrauchsüberlassung erbracht wird, ausschließlich darauf abzustellen, ob die übernommenen Kosten ihrer Natur nach aus dem Gebrauch resultieren. Hingegen stellen Kosten, die den Liegenschaftseigentümer unabhängig vom Gebrauch treffen (zum Beispiel Grundsteuer; Leistungen für die Rücklage) Entgelt dar (8 Ob 25/06v). In diesem Sinne sind etwa Grundsteuer, Bankgebühren, „Hauszubehör“, Kleinreparaturkosten und im Regelfall auch die Kosten für die Versicherung der Liegenschaft keine Gebrauchskosten und damit keine „echten“ Betriebskosten. Damit erweist sich die Aufzählung in Klausel 8 „sämtliche Betriebskosten, öffentliche Abgaben und Verwaltungskosten als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

In der Klausel 9 werden auch Wartungs-, Instandhaltungs- und Reparaturkosten zu den Betriebskosten gezählt. Damit werden auch der Erhaltungspflicht des Vermieters zuzuordnende Aufwände als Betriebskosten auf den Mieter überwälzt, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung vorliegen würde, worin ebenfalls eine gröbliche Benachteiligung des Mieters gemäß § 879 Abs 3 ABGB liegt (7 Ob 93/12w).

Da das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 8 und 9 bereits aus den dargestellten Gründen zu Recht stattgegeben hat, müssen die weiteren Einwände der Klägerin gegen diese Klauseln (und deren Unterpunkte) nicht mehr geprüft werden.

Der Berufung der Beklagten konnte daher insgesamt kein Erfolg beschieden sein.

3. Zur Berufung der Klägerin

3.1. Zur Klausel 11

„Der Mieter stimmt dem Abschluss, der Erneuerung, der Erweiterung und/oder der Änderung von Verträgen über die angemessene Versicherung des Hauses gemäß vorstehendem Absatz 2 lit. b) zu bzw. tritt den bestehenden Versicherungen bei.“

3.1.1. Parteilenvorbringen

Die Klägerin macht einen Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geltend, da diese eine generelle Vorwegzustimmung der Mieterseite zum Abschluss von Verträgen und den Beitritt zu bestehenden Verträge vorsehe. Die Vertragsgegenstände seien lediglich thematisch festgelegt, ihre inhaltliche Ausgestaltung bleibe aber offen, weshalb die Klausel intransparent und für die Mieter nachteilig sei. Die Klausel schaffe eine (zusätzliche) Kostenbelastung durch Überwälzung der Versicherungsprämien auf die Mieter, deren konkrete Höhe noch dazu verschwiegen werde. Als einziges Korrektiv gegen eine Benachteiligung des Mieters durch unangemessene Vertragsinhalte sehe die Klausel vor, dass es sich um eine „angemessene“ Versicherung des Hauses handeln müsse. Als verbindliche, rechtsgeschäftliche Willenserklärung für den Abschluss künftiger Verträge sei eine derartige Zustimmung aber zu unbestimmt. Sie habe daher insofern den Charakter einer Erklärungsfiktion, in der der Mieter einem späteren Vertragsabschluss, der noch nicht konkretisiert sei, zustimmen werde. Es sei aber nicht geklärt, welche Gefahren versichert seien bzw. künftig versichert werden sollen. So sei unklar, ob die „angemessene Versicherung“, die sich offenkundig nur auf die Höhe der Versicherungssumme des Hauses beziehe, die Allgemeinflächen versichere, wie etwa die Gebäudehaftpflicht. Überdies werde keinerlei Festlegung

des Inhalts derartiger Verträge getroffen. Im Teilanwendungsbereich des MRG habe der Vermieter gemäß § 1099 ABGB bei Vermietungen alle Lasten und Abgaben zu tragen und sei gemäß § 1096 ABGB verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten. Da Versicherungskosten vom Vermieter auch dann bezahlt werden müssten, wenn das Mietobjekt leer stehe oder durch ihn selbst gebraucht werde, liege in der Überwälzung dieser Kosten eine nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht. Die Überwälzung der Kosten für Versicherungen auf den Mieter führe daher im Teilanwendungsbereich des MRG zu einer gröblichen Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Dass eine derartige Überwälzung im Vollenwendungsbereich des MRG gesetzlich vorgesehen sei, ändere daran nichts.

Die Beklagte entgegnet, dass die Klausel nach der Rspr des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 181/17m; 6 Ob 226/18f) nicht zu beanstanden sei. Nach der gesetzlichen Regelung des § 21 Abs 1 Z 5 und 6 MRG seien derartige Versicherungskosten nach dem mietrechtlichen Konzept zu den Betriebskosten zu zählen. Auch hier gelte, dass es dem Mieter nur recht sein könne, dass ihm nur die tatsächlichen Kosten der Versicherungen in Rechnung gestellt und nicht in den Mietzins eingepreist würden, weil Zweiteres im Ergebnis zu einem insgesamt höheren Mietzins über die Laufzeit führen würde. Dem Argument, dass die Überwälzbarkeit von Versicherungen nur dem Vollenwendungsbereich des MRG vorbehalten sei, sei zu entgegnen, dass es dort einer ausdrücklichen gesetzlichen Legitimation bedürfe, um Versicherungsprämien den Mietern überhaupt als Teil der Betriebskosten in Rechnung stellen zu können, weshalb daraus nichts für die Frage zu

gewinnen sei, ob im Teilanwendungsbereich des MRG bestehende Versicherungskosten und/oder Kosten aus zukünftigen Versicherungsverträgen auf den Mieter überwältzt werden dürfen. In Bezug auf die von der Klägerin beanstandete Erklärungsfiktion durch den Mieter sei darauf zu verweisen, dass den Mietern schon nach den allgemeinen Grundsätzen redlicher Vertragsübung iSd § 914 ABGB Betriebskosten nur dann in Rechnung gestellt werden dürften, wenn sie sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach angemessen, das heißt vor allem wirtschaftlich und zweckmäßig seien.

3.1.2. Das Erstgericht erachtet die Klausel für unbedenklich und führt aus, dass die Zulässigkeit einer vergleichbaren Klausel bereits in den oberstgerichtlichen Entscheidungen 6 Ob 181/17m und 6 Ob 226/18f bejaht worden sei. Auch im Teilanwendungsbereich des MRG sei zu beachten, dass § 1099 ABGB dispositives Recht darstelle und somit die Kosten einer angemessene Versicherung des Hauses - im Sinne einer tatsächlichen Verrechnung - auf den Mieter überwältzt werden könnten. Eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB könne daher nicht erblickt werden.

Die Klausel enthalte auch keine unzulässige Erklärungsfiktion gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, da sich der Mieter ohnehin zur Zahlung der Prämien für angemessene Versicherungen des Hauses verpflichtet habe und diese Regelung nur jene Fälle betreffe, in denen die Versicherung abgeschlossen, erneuert, erweitert und geändert werde. Es komme also zu keiner weiteren Versicherung, zu der eine Erklärungsfiktion abgegeben werde und im Weiteren das Schweigen des Mieters zum Abschluss der Versicherung ausreichen würde.

Auch die kundenfeindlichste Auslegung der Klausel führe nicht dazu, dass die inhaltliche Ausgestaltung der angemessenen Versicherung so zu verstehen sei, dass nur auf die Höhe der Versicherungssumme abzustellen sei, sondern dazu, dass im Sinne einer redlichen Verkehrsübung die Zweckmäßigkeit und auch Wirtschaftlichkeit bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Versicherungen zu beachten sei. Es liege daher auch keine Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG vor.

3.1.3. Die Berufungswerberin nimmt weiterhin den Standpunkt ein, dass die Klausel 11 gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen § 6 Abs 3, § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße.

Dazu war zu erwägen:

Vorweg ist der Berufungswerberin zuzustimmen, dass die Entscheidungen 6 Ob 181/17m und 6 Ob 226/18f, aus welchen das Erstgericht die Zulässigkeit der Klausel 11 ableitete, den Vollenwendungsbereich des MRG betreffen und sich nur mit der - hier nicht relevanten - Frage beschäftigten, ob die dort verfahrensgegenständlichen Klauseln mit der Bestimmung des § 21 Abs 1 Z 6 MRG im Einklang stehen, was bejaht wurde. Aus den zitierten Entscheidungen ist daher für die Frage, ob die vorliegende, im Teilanwendungsbereich des MRG verwendete Klausel mit § 6 Abs 3, § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB vereinbar ist, nichts zu gewinnen.

Die Klausel sieht eine generelle Vorwegzustimmung des Mieters zum Abschluss von Verträgen und den Beitritt zu bestehenden Verträgen vor. Die Vertragsgegenstände werden lediglich thematisch (Versicherung des Hauses) festgelegt, bleiben aber in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung offen. Die Klausel verweist auf „Verträge über die angemessene Versicherung des Hauses gemäß

vorstehendem Absatz 2 lit b)" (= Klausel 9), und legt dabei nicht offen, dass mit ihr offenbar eine (zusätzliche) Kostenbelastung der Mieter durch Überwälzung der Versicherungsprämien beabsichtigt ist.

Aufgrund der Nichterwähnung des Umstandes, dass ein Zusammenhang zwischen der Zustimmungserklärung und den Betriebskosten besteht, bewertete der OGH in der Entscheidung 1 Ob 241/06g eine nahezu wortgleiche Klausel (wenn auch im Vollanwendungsbereich des MRG) als intransparent. Zur Begründung führte er aus, dass keineswegs gesagt werden könne, dass der Durchschnittsverbraucher durchschaubar, klar und verständlich so aufgeklärt werde, dass er die Tragweite seiner Zustimmungserklärung erfassen könne. Selbst wenn die Versicherungssparten festgelegt seien und von einer „angemessenen“ Versicherung die Rede sei, könne der durchschnittlich begabte Verbraucher nicht erkennen, dass sich als Konsequenz seiner Zustimmungs- oder Beitrittserklärung eine erhöhte Betriebskostenbelastung ergebe oder ergeben könne. Insbesondere aber werde er über die alternativen Möglichkeiten, wie die Bezahlung der zu versichernden Schäden sonst erfolgen könnte (aus Mietzinsreserven oder im Wege der Mietzinserhöhung gemäß § 18 MRG), nicht aufgeklärt.

Zwar besteht im Teilanwendungsbereich des MRG die Alternative der Bezahlung der versicherten Schäden aus der Mietzinsreserve (bzw. im Wege eines Verfahrens gemäß §§ 18 ff MRG) nicht, doch trifft das Argument der mangelnden Erkennbarkeit des Zusammenhangs von Zustimmungserklärung und möglicher Kostenerhöhung auch auf die vorliegende Klausel zu. Damit wird der Mieter auch hier nicht in klarer und durchschaubarer Weise über

seine Rechte informiert, sondern über die Tragweite seiner Einwilligung bzw. Zustimmung im Unklaren gelassen. Die Vertragsklausel verstößt daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und ist schon deshalb unwirksam.

Aber auch wenn die Klausel nicht als intransparent zu beurteilen wäre, wäre für die Beklagte im Ergebnis nichts gewonnen. Wie die Klägerin zutreffend ausführt, hat gemäß § 1099 ABGB bei Vermietungen alle Lasten und Abgaben der Vermieter zu tragen und trifft diesen gemäß § 1096 ABGB auch die Pflicht, das Bestandobjekt auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten. Versicherungsprämien für die in der Klausel angeführten Versicherungen stellen in ihrer grundsätzlichen Funktion Kosten von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten dar, sohin Aufwendungen, die dem Vermieter in Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten iSd § 1096 ABGB entstehen. Die Klausel 11 sieht nun in Abweichung vom dispositiven Recht die Überwälzung dieser Versicherungsprämien als Betriebskosten auf die Mieter vor.

Allein der Umstand, dass § 1099 ABGB nachgiebiges Recht darstellt, sodass die Parteien im Mietvertrag die Überwälzung der Betriebskosten im Sinne von Bewirtschaftungskosten vereinbaren können, kann entgegen der Auffassung des Erstgericht nicht als sachliche Rechtfertigung für diese Überwälzung angesehen werden. Auch aus der Zulässigkeit einer derartigen Überwälzung nach § 21 MRG lässt sich dafür keine sachliche Rechtfertigung ableiten, ist die dortige Bestimmung doch nur eine Folge der im Vollenwendungsbereich des MRG geltenden Mietzinsbeschränkungen. Da im

Teilanwendungsbereich des MRG ohnedies eine freie Mietzinsvereinbarung zulässig ist, mangelt es an einer sachlichen Rechtfertigung für die Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter. In diesem Zusammenhang überzeugt die Argumentation der Beklagten nicht, wonach der Mieter durch die Klausel nicht gröblich benachteiligt sei, weil der Vermieter die Kosten der fraglichen Versicherungsprämien in den Mietzins einpreisen könnte, was im Ergebnis zu einer höheren Belastung führen könnte. Allgemein bekannt ist nämlich, dass Wohnungen, die unter das Regime der freien Mietzinsvereinbarung fallen, keineswegs zu einem beliebig hohen Mietzins vermietbar sind und dass der Mietinteressent naturgemäß nur die auf dem Markt jeweils verlangten und betraglich ausgewiesenen Nettomietzinse vergleichen kann. Der von der Beklagten gewählte Weg, nämlich eine unüberschaubare Menge an Positionen von Kostenbelastungen nicht in den der Höhe nach vorweg festgelegten Mietzins einzupreisen, sondern zusätzlich dazu als Betriebs- und Nebenkosten zu verrechnen, dient entgegen der Darstellung der Berufungsgegnerin mitnichten der Schaffung von Kostenehrlichkeit und Kostentransparenz für den Mieter, ist doch diesem an dieser Transparenz im Sinne von Vergleichbarkeit und Kalkulierbarkeit der ihn treffenden Mietzinsbelastung vor Abschluss des Mietvertrages gelegen.

Insgesamt erweist sich die Klausel daher auch als gröblich benachteiligend für den Mieter iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Da der Berufung hinsichtlich der Klausel 11 schon infolge Verstoßes gegen § 6 Abs 3 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB

Folge zu geben war, müssen die weiteren Einwände der Klägerin gegen diese Klausel nicht mehr geprüft werden.

3.2. Zur Klausel 35:

„Der Mietgegenstand darf nur zu Wohnzwecken benützt werden.“

[...]

3.2.1. Parteivorbringen

Die Klägerin bringt vor, dass die ausschließlich hinsichtlich des Wortes „nur“ abgegebene Unterlassungserklärung der Beklagten die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Klausel nicht beseitige. Der Klauselwortlaut könne bei konsumentenfeindlichster Auslegung dazu führen, dass der Vermieter bei einer untergeordneten Verwendung einer Wohnung als „Home Office“ berechtigt sei, mit Unterlassungsklage vorzugehen. Weiters sei an der gegenständlichen Vertragsformulierung zu bemängeln, dass sie der ständigen Rechtsprechung nicht genüge. Es könne nicht sein, dass man den rechtsunkundigen Verbrauchern eine derartig unklare Formulierung hinwerfe, die schließlich nur durch ein Gericht ausgelegt werden könne, um herauszufinden, ob eine andere Verwendung als jene zu Wohnzwecken auch noch zulässig sei. Die Klausel sei daher unklar iSd § 6 Abs 3 KSchG und noch dazu gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte verweist zur Zulässigkeit der Klausel auf die gesicherte Judikatur, derzufolge es von der vertraglichen Zweckwidmung ohnedies auch umfasst sei, dass zusätzlich zur Wohnnutzung vom Mieter auch eine berufliche Tätigkeit entfaltet werden könne, die üblicherweise in Wohnungen ausgeübt werde. Dementsprechend erweise sich das von der Klägerin nunmehr entworfene „Schreckensszenario“, die Beklagte könnte -

ungeachtet der von ihr abgegebenen Unterlassungserklärung - gegen Mieter, die „Home Office“ betreiben, mit Unterlassungsbegehren vorgehen, als völlig haltlos. Denn keinerlei (Vertrags-) Auslegung könne dazu führen, dass allgemein angenommene Grundsätze über die Reichweite des Bestandrechts eines Mieters außer Kraft gesetzt werden.

3.2.2 Das Erstgericht führt aus, dass die Beklagte auch hier eine teilweise Streichung in ihrer Unterlassungserklärung vorgenommen habe, weshalb zu prüfen sei, ob dennoch eine Verbotswidrigkeit iSd § 28 KSchG vorliege. Es sei gesicherte Rechtsprechung, dass der Mieter in der Wohnung auch seine berufliche Tätigkeit ausüben könne. Der OGH habe in der Entscheidung 7 Ob 78/06f die Formulierung „*Der Mieter mietet das Mietobjekt für Wohnzwecke*“ für zulässig erachtet. Daher sei auch die vorliegende Klausel nach ihrem Wortlaut weder intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG noch gröblich benachteiligend iSd 879 Abs 3 ABGB. Es entspreche nämlich ständiger Rechtsprechung, dass Berufe wie die des Realitätenvermittlers, Rechtsanwalts oder Arztes oder einer PR-Agentur üblicherweise in der Wohnung ausgeübt würden und (auch) die zur Berufsausübung erforderlichen Räume als Wohnraum und nicht als Geschäftsraum anzusehen seien, weil in solchen Fällen das Wohnbedürfnis und der Berufszweck einander mindestens die Waage halten und nichts am Charakter des Mietgegenstands als Wohnung ändern würden. Der Oberste Gerichtshof habe aber auch ausgesprochen, dass es zulässig sei, in einer Wohnung zB den Rechtsanwaltsberuf auszuüben, ohne dass deshalb eine Widmungsänderung vorliegen müsse, doch könne davon nicht (mehr) gesprochen werden, wenn die Wohnung den Hauptmietern mit der Vereinbarung vermietet worden sei,

den Mietgegenstand nur zu Wohnzwecken zu verwenden. Am vertraglichen Ausschluss jeder anderen Verwendung der vermieteten Wohnung als zu Wohnzwecken könne nämlich ein besonderes anzuerkennendes Interesse des Vermieters bestehen. Die Wohnung dürfe dann nur zu Wohnzwecken verwendet werden (7 Ob 5/09z mwN). Im Lichte dieser Rechtssätze sei die hier inkriminierte Klausel daher zulässig.

3.2.3. Die Berufungswerberin hält an ihrer Auffassung fest, dass die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Es gebe eine gefestigte Verkehrssitte, dass es zum bedungenen Gebrauch eines als Wohnung gemieteten Bestandobjektes gehöre, dass der Mieter den Mietgegenstand in einem gewissen Ausmaß auch für andere Zwecke als für Wohnzwecke, nämlich für die Berufsausübung nützen dürfe. Soweit dem Vermieter daraus keinerlei Nachteil erwachse, sei keine sachliche Rechtfertigung für die Untersagung derartiger Nutzungen zu erkennen. Die Einschränkung des Gebrauchsrechts auf eine ausschließliche Nutzung für Wohnzwecke sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufung ist auch in diesem Punkt berechtigt.

Vorweg ist zur Frage der (Nicht-)Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch die Unterlassungserklärung der Beklagten durch Streichung des Wortes „nur“ auf die Ausführungen unter Punkt 2.4.1. dieser Entscheidung zu verweisen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Eliminierung des Wortes „nur“ am Sinngehalt der Klausel ohnedies nichts ändert, wird doch auch die Rumpfklausel bei kundenfeindlichster Auslegung als Verbot jeder anderen Nutzung als zu Wohnzwecken verstanden, zumal der Durchschnittsverbraucher nicht

annimmt, dass die Klausel überhaupt keinen normativen Gehalt hat und die Beklagte nur die bloße Selbstverständlichkeit, dass eine gemietete Wohnung zu Wohnzwecken verwendet werden darf, zum Gegenstand einer eigenen Vertragsbestimmung machen würde.

Wie bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, entspricht es gesicherter Rechtsprechung, dass Wohnungsmieter diese auch zu üblicherweise in der Wohnung ausgeübten beruflichen Tätigkeiten verwenden dürfen (RIS-Justiz 0068895; RS0115015). Soweit das Erstgericht aus der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 78/06f die Zulässigkeit der Klausel ableitet, übersieht es, dass sich der OGH in dieser Entscheidung nicht mit der Frage befasst hat, ob eine Einschränkung der Nutzung des Mietobjektes ausschließlich für Wohnzwecke gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, sondern allein mit der Frage, ob die Nichteinhaltung dieser Beschränkung als Auflösungsgrund vereinbart werden kann.

Das Berufungsgericht teilt daher die Auffassung der Klägerin, dass der Ausschluss der Nutzung des Mietobjekts zu anderen Zwecken als zu Wohnzwecken eine gröbliche Benachteiligung des Mieters darstellt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass an einem solchen Ausschluss ein besonderes, anzuerkennendes Interesse des Vermieters bestehen kann, wie der OGH in der Entscheidung 7 Ob 6/09z ausgeführt hat, weil sich die Beklagte nicht auf ein derartiges besonderes Interesse als sachliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Klausel berufen hat.

Des Weiteren genügt die Klausel aber auch dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 ABGB nicht. Das Erstgericht verweist zutreffend darauf, dass der Mieter

nach gesicherter Rechtsprechung auch (in bestimmtem Umfang) seine berufliche Tätigkeit in der Wohnung ausüben darf. Doch ist dem durchschnittlichen Verbraucher diese Judikatur nicht geläufig. Da ihm die Klausel suggeriert, dass eine Einschränkung zur Verwendung nur für Wohnzwecke zulässig sei, gibt sie ihm keine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition, weshalb die Klausel auch gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

3.3. Zur Klausel 46:

[...]

„Änderungen/Ergänzungen der Hausordnung werden wirksam, wenn die Vermieterin dem Mieter diese Änderungen/Ergänzungen, die dem Mieter zumutbar sein müssen, insbesondere, weil sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt sind, schriftlich mitteilt und der Mieter dazu binnen 4 Wochen keinen Widerspruch erhebt.“

Voranzustellen ist, dass die Beklagte diese Klausel vollinhaltlich in ihre Unterlassungserklärung aufgenommen, jedoch dazu handschriftlich ergänzt hat:

„Anmerkung zu Punkt 46 der Unterlassungserklärung: Die Unterlassungserklärung wird bei bestehenden Verträgen mit der Maßgabe abgegeben, dass sich Erste Immobilien KAG gegenüber der Bundesarbeiterkammer unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe von € 700,- je Verstoß verpflichtet, sich bei bestehenden Verträgen nur insoweit auf die Vertragsklausel zu berufen, als die Mieter bei Ausübung des Änderungsrechts durch Erste Immobilien KAG auf die Rechtsfolgen der Unterlassung eines Widerspruchs binnen 4 Wochen ausdrücklich hingewiesen werden.“

3.3.1. Nach Auffassung der Klägerin enthält diese Klausel eine Erklärungsfiktion, die aber gegenüber Verbrauchern nur unter den in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Voraussetzungen zulässig sei. Insbesondere müsse der Verbraucher zu Beginn der für seine ausdrückliche Erklärung vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen werden. Dieses Erfordernis sehe die vorliegende Klausel nicht vor. Die „Anmerkung“ in der Unterlassungserklärung zu Klausel 46 sei nicht zulässig. Diese sei als Versuch

einer teleologischen Reduktion zu werten, die zu einer unzulässigen Einschränkung führe, welche die Wiederholungsgefahr nicht beseitige.

Die Beklagte erwidert, dass die Klägerin an dieser Klausel in ihrem Abmahnschreiben ausschließlich beanstandet habe, dass sie insofern nicht in vollem Einklang mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG stehe, als sich die Beklagte in dieser Klausel nicht auch dazu verpflichtet habe, ihre Vertragspartner vorab auf die rechtliche Bedeutung des Unterlassens eines Widerspruchs gegen die bekannt gegebene Vertragsänderung die Hausordnung betreffend hinzuweisen. Genau dazu habe sich nun die Beklagte bei bestehenden Verträgen gegenüber der Klägerin verpflichtet. Im Hinblick auf den Abschluss künftiger Verträge sei die Unterlassungserklärung ohnedies unmodifiziert abgegeben worden. Es sei daher jegliche Wiederholungsgefahr hinsichtlich einer Berufung der Beklagten auf die fragliche Klausel in nicht gesetzeskonformer Art und Weise weggefallen.

3.3.2. Das Erstgericht stellt seinen Erwägungen voran, dass die - Änderungen und Ergänzungen der Hausordnung vorsehende - Klausel von der Beklagten zur Gänze in ihre Unterlassungserklärung mit dem Zusatz („Anmerkung“) aufgenommen worden sei, dass sie sich bei bestehenden Verträgen nur insofern auf die Vertragsklausel berufe, *als die Mieter bei Ausübung des Änderungsrechts durch die Erste Immobilien KAG auf die Rechtsfolgen der Unterlassung eines Widerspruchs binnen 4 Wochen ausdrücklich hingewiesen werden*. Die Beklagte sei der Unterlassungsaufforderung der Klägerin nachgekommen und berufe sich daher auch bei bestehenden Verträgen nicht mehr auf die früher in ihrem Klauselwerk zu Klausel

46 vorhandene faktische „Erklärungsfiktion“ iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die angefügte Anmerkung, die auch ausdrücklich strafbewehrt abgegeben worden sei, entspreche inhaltlich der ständigen Rechtsprechung, wonach solche Klauseln dann wirksam seien, wenn der Unternehmer dem Verbraucher für die Abgabe seiner Erklärung eine angemessene Frist setze und ihn bei Beginn dieser Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens (auch einer Verschweigung) ausdrücklich hinweise. Die Angemessenheit der Frist werde im Allgemeinen bereits mit 14 Tagen angenommen. Im vorliegenden Fall gewähre die Beklagte sogar eine vierwöchige Frist. Die der Klausel 46 in der Unterlassungserklärung angefügte Anmerkung sei daher zulässig, weshalb die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Klausel 46 weggefallen sei.

3.3.3. Die Berufungswerberin tritt der Rechtsansicht des Erstgerichtes entgegen, wonach die Wiederholungsgefahr weggefallen sei und vertritt weiterhin die Rechtsansicht, dass die Klausel wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig sei.

Die Berufung ist berechtigt.

Zur Frage des (Nicht-)Wegfalls der Wiederholungsgefahr ist auf die Ausführungen unter Punkt 2.4.1. dieser Entscheidung zu verweisen. Da in der Unterlassungserklärung weder Einschränkungen noch Bedingungen angeführt sei dürfen (6 Ob 81/09v; 2 Ob 153/08a), liegt auch zur Klausel 46 keine die Wiederholungsgefahr beseitigende Unterlassungserklärung vor.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des

Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Nach der Rspr müssen aber sowohl Widerspruchsmöglichkeit als auch die Frist bereits in den Vertragstext aufgenommen werden; es reicht nicht aus, dass der Unternehmer - ohne eine solche Vereinbarung - lediglich de facto unter Einhaltung einer angemessenen Frist bei Beginn dieser Frist auf die Erklärungsbedeutung des Verbraucherverhaltens und auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinweist (6 Ob 85/11k). Dieses Erfordernis sieht die Klausel 46 nicht vor, sodass sie wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig ist.

Der Berufung der Klägerin war daher zur Gänze Folge zu geben.

Die infolge Abänderung des Urteils neu zu fällende Kostenentscheidung hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens beruht auf § 41 iVm § 54 Abs 1a ZPO. Dabei war die Kostennote der Klägerin, gegen die keine Einwendungen erhoben wurden und die keine von Amts wegen zu korrigierenden Schreib- oder Rechenfehler oder andere offenbare Unrichtigkeiten aufweist, zugrunde zu legen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Der Berechnung der Kosten der Berufungsbeantwortung der Klägerin war der Streitwert von (richtig) EUR 13.960,-- zugrunde zu legen.

Bei der Bewertung iSd § 500 Abs 2 ZPO wurde dem von der Klägerin angegebenen Interesse gefolgt.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil die zu beurteilenden Klauseln für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (RIS-Justiz RS0121516). Die betreffenden Regelungen sind auch nicht so eindeutig, dass nur eine Möglichkeit der Beurteilung in Betracht käme (RIS-Justiz RS0121516[T17]).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 24. Februar 2021

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG