



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

129 R 4/18h

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Richter Mag. Iby als Vorsitzenden, den Richter Dr. Parzmayr und die Richterin Mag.^a Fitz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Jollydays GmbH**, Bergmillergasse 5/Stiege 1/top 14, 1140 Wien, vertreten durch DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,-), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 23.10.2017, 57 Cg 34/16z-13, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Parteien die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands 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 :

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein im Sinne des § 29 KSchG. Die Beklagte vertreibt unter anderem Gutscheine, mit denen Dienstleistungen in Form von Erlebnissen bei Dritten bezogen werden können. Sie bietet ihre Leistungen primär über die Website www.jollydays.at und somit im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie vertreibt Erlebnisgutscheine für ein konkretes Erlebnis, Wahlgutscheine zur Auswahl eines von mehreren Erlebnissen und Wertgutscheine. Geschenkboxen mit Wahlgutscheinen vertreibt die Beklagte auch über verschiedene Vertriebspartner wie Hofer, Billa, Libro, Post und andere.

Die Beklagte tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter anderem nachstehend angeführte (vom Unterlassungsbegehren unberührte) Klauseln :

„§ 1 Die Jollydays Website/Definitionen/Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen

[...]

1.2. Bedeutung der in diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendeten Begriffe:

- Gutschein = Verrechnungsmittel für die Verwendung auf der Website*
- Käufer = Gutscheinkäufer*
- Inhaber = Inhaber eines Gutscheines*
- Veranstalter = dritter Leistungsträger, der seine Leistung zur Vermittlung durch Jollydays anbietet*

- *Erlebnis = Leistung von einem definierten Veranstalter zur Leistungserbringung an einem definierten Veranstaltungsort*

- *Gültigkeit = Zeitraum, in dem der Gutscheinwert zur Verrechnung auf der Website verwendet werden kann*

- *Gutscheinwert = für den ausgestellten Gutschein entrichtetes Entgelt zum Zeitpunkt des Gutscheinkaufes (ohne Berücksichtigung von Rabatten)*

- *Erlebnispreis = Erlebnispreis des Veranstalters inkl. Vermittlungsentgelt von Jollydays*

- *Vermittlung = abschließend durchgeführte Einlösung eines Gutscheines durch den Inhaber*

[...]

§ 2 Geschäftsinhalt/Leistungsbeschreibung

2.1. Jollydays bietet Gutscheine über die Website und andere Vertriebskanäle an. Auf der Website präsentiert Jollydays eine Vielzahl von Erlebnissen diverser Veranstalter. Die Leistung von Jollydays beschränkt sich auf den Verkauf von Gutscheinen."

Der **Kläger** strebt mit seinem Unterlassungsbegehren an, der Beklagten die Verwendung von im Einzelnen konkret dargelegten oder sinngleichen Klauseln als teilweise überraschend im Sinne des § 864a ABGB, intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG) und/oder gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB zu verbieten und sich auf unzulässig vereinbarte Klauseln zu berufen, und stellt weiters ein Veröffentlichungsbegehren.

Die **Beklagte** beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die ausreichend klar formulierten Klauseln seien weder ungewöhnlich noch gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang. Sie beantragt auch, ihr die Ermächtigung zu erteilen, den

klagsabweisenden Teil des Urteilsspruchs auf Kosten des Klägers zu veröffentlichen.

Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit werden der Wortlaut der einzelnen Klauseln, das dazu erstattete Parteivorbringen sowie die Erwägungen des Erstgerichts nicht vorweg, sondern bei der Behandlung des Rechtsmittels der beklagten Partei dargestellt.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht der Klage unter Setzung einer Leistungsfrist von vier Monaten zur Gänze statt und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung; weiters verpflichtete es die Beklagte, dem Kläger EUR 9.959,76 an Kosten zu ersetzen.

Dagegen richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Sachverhaltsfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im gänzlich klagsabweisenden Sinn abzuändern und dem Antrag auf Gegenveröffentlichung im beantragten Umfang Folge zu geben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Weiters wird eventualiter begehrt, die Unterlassungspflicht auf den gesetzlichen Umfang gemäß § 28 Abs 1 S 2 HS 2 KSchG zu beschränken, indem der Einschub „soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sind“ in Punkt 1. des Urteilsspruches aufgenommen werde und eine einjährige Leistungsfrist gewährt werde. In der Kostenrüge begehrt sie eine Abänderung der Kostenentscheidung dahingehend, dass dem Kläger nur Kosten von EUR 8.736,06 zugesprochen werden mögen.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt.

I. Vorbemerkungen:

1. Voranzustellen ist, dass - wie im Wesentlichen bereits das Erstgericht festgehalten hat (§ 500a ZPO) - im Verbandsprozess nach § 28 KSchG von folgenden, von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist (in jüngerer Zeit zusammenfassend etwa 10 Ob 28/14m):

1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in dabei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

1.2. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein "Überrumpelungseffekt" innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln.

1.3. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene

Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ zu berücksichtigen. Weicht eine Klausel vom dispositiven Recht ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (stRsp; RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

1.4. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klausel im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (stRsp; RIS-Justiz RS0038205; RS0016590). Für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RIS-Justiz RS0016590 [T1, T15]).

1.5. Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ im Sinne des § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGBs enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das

ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert von einander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187).

1.6. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung übernahm der österreichische Gesetzgeber das in Art 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen enthaltene Transparenzgebot in die österreichische Rechtsordnung (RIS-Justiz RS0037107). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115219 [T9]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0037107 [T6]). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit, wenn die Auswirkung einer Klausel ansonsten unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115217 [T12]). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz

RS0115217 [T14])). Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (4 Ob 221/06p, Punkt 2.23 = ÖBA 2007, 981 [Rummel] = ecolex 2007, 601 [Wilhelm]).

II. Zur Berufung der Beklagten:

1. Zu Klausel 1:

1.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt:

„Bei der Auswahl der Veranstalter und deren Erlebnisse lässt Jollydays größtmögliche Sorgfalt walten. Änderungen in der Person des Veranstalters oder des Erlebnisses sind möglich.“ (Punkt 2.2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

1.2. Der Kläger argumentiert zusammengefasst, die Klausel benachteilige Konsumenten gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da sie die Beklagte zur einseitigen Änderung sowohl des Veranstalters als auch des Erlebnisses berechtige. Beides könne für den Konsumenten beim Gutscheinkauf allerdings ausschlaggebend sein. Die Klausel verstoße aufgrund des einseitigen Änderungsrechts auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KschG, die Änderungsmöglichkeiten seien weder geringfügig noch sachlich gerechtfertigt und überdies auch nicht im einzelnen ausgehandelt. Sie sei wegen der schrankenlosen Änderungsmöglichkeit auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG und sowohl überraschend als auch nachteilig gemäß § 864a ABGB. Mit einem nachträglichen Änderungsrecht an dieser Stelle müsse der Konsument nicht rechnen. Die Klausel sei als einheitlich wahrzunehmen und daher auch so zu behandeln.

1.3. Die Beklagte entgegnet, es handle sich bei den beiden Sätzen um zwei selbständige Klauseln, die wiewohl in einem Punkt zusammengefasst dennoch rechtlich unabhängig zu beurteilen seien. Gegen den ersten Satz habe der Kläger gar keine Argumente vorgebracht, weshalb dieser jedenfalls zulässig sei.

Satz zwei sei jedenfalls nicht intransparent, da die Schrankenlosigkeit der Änderungsmöglichkeit klar aus der Klausel hervorgehe.

Bezüglich des Veranstalters könne keine Benachteiligung des Konsumenten vorliegen, da er denselben bei Vertragsschluss nicht kenne und seine Person daher auch nicht Schuldinhalt sein könne. Eine „Änderung“ wäre deshalb auch nicht gesetzwidrig. Betreffend die Erlebnisse würden sich die Tatbestandsvoraussetzungen aus § 15 der AGB ergeben, dies sei transparent, da dort Leistungsänderungen geregelt wären. Die Klausel selbst würde die Voraussetzungen für eine einseitige Änderung nicht regeln, im Zusammenschau mit § 15 wären sie aber klar. In Einzelfällen, in denen der Veranstalter schon vor Vertragsschluss im Rahmen der Erlebnisbeschreibung bekannt sei, würden ebenfalls die Schranken des § 15 AGB gelten. Überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB sei die Klausel keinesfalls, weil auch der Kunde im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre wüsste, dass ein Leistungsangebot in dieser Form nicht 30 Jahre gelten könne.

1.4. Das Erstgericht erachtete die Klausel als eine einheitlich zu betrachtende Regelung. Erster und zweiter Satz stünden in untrennbarem Zusammenhang. Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Gerade die Wahl eines bestimmten Erlebnisses sei bei einem Gutscheinkauf entscheidend, insbesondere wenn

der Gutschein als Geschenk dienen solle und das ausgesuchte Erlebnis auf den Beschenkten zugeschnitten sei. Ebenso entscheidend könne bei bestimmten Erlebnissen auch der Veranstalter sein. Eine sachliche Rechtfertigung für die Änderungsmöglichkeiten fehle und sie sei daher insgesamt gröblich benachteiligend. Sie sei auch mit § 6 Abs 2 Z 3 KschG unvereinbar, da die einseitige Änderungsmöglichkeit nicht auf das Zumutbare - geringfügig und sachlich gerechtfertigt - eingeschränkt werde. Hier sei auf die Interessenlage des betroffenen Verbrauchers und nicht auf jene des Unternehmers abzustellen. Überdies müsse eine derartige Änderungsmöglichkeit im Einzelnen ausgehandelt werden, dies sei durch die Aufnahme in die AGB nicht der Fall.

Letztlich rechne der Konsument auch im Sinne des § 864a ABGB nicht damit, dass das im gekauften Gutschein angeführte Erlebnis oder dessen Veranstalter nachträglich vom Unternehmer einseitig geändert werden könne. Intransparent sei die Klausel auch deswegen, weil sie eine schrankenlose Änderungsmöglichkeit vorsehe. Im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung im Verbandsprozess könne nicht davon ausgegangen werden, dass nur Änderungen zulässig seien, die sich aus § 15 der AGB (Klauseln sieben und acht der Klage) ergeben. Die inkriminierte Klausel wäre damit auch sinnentleert.

1.5. Die Berufungswerberin hat der Darstellung der einzelnen Berufungsgründe Ausführungen zur wirtschaftlichen Bedeutung der Entscheidungsgründe vorangestellt. Entgegen § 471 Z 3 ZPO nimmt sie darin keine Zuordnung zu den geltend gemachten Berufungsgründen vor, sondern kritisiert die angefochtene Entscheidung in mehreren Punkten. Die Beanstandungen entfernen sich teilweise vom

festgestellten Sachverhalt, sie lassen auch nicht erkennen, welcher Berufungsgrund damit zur Darstellung gebracht werden soll. Derartige Unklarheiten, die daraus resultieren, dass die Rechtsmittelgründe in unzulässiger Weise nicht getrennt ausgeführt sind, gehen zu Lasten des Rechtsmittelwerbers (RIS-Justiz RS0041761). Die entsprechenden Ausführungen haben im Berufungsverfahren daher unbeachtet zu bleiben (*E. Kodek in Rechberger*⁴ § 471 Rz 10 mwN).

1.6. Die Berufung ist nach den einzelnen Klauseln gegliedert und nicht nach Berufungsgründen. Die Berufungsentscheidung folgt diesem Aufbau aus Gründen der Übersichtlichkeit und behandelt daher die Klauseln der Reihe nach und geht auf die geltend gemachten Berufungsgründe bei den einzelnen Klauseln ein.

Die Berufung wiederholt zur Klausel 1 im Wesentlichen das erstinstanzliche Vorbringen. Sie weist neuerlich darauf hin, dass die Regelung zwei getrennte Sätze und somit auch zwei getrennt zu behandelnde Klauseln enthalten würde. Es seien damit rechtlich unterschiedliche Fragen - die Haftung für die ursprüngliche Auswahl von Veranstaltern und Erlebnissen einerseits und die nachträgliche Vertragsänderung andererseits - geregelt. Es handle sich daher um mehrere selbstständige Klauseln. Nach der Rechtsprechung müsse insbesondere die räumliche Nähe mehrerer Sätze gerade nicht dazu führen, dass sie eine einheitliche Klausel bilden würden.

Einen Verfahrensmangel erblickt die Beklagte darin, dass die beantragte demoskopische Umfrage dazu nicht durchgeführt worden sei, ob einem Verbraucher in laienhafter Parallelwertung klar sei, dass Veranstalter aus Umständen, die nicht in der Sphäre der Beklagten lägen,

ausfallen könnten und somit die Veränderlichkeit des Leistungsangebots per se für den Verbraucher nicht überraschend sei. Wäre diese Umfrage durchgeführt worden, wäre das Erstgericht zu einem rechtlich anderen Ergebnis und einer anderen Feststellung gekommen. Der Konsument rechne durchaus damit, dass ein in einem von ihm gekauften Gutschein angeführtes Erlebnis oder dessen Veranstalter nachträglich von der Beklagten geändert werden könnte.

In ihrer Beweisrüge bekämpft die Beklagte folgende ihres Erachtens nach dislozierte Feststellungen:

... da der Konsument nicht damit rechnet, dass das in einem von ihm gekauften Gutschein angeführte Erlebnis oder dessen Veranstalter nachträglich von der Beklagten geändert werden kann.

... da Konsumenten nicht mit einer nachträglichen Änderung der Beschreibung des Erlebnisses und somit einer Leistungsänderung der Hauptleistung rechnen müssen.

... Da Konsumenten nicht damit rechnen müssen, dass derartige Änderungsmöglichkeiten bestehen.

Als Ersatzfeststellung wünscht die Beklagte:

Es lässt sich nicht feststellen, dass der Konsument nicht damit rechnet, dass das in einem von ihm gekauften Gutschein angeführte Erlebnis oder dessen Veranstalter nachträglich von der Beklagten geändert werden kann.

Da die bekämpften Feststellungen nach Ansicht der Beklagten durch keinerlei Beweiswürdigung gedeckt seien, müsse die begehrte Negativfeststellung getroffen werden.

In ihrer Rechtsrüge wendet sich die Beklagte in Wiederholung ihrer bereits in erster Instanz vorgebrachten Argumente gegen die Beurteilung der Klausel als gröblich benachteiligend und intransparent. Intransparenz sei des-

halb nicht gegeben, weil die Klausel an sich klar ein schrankenloses Änderungsrecht statuieren. Das sei dennoch nicht benachteiligend, da sich die Einschränkung dieses Änderungsrechtes in § 15 der ABG finde.

1.7. Das Berufungsgericht erachtet die Rechtsansicht des Erstgerichts insgesamt als zutreffend (§ 500a ZPO).

1.8. Die Beklagte vermag keinen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen. Die Frage der Überraschungseignung einer Klausel im Sinne des § 864a ABGB ist eine Rechts- und keine Tatfrage und kann daher keinesfalls durch das Durchführen einer demoskopischen Umfrage gelöst werden. Es ist in diesem Zusammenhang auch nicht entscheidend, ob irgendjemandem (auch nicht einer bestimmten Gruppe oder einer nach demoskopischen Grundsätzen ermittelten Bevölkerungsgruppe) grundsätzlich irgendetwas klar ist, sondern es ist konkret zu beurteilen, ob eine bestimmte Klausel - so wie sie in den AGB platziert ist - für den Konsumenten überraschend sein kann. Ob im Vorfeld eine wie auch immer zu ermittelnde Gruppe von Menschen mit etwas rechnen muss oder nicht, hat mit der Frage, ob an der konkreten Stelle der AGB eine Berechtigung zur Leistungsänderung zu erwarten ist, nichts zu tun. Ein Verfahrensmangel liegt daher keinesfalls vor.

1.9. Die Beweistrüge versagt aus mehreren Gründen. Die bekämpften „dislozierten Feststellungen“ sind Teil der rechtlichen Beurteilung zur Frage der Überraschungseignung der Klausel im Sinne des § 864a ABGB. Die Beschreibung des Horizontes des Konsumenten ist ein Teil dieser Beurteilung. Selbst wenn man diese Ausführungen als dislozierte Feststellungen werten möchte, führt die Beweistrüge der Beklagten nicht zum Erfolg. Die begehrte

Negativfeststellung hat auf die rechtliche Beurteilung keinerlei Einfluss.

Es geht bei der Frage der Beurteilung der Überraschungseignung nach § 864a ABGB nicht um die Frage, ob der Konsument grundsätzlich damit rechnet, dass irgendetwas geändert werden kann, sondern um die konkrete Beurteilung der Vorschrift. Es kommt zum einen darauf an, ob der Konsument mit etwas rechnen muss, und nicht, womit mancher Konsument vielleicht rechnet. In diese Richtung sind die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung des Ersturteiles auch zu verstehen, weshalb sie auch keine dislozierten Feststellungen darstellen. Zum anderen ist relevant, wo sich die entsprechende Klausel findet. Darüber sagt die begehrte Negativfeststellung aber keinesfalls etwas aus, weshalb die Beweisrüge auch deshalb ins Leere gehen muss.

1.10. Zur Rechtsrüge:

1.10.1. Dass es sich um keine einheitliche Klausel handeln soll, überzeugt nicht. Richtig ist, dass die räumliche Nähe für die Frage der Einheitlichkeit nicht (allein) entscheidend ist. Es kommt auf einen materiell eigenständigen Regelungsbereich an und darauf, ob die Bestimmungen voneinander isoliert wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187). Bei getrennter Betrachtung der beiden Sätze verlöre allerdings der erste Satz jeglichen Bedeutungsgehalt. Die Aussage, die Beklagte lasse bei der Auswahl der Veranstalter und den Erlebnissen größtmögliche Sorgfalt walten, ist für sich betrachtet nicht mehr als die Wiedergabe einer Herangehensweise, die nur im Zusammenschau mit dem zweiten Satz überhaupt einen Bedeutungsgehalt erlangt. Würde man ihr einen eigenen Bedeutungsgehalt zuerkennen und die beiden Sätze getrennt

beurteilen wollen, wäre sie aber jedenfalls intransparent und somit für die Beklagte auch nichts gewonnen, weil dadurch dem Verbraucher suggeriert werden könnte, dass bei Außerachtlassung dieser Sorgfalt irgendwelche Rechtsfolgen eintreten würden; normiert werden solche allerdings gerade nicht. Das Berufungsgericht teilt daher die Rechtsansicht des Erstgerichtes, das diese beiden Sätze als eine Klausel angesehen und beurteilt hat.

1.10.2. Die inkriminierte Klausel ist jedenfalls gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Nicht verbindlich sind nach letztgenannter Bestimmung Klauseln, sofern der Unternehmer nicht beweist, dass sie im einzelnen ausgehandelt worden sind, nach denen der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist.

Es wird in der Klausel ein schrankenloses Änderungsrecht statuiert, das in Anlegung der Kriterien beider Bestimmungen den Konsumenten gröblich benachteiligt. Es muss in diesem Fall nicht einmal die nach der ständigen Rechtsprechung gebotene kundenfeindlichste Auslegung herangezogen werden, um zum Ergebnis zu gelangen, dass die Änderung nach Gutdünken der Beklagten in jedem erdenklichen Umfang erfolgen kann.

Das führt allerdings nicht dazu, dass sich der Gesetzgeber die Regelungen des § 864a ABGB hätte „sparen“ können, sondern gibt es dafür unterschiedliche Anknüpfungspunkte. Nicht selten halten Klauseln (wie hier) mehreren Prüfkriterien nicht stand, das hat entgegen der An-

sicht der Beklagten aber nicht zur Folge, dass diese Kriterien deshalb hinfällig wären.

1.10.3. Es kann daher letztlich dahingestellt bleiben, ob die Klausel in ihrer Schrankenlosigkeit auch intransparent ist oder ob die Schrankenlosigkeit offensichtlich ist.

1.10.4. Auch die Berufung auf den § 15 der AGB überzeugt nicht. Die Beklagte übersieht, dass im Verbandsprozess nicht die von ihr ins Treffen geführte kundenfreundliche Auslegung heranzuziehen ist sondern die von der Rechtsprechung vorgegebene kundenfeindlichste. Nach dieser ist keineswegs klar, dass diese Klausel und das von ihr statuierte Änderungsrecht den Schranken des § 15 AGB (die Klauseln 7 und 8, die ohnehin noch gesondert auf ihre Gültigkeit zu untersuchen sind) unterliegt.

2. Zu Klausel 2, 3 und 5:

2.1. Die bekämpften Klauseln lauten wie folgt:

Klausel 2: *„Die Gültigkeit entspricht für alle Gutscheine der gesetzlichen Verjährungsfrist und beträgt grundsätzlich 36 Monate ab dem Gutscheineinkauf (Datum der Auftragsbestätigung), sofern auf dem Gutschein kein abweichendes Datum aufgedruckt ist (bspw. Aktionsgutschein mit eingeschränkter Gültigkeit). Das aufgedruckte Gültigkeitsdatum auf dem Gutschein ist für die Gültigkeit maßgeblich. Innerhalb dieser Gültigkeit kann der Wert eines Gutscheines auf der Website verwendet werden.“* (Punkt 4.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

Klausel 3: *„Die Gültigkeit von Gutscheinen kann nicht verlängert werden.“* (Punkt 4.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

Klausel 5: *„...Der so neu erworbene Gutschein wird wie im Zuge eines Gutscheinkaufs behandelt und erhält da-*

mit eine neue Gültigkeit gemäß § 4 dieser AGB.“ (Punkt 12.1 3. Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

2.2. Der Kläger bringt dazu vor, Klausel 2 sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da sie die Rechtslage unrichtig darstelle. Die allgemeine Verjährungsfrist betrage 30 Jahre, die Klausel nehme auf eine „gesetzliche Verjährungsfrist“ von 36 Monaten Bezug. Sie verstoße überdies gegen § 879 Abs 3 ABGB, da es sich bei der Einschränkung auf diese dreijährige Verjährungsfrist um eine gröbliche Benachteiligung des Konsumenten handle. Nach Ablauf der Frist würde die Beklagte leistungsfrei. Sie gewähre zwar eine Umtauschmöglichkeit, diese sei jedoch mit einer Bearbeitungsgebühr verbunden und erneut befristet. Es fehle auch an der sachlichen Rechtfertigung für die Verkürzung der Frist und sei die Klausel sowohl überraschend als auch nachteilig gemäß § 864a ABGB.

Die Unzulässigkeit der Klauseln 3 und 5 ergebe sich aus ihrer Bezugnahme auf die Dauer der Gültigkeit von Gutscheinen. Ohne Klärung dieser Frage wäre die Klausel 3 sinnlos und deshalb unzulässig, Klausel 5 enthalte eine ausdrückliche Bezugnahme.

2.3. Die Beklagte entgegnet, überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB sei die Klausel keinesfalls, da sie sich im § 4 der AGB bei der Überschrift Gültigkeit/Verlängerung/Übertragbarkeit, also durchaus an einem Ort finden würde, wo der verständige Leser sie auch erwarten würde. Es sei dem Kunden überdies auch bewusst, dass eine Gültigkeitsdauer von 30 Jahren für derartige Gutscheine nicht realistisch sei.

Im Hinblick auf die gröbliche Benachteiligung sei entscheidend, ob die Anspruchsverfolgung durch den Berechtigten übermäßig erschwert würde. Hier sei zu berück-

sichtigen, dass nicht verwendete Gutscheine innerhalb ihrer Gültigkeitsdauer jederzeit gegen andere Gutscheine eingetauscht werden könnten und diese wiederum eine dreijährige Gültigkeit aufweisen würden. Die dafür verrechnete Bearbeitungsgebühr von € 15,-- sei gering und stehe in einem angemessenen Verhältnis zur Verlängerung der Gutscheindauer. Die Verkürzung der Frist sei auch sachlich gerechtfertigt. Die Beklagte müsse eine kaum überblickbare Anzahl an Gutscheinen verwalten und habe daher ein legitimes Interesse, innerhalb eines überblickbaren Zeitraums Klarheit über die von ihr zu erbringenden Leistungen zu erlangen. Die Einlösung setze überdies voraus, dass der jeweilige Veranstalter das Erlebnis noch anbieten würde. Es sei in Vertragsverhandlungen mit Veranstaltern nicht durchsetzbar, dass sich diese verpflichten würden, die Gutscheine mehr als ein Jahr nach ihrer Ausstellung noch zu den Preisen und Bedingungen einzulösen, die zum Begebungszeitpunkt geherrscht hätten. Dies bedeute bereits bei der Dreijahresfrist ein ständiges Nachverhandeln.

Überdies biete die Beklagte ihre Leistungen als öffentlicher Dienstleister im Sinne des § 1486 Z 6 ABGB an. Die Rückforderung von Forderungen an diese Personen unterliege von Gesetz wegen einer Dreijahresfrist.

Zu Klausel 3 würde die Klägerin keinerlei Argumente vorbringen, warum diese unzulässig wäre. Im Verbandsverfahren sei jede Klausel eigenständig zu beurteilen. Die Verlängerung der Gültigkeit von Gutscheinen habe mit der ursprünglichen Gültigkeitsdauer der Gutscheine nichts zu tun.

Klausel 5 sei eigenständig und nicht unzulässig.

2.4. Das Erstgericht erachtete Klausel 2 als ungültig. Zu berücksichtigen sei, dass die Beklagte bei einem Gutscheinkauf den entsprechenden Gutscheinwert vom Erwerber sofort erhalte. Das Recht, mit einem Gutschein aus dem Warensortiment des Ausstellers Waren zu beziehen, verjähre grundsätzlich innerhalb von 30 Jahren. Die Klausel sei daher bereits intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da die Rechtslage hinsichtlich der gesetzlichen Verjährungsfrist unrichtig dargestellt werde. Die Vereinbarung einer kürzeren Verjährungsfrist sei zwar grundsätzlich zulässig, uneingeschränkt aber nur dann, wenn sie zwischen zumindest annähernd gleich starken Vertragspartnern individuell vereinbart werde. Sei sie in AGB enthalten, unterliege sie der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB. Entscheidend sei, ob die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschwert würde. Je kürzer die Verfallsfrist sei, desto triftiger müsse der Rechtfertigungsgrund sein.

Zwar könne innerhalb der dreijährigen Frist der Gutschein in einen neuen mit einer neuen Gutscheingültigkeit von drei Jahren umgetauscht werden, dies aber nur gegen Bezahlung von EUR 15,--. Da Gutscheine bereits um EUR 16,-- angeboten würden, sei dies kein geringfügiger Betrag. Es könnte eine Vielzahl von Gründen geben, dass der Kunde innerhalb der Dreijahresfrist die Leistung nicht konsumieren könne. Alleine den Gutschein zu haben, liege nicht im Interesse des Gutscheinerwerbers. Die Klausel sei daher auch gröblich benachteiligend, die Beklagte werde leistungsfrei sobald die Frist abgelaufen sei. Es stünde der Beklagten frei, mit ihren Vertragspartnern andere Dispositionen zu treffen oder die Benachteiligung

des Gutscheininhabers durch eine Rückzahlungsmöglichkeit zu verhindern.

§ 1486 Z 6 ABGB sei nicht anwendbar, da diese Regelung nur bestimmte selbstständige Berufsgruppen zusammengefasst als „freie Berufe“ umfasse. Die nach dieser Bestimmung geltende dreijährige Verjährungsfrist für die Ansprüche auf Rückgabe von Vorschüssen fände ihre Rechtfertigung auch in dem Umstand, dass im Rahmen von Schuldverhältnissen, die typischerweise zu Erzielung eines selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbs eingegangen würden, Entgelt und Vorschüsse auf das Entgelt im Allgemeinen feste Bestandteile in der Kalkulation des Tätigkeitsschuldners zur Abdeckung seiner laufenden Ausgaben darstellen würden. Zudem sei der Anspruch auf Leistung im Gegenwert des Gutscheinwertes nicht mit einer Rückforderung eines Vorschusses vergleichbar.

Die Unzulässigkeit der Klausel 3 ergebe sich aus der Bezugnahme auf die in Klausel 2 festgelegte Gültigkeitsdauer von 36 Monaten. Sie schließe jede Verlängerung aus und wäre ohne den Bestand der Klausel 2 sinnentleert. Für Klausel 5 gelte dasselbe, sie verweise auch ausdrücklich auf den ungültigen § 4 der AGB.

2.5. Die Berufung wiederholt in ihrer Rechtsrüge im Wesentlichen das erstinstanzliche Vorbringen. Sie verweist neuerlich auf § 1486 Z 6 ABGB, der Gutscheinkauf entspreche einer Vorschusszahlung. Weiters führt sie die Verlängerungsmöglichkeit ins Treffen. Damit ergäbe sich de facto eine sechsjährige Frist, die Gebühr von EUR 15,-- sei entgegen der Ansicht des Erstgerichtes sehr wohl geringfügig. Solche Gebühren würden den Kunden auch nicht gröblich benachteiligen, ihre Pauschalierung sei zulässig. Als sekundären Feststellungsmangel rügt die Be-

klagte das Fehlen der Feststellung, dass die Bearbeitungsgebühr von EUR 15,-- nicht einmal den internen Aufwand für so einen Gutscheintausch decke. Dies sei relevant, da eine solche Gebühr nicht gröblich benachteiligend sein könne.

Weiters gerügt wurde die unterlassene Feststellung der zu treffenden Vorsorgemaßnahmen betreffend Veranstalter und Erlebnisse bei einer längeren Gutscheingültigkeit, weiters, dass die Verfügbarkeit von Veranstaltern nicht mehr als drei Jahre am Stück gewährleistet werden könne.

Als sekundärer Feststellungsmangel wird auch gerügt, dass festzustellen wäre, der Beginn der jeweiligen Verjährungsfrist sei durch einen Aufdruck auf dem Gutschein klar bestimmt.

Auch die sachliche Rechtfertigung sei gegeben. Der Oberste Gerichtshof habe bei anderen Branchen (Massenverkehrsunternehmen 7 Ob 75/11x, Telekommunikationsanbieter 4 Ob 227/09w) vergleichbare Verkürzungen der Verjährungsfrist gebilligt. Einschlägig sei auch die Entscheidung 5 Ob 87/15b: In einem Fitnessstudio-Vertrag könne vereinbart werden, dass das allfällige Guthaben auf der Mitgliedskarte nur bis zu einem Jahr nach Vertragsbeendigung zurückgefordert werden könne.

In ihrer Beweisrüge bekämpft die Beklagte folgende ihres Erachtens nach dislozierte Feststellungen:

Soweit die Beklagte einwendet, dass sie selbst mit ihren Partnerunternehmen (Veranstaltern) nur einjährige Verträge abschließt, ist ihr entgegenzuhalten, dass es ihr freisteht, entsprechend andere vertragliche Dispositionen zu treffen oder etwa durch das Vorsehen einer

Rückzahlungsmöglichkeit eine Benachteiligung des Gutscheininhabers zu verhindern.

Sie wünscht folgende Ersatzfeststellung:

In Vertragsverhandlungen ist nicht durchsetzbar, dass sich ein Veranstalter verpflichtet, Gutscheine der beklagten Partei mehr als ein Jahr nach ihrer Ausstellung noch einzulösen.

Das Erstgericht hätte bei richtiger Beweismwürdigung der Aussage des Geschäftsführers der Beklagten diese Ersatzfeststellung zu treffen gehabt. Sie sei auch rechtlich relevant, ginge es doch um die sachliche Rechtfertigung für die Verkürzung der Gültigkeitsfrist der Gutscheine.

Weiters bekämpft wird folgende Feststellung:

Wenn die Beklagte eine dreißigjährige Gutscheingültigkeit gewährleisten müsste, müsste sie die Gutscheine um etwa den doppelten Preis anbieten, um die Gutscheingültigkeit von 30 Jahren gewährleisten zu können.

Beantragt wird folgende Ersatzfeststellung:

Wenn die Beklagte eine dreißigjährige Gutscheingültigkeit gewährleisten müsste, müsste sie die Gutscheine um etwa den doppelten Preis anbieten, um die Gutscheingültigkeit von 30 Jahren gewährleisten zu können, doch wäre das praktisch nicht zu bewerkstelligen, eine dreißigjährige Erfüllbarkeit von Gutscheinen kann praktisch nicht gesichert werden.

Der Geschäftsführer der Beklagten habe auch ausgesagt, es sei praktisch gar nicht denkbar, eine derart lange Gutscheingültigkeit zu vereinbaren, dies wäre ein Geschäftsaufgabegrund.

Zur Geltungskontrolle nach § 864a ABGB macht die Beklagte neuerlich das Unterlassen der demoskopischen Um-

frage als Verfahrensmangel geltend. Sie hätte zu dieser Frage durchgeführt werden müssen, um festzustellen, dass Verbraucher mit kürzeren Fallfristen rechnen würden und die Klausel deshalb nicht überraschend sei. Der Satz im Ersturteil: *weil Verbraucher nicht damit rechnen, dass Gutscheine nach 36 Monaten nach dem Gutscheinkauf verjährten beziehungsweise verfallen,* wurde auch im Rahmen einer Beweisrüge als dislozierte Feststellung bekämpft.

Als Ersatzfeststellung wird die Feststellung: *Verbraucher rechnen nicht damit, dass Gutscheine länger als 36 Monate gültig sind,* gewünscht.

Hiezu wären ausreichend Unterlagen vorgelegt worden, nach denen die Feststellung zu treffen gewesen wäre.

In der Rechtsrüge dazu geht die Beklagte neuerlich auf die Platzierung der Bestimmung bei „Gültigkeit/Verlängerung/Übertragbarkeit“ ein. Dass diese Platzierung nicht festgestellt wurde, wird auch als sekundärer Feststellungsmangel gerügt.

Zur Klausel 3 wird moniert, dass diese keine Bezugnahme auf die Klausel 2 enthalte und deshalb gültig sei. Die Gültigkeit von Gutscheinen könne sich nicht nur aus Klausel 2 sondern auch aus dem Gesetz ergeben.

Klausel 5 enthalte zwar die Bezugnahme, es sei aber eine sinnlose Überfrachtung des Prozessstoffes bei Verbandsprozessen, wenn die oberstgerichtliche Rechtsprechung hier so angewendet werde, dass an sich zulässige Klauseln unzulässig würden.

Zur Klausel 2:

2.6. Zur Beweisrüge:

Die von der Beklagten als disloziert bekämpfte Feststellung betreffend die Möglichkeit, andere vertragliche Dispositionen mit ihren Veranstaltern zu treffen oder eine Rückzahlungsmöglichkeit vorzusehen, ist Teil der vom Erstgericht vorgenommenen rechtlichen Beurteilung, die sich mit der Frage der sachlichen Rechtfertigung der hier verkürzten Verjährungsfrist beschäftigt. Im Rahmen dieser vorzunehmenden Interessenabwägung hat das Erstgericht Überlegungen angestellt, welche Möglichkeiten der Beklagten zur Verfügung stünden. Diese Überlegungen sind Teil der rechtlichen Beurteilung und für eine Interessenabwägung letztlich auch unerlässlich. Sie sind daher prinzipiell einer Feststellungsrüge nicht zugänglich. Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass die gewünschte Ersatzfeststellung, ob etwas in Vertragsverhandlungen durchsetzbar wäre, so wohl kaum getroffen werden könnte. Dabei kann es sich nur um eine zusammenfassende Einschätzung einer (derzeitigen?) Lage handeln, die von vielen einzelnen Faktoren abhängt und in ihrer Allgemeinheit („in Vertragsverhandlungen ist nicht durchsetzbar“) als Aussage wohl kaum haltbar wäre.

Betreffend die Feststellung, was wäre, wenn die Beklagte eine 30-jährige Gutscheingültigkeit gewährleisten müsste, ist zu sagen, dass die hier gewünschte Ersatzfeststellung zum einen keine solche ist, da sie die gerügte Feststellung vollinhaltlich wiederholt und lediglich nachstellt, „doch wäre das praktisch nicht zu bewerkstelligen. Eine 30-jährige Erfüllbarkeit von Gutscheinen kann praktisch nicht gesichert werden.“ Hier gilt ähnliches wie das oben Gesagte. Was praktisch nicht zu bewerkstelligen oder praktisch nicht zu sichern ist, ist wiederum eine zusammengefasste Einschätzung einer

Situation, die als solche in dieser Allgemeinheit wohl keiner Feststellung zugänglich wäre, weshalb auch aus diesem Grund die Beweisrüge scheitert.

Die gerügte Feststellung ist auch gar nicht entscheidungserheblich, da es nicht darum geht, der Beklagten aufzuerlegen, eine 30-jährige Gültigkeitsdauer ihrer Gutscheine zu gewährleisten. Hier ist lediglich die - grundsätzlich zulässige - Einschränkung der gesetzlichen 30-jährigen Frist in der konkret gewählten Ausgestaltung zu beurteilen. Ein Ergebnis, dass die hier vorgenommene Ausgestaltung der Einschränkung auf 36 Monate sachlich nicht gerechtfertigt ist, ist nicht gleichbedeutend damit, dass die gesetzliche 30-jährige Frist keinesfalls reduziert werden dürfte.

Insoweit ist diese Feststellung des Erstgerichtes auch überschießend und wird daher vom Berufungsgericht ausdrücklich nicht übernommen.

2.7. Zur Rechtsrüge:

Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908 [T5]). Dies gilt auch für eine in AGB enthaltene Verkürzung der Verjährungsfrist.

2.7.1 Die Ansicht der Beklagten, für die Ausgabe ihrer Gutscheine müsse die Verjährungszeit gemäß § 1486 Z 6 ABGB gelten, überzeugt nicht. Wie bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, gilt die kurze Verjährungsfrist für die sogenannten „freien Berufe“ und besteht ihre Rechtfertigung nicht nur in Beweisschwierigkeiten, sondern vor allem darin, dass im Rahmen von Schuldverhältnissen, die typischerweise zur Erzielung eines selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbs einge-

gangen werden, Entgelt und Vorschüsse auf das Entgelt im Allgemeinen feste Bestandteile in der Kalkulation des Tätigkeitsschuldners zur Abdeckung seiner laufenden Ausgaben darstellen. Richtig ist, dass der Passus „zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt“ nicht bedeutet, dass eine öffentlich-rechtliche Bestellung oder Ernennung erforderlich wäre. Es geht um eine öffentliche, das heißt der Allgemeinheit bekannte Berufsausübung. Der Anwendungsbereich des § 1486 Z 6 ABGB umfasst sowohl eine Geschäftsbesorgung, also die Vornahme von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen, sowie ganz allgemein die „Besorgung gewisser Angelegenheiten“ aufgrund selbstständiger Tätigkeit (vgl dazu 10 Ob 148/05w). In dieser Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof auch den Berufsstand der Privatdetektive von dieser Bestimmung als umfasst angesehen.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich aber klar, dass die Vornahme von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen oder die Besorgung gewisser Angelegenheiten aufgrund selbstständiger Tätigkeit nicht den Geschäftsbereich der Beklagten beschreibt. Allein der Umstand, dass die Beklagte ihr Angebot über eine Internetseite vertreibt, lässt ihren Geschäftszweig noch nicht unter die hier gemeinten freiberuflichen Tätigkeiten fallen.

Es hat daher bei der grundsätzlich geltenden 30-jährigen Verjährungsfrist zu bleiben.

2.7.2. Aus der grundsätzlichen gesetzlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren ergibt sich bereits der Umstand, dass die Klausel intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG ist. Sie stellt die Rechtslage unrichtig dar, indem sie auf eine gesetzliche Verjährungsfrist von 36 Monaten verweist. Das Transparenzgebot soll eine durchschaubare,

möglichst klare und verständliche Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sicherstellen. Dies um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115219 [T9]). Im Hinblick auf dieses Richtigkeitsgebot ist die Klausel daher jedenfalls bereits als intransparent anzusehen.

2.7.3. Zur Frage, ob die Gebühr von EUR 15,-- als solche gröblich benachteiligend oder ausreichend geringfügig sei beziehungsweise ihre Pauschalierung unzulässig sei, geht die Argumentation der Beklagten am Thema vorbei. Die hier zu beurteilende Klausel ist nicht aufgrund des Umstandes der Gebühr von EUR 15,-- als gröblich benachteiligend zu qualifizieren. Grund für die gröbliche Benachteiligung ist die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist. Die Beklagte führt dagegen ins Treffen, es gebe ohnehin eine Verlängerungsmöglichkeit. Diese verlängert aber die ursprüngliche Gutscheindauer weder automatisch noch kostenlos und ist deshalb in diesem Zusammenhang nicht ausreichend. Dies ist von der Frage zu unterscheiden, ob die grundsätzliche Festsetzung einer pauschalierten Bearbeitungsgebühr von EUR 15,-- zulässig ist oder nicht; diese Frage ist allerdings hier nicht zu beurteilen. Die hier statuierte Verlängerungsmöglichkeit führt aber jedenfalls nicht dazu, dass de facto eine sechsjährige Gültigkeitsdauer gegeben ist. Zu beurteilen bleibt daher die Gültigkeitsdauer von 36 Monaten.

2.7.4. Die von der Beklagten hinsichtlich der Frage, ob die hier vorgenommene Fristverkürzung sachlich

gerechtfertigt ist, ins Treffen geführten oberstgerichtlichen Entscheidungen betreffen alle Fälle, in denen ein weiteres sachliches Kriterium für die Verkürzung der Frist hinzugetreten ist. Das hat im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung jeweils den Ausschlag gegeben. In 7 Ob 75/11y ging es um ein Massenverkehrsunternehmen und die Frage der Fälschungssicherheit. Entscheidend war, dass der schrankenlose Umlauf von Reise Gutscheinen im dortigen Fall auch für die dort Beklagte als unzumutbar angesehen wurde. Im Übrigen hat die dort Beklagte eine Einlösefrist für die Gutscheine mit Umtausch in neue Gutscheine ohne Manipulationsgebühr und die Möglichkeit der Auszahlung des Bargeldebetrages vorgesehen, weshalb insgesamt eine fünfjährige Frist zur Verfügung stand, die in der Interessenabwägung gegenüber der Frage des Umlaufes von vielen Reise Gutscheinen, die einem gewissen Fälschungsrisiko unterliegen, den Ausschlag gegeben hat. In 4 Ob 227/09w betreffend einen Telekommunikationsanbieter ging es um die Frage, wie lange es einem Telekommunikationsanbieter zumutbar ist, Restguthaben seiner Kunden zu verwalten.

Eine ähnliche Fragestellung behandelt 5 Ob 87/15b, wo Klauseln eines Fitnessstudios zu beurteilen waren, die Guthaben auf der Mitgliedskarte nach Vertragsbeendigung betrafen. Diese Konstellation ist mit der hier gegebenen allerdings nicht zu vergleichen. Der primäre Geschäftszweig des Fitnessstudios liegt in der Zurverfügungstellung der Trainingsmöglichkeiten gegen die periodisch zu entrichtende Gebühr. Die Verwaltung von Restguthaben nach Vertragsbeendigung stellt einen zusätzlichen Manipulationsaufwand für ein solches Unternehmen dar.

Die Beklagte hingegen betreibt ausschließlich einen Geschäftszweig, dessen Ablauf notwendigerweise vorsieht, Gutscheine zur Verfügung zu stellen, die gegen Erlebnisse bei verschiedenen Veranstaltern eingetauscht werden können.

2.7.5. Grundsätzlich endet das Recht, mit einem Gutschein aus dem Warensortiment des Ausstellers Waren zu beziehen, innerhalb von 30 Jahren. Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Verjährungsfrist wird in ständiger Rechtsprechung zwar für zulässig erachtet. Uneingeschränkt zulässig ist die Fristverkürzung aber nur dann, wenn sie zwischen zumindest annähernd gleich starken Vertragspartnern individuell vereinbart wurde. Verfallsklauseln sind dann sittenwidrig, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren. Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, desto triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein. Jedenfalls ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (7 Ob 22/12d mwN).

Für die hier zu beurteilende Konstellation ist die Entscheidung 7 Ob 22/12d betreffend eine mit der Beklagten vergleichbaren Anbietersituation heranzuziehen. In dieser Entscheidung hatte sich der Oberste Gerichtshof auch mit einem Fall eines Anbieters von Gutscheinen, die bei einem dritten Vertragspartner einzulösen sind, zu befassen und hat dazu unter anderem ausgeführt:

Bei der vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung ist Folgendes zu bedenken:

Die Leistung der Beklagten besteht darin, dass sie mit sogenannten Partnerbetrieben Verträge abschließt, in denen sich diese bereit erklären, gegen Ausfolgung von Gutscheinen, die die Beklagte auf einen bestimmten vom

Erwerber bezahlten Geldbetrag ausstellt, bestimmte Leistungen (hier im Zusammenhang mit Thermalbesuchen) an den Inhaber zu erbringen. Der Inhaber hat die Wahl, bei welchem der im Zeitpunkt der Abrufung vorhandenen Partnerbetriebe er den Gutschein für welche Leistung einlösen will. Die Beklagte verpflichtet sich also mit dem Gutschein nicht, die dem Gutscheininhaber zukommende Leistung im Zusammenhang mit Thermalbesuchen selbst zu erbringen, sie bietet nur die Möglichkeit, aus einer Vielzahl von Partnerbetrieben und Leistungen zu wählen. Einen anderen Vorteil bietet der Gutschein nicht. Die geschuldete Leistung der Beklagten ist also nicht mit der Ausstellung des Gutscheins erbracht, sondern beinhaltet auch die Verpflichtungen des Bereitstellens von Wahlmöglichkeiten zur Realisierung einer Gegenleistung im Wert der Höhe der erworbenen Gutscheine und der Verwaltung eines Verzeichnisses der Partnerbetriebe. Die Beklagte erbringt ihre vertragliche Leistung auch, wenn kein Vertrag zwischen Partnerbetrieb und Gutscheininhaber zustande kommt. Es handelt sich hier um einen Vertrag sui generis. Die Beklagte bietet aber nicht nur ihre Dienste beschränkt auf zwei Jahre gegen Entgelt an, sondern erklärt die Gutscheine selbst, also die Möglichkeit der Abrufung gegenüber den Partnerbetrieben, nach Ablauf von zwei Jahren für „ungültig“ oder „verjährt“, was bedeutet, dass der Geldbetrag vom Erwerber in diesem Fall ohne durchsetzbare Gegenleistung hingegeben wurde.

Zu bedenken ist nun, dass der Beklagten der dem Gutschein entsprechende Geldbetrag vom Erwerber sofort übergeben wird, während sie an ein konkretes Partnerunternehmen naturgemäß erst zahlen kann, wenn sie weiß, bei welchem die Leistung abgerufen, dh der Gutschein eingelöst,

wurde. Die Beklagte muss keine Kapitalreserven bereitstellen, weil sie die verbrieften Leistungen im Zusammenhang mit Thermenbesuchen nicht selbst erbringt. Dass für die Partnerbetriebe finanzielle Vorsorge getroffen werden müsste, wurde nicht vorgebracht. Für die Partnerbetriebe ist es von vornherein nicht absehbar, ob bei ihnen Gutscheine eingelöst werden. Die Situation ist für sie nicht anders als bei Durchführung von Werbemaßnahmen. Es besteht nur die Möglichkeit, den Umsatz zu steigern. Das Entgelt der Beklagten selbst für ihre Leistungen ist aus dem Gutschein nicht ersichtlich und ergibt sich offenbar im Fall einer Einlösung von Gutscheinen aus der Verrechnung mit dem Partnerbetrieb. Ihr Entgelt ist damit auch bei einer längeren als zweijährigen Einlösefrist gesichert.

Soweit die Beklagte einwendet, sie schließe selber mit ihren Partnerunternehmen nur einjährige Verträge, es müsse ihr möglich sein, ihren Betrieb (jederzeit) einzustellen, ist ihr zu erwidern, dass es ihr freisteht, entsprechend andere vertragliche Dispositionen zu treffen oder etwa durch das Vorsehen einer Rückzahlungsmöglichkeit eine Benachteiligung des Gutscheininhabers zu verhindern.

Der vom Erwerber bezahlte Geldbetrag deckt das Entgelt für die verbrieftete Leistung und die Tätigkeit der Beklagten ab. Wird nun die Leistung des Partnerbetriebs innerhalb von zwei Jahren nicht abgerufen, so kommt der Beklagten bereits am der Verfallsfrist folgenden Tag der Gesamtbetrag zugute. Sie ist um das Entgelt für die verbrieftete Leistung (des Partnerbetriebs) bereichert, ohne dass es dafür einen sachlich gerechtfertigten Grund gibt.

Durch die in den Klauseln vorgesehene Verfallsfrist tritt eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners ein.

Demgegenüber bestehen durchaus berechtigte Interessen des Gutscheinerwerbers, dass der Gutschein länger als während zweier Jahre eingelöst werden kann. Das Argument, der Gutschein werde ohnedies verschenkt und damit der Erwerber nicht verkürzt, ist nicht überzeugend. Der Vertragswille beider Parteien ist ja nicht auf den Erwerb eines Gutscheins, also eines bloßen Papiers, gerichtet, sondern darauf, dass der Beschenkte oder jedenfalls der Inhaber des Gutscheins die Leistungen bei den Partnerbetrieben der Beklagten konsumieren kann, also eine geldwerte Gegenleistung erhält. Es kann eine Vielzahl von (auch unbeeinflussbaren) Gründen auf Seiten des Gutscheininhabers geben, die ihn daran hindern, die Gutscheine innerhalb von zwei Jahren einzulösen.

Da die Benachteiligung des Gutscheininhabers nicht durch ein besonderes Interesse der Beklagten aufgewogen wird, sind die beiden Klauseln nichtig.

Die hier zu Grunde liegende Interessenabwägung und die vorgenommene Wertung ist auf den Fall der Beklagten übertragbar. Die Interessenlage schlägt sogar noch etwas stärker zu Gunsten des Kunden aus, berücksichtigt man den Umstand, dass vom Flug über die Ferrari-Fahrt bis zum Kochkurs völlig unterschiedliche Erlebnisse angeboten werden. Das konkrete Erlebnis und der konkrete Veranstalter ist daher für den Erwerber des Gutscheines möglicherweise von noch größerem Interesse als bei einem Thermen-aufenthalt, bei dem im Normalfall der Austausch des Anbieters die Leistung nicht gravierend verändert.

Es gelingt der Beklagten im gesamten Verfahren nicht, darzulegen, warum es nicht möglich sein soll, der

von ihr immer wieder angeführten Problematik des Ausfalls einzelner Veranstalter oder der angeblichen Unmöglichkeit des Abschlusses von entsprechend langen Verträgen mit ihren Veranstaltern durch eine Barablösemöglichkeit für ihren Kunden zu begegnen. Damit würde der Vorwurf, dass die Beklagte ansonsten um den Gutschein-Betrag endgültig bereichert wäre, aus der Welt geschafft. Das Risiko, dass ein Kunde sich aufgrund eines ganz bestimmten Veranstalters oder Erlebnisses für einen Gutschein der Beklagten entscheidet und aufgrund des Ausfalles dieses Veranstalters dann nicht mehr in den Genuss eines vergleichbaren Erlebnisses kommen kann, wäre dann nicht endgültig vom Kunden zu tragen, da es die Möglichkeit gäbe (unter entsprechenden Voraussetzungen), den bezahlten Betrag zurückzuerlangen.

Zu den sekundären Feststellungsmängeln:

Für die Frage der Unzulässigkeit der Klausel spielt es keine Rolle, ob die Bearbeitungsgebühr den Verwaltungsaufwand der Beklagten deckt. Die Beklagte muss auch nicht die Existenz und Verfügbarkeit von einzelnen Veranstaltern drei Jahre am Stück garantieren weshalb auch hier kein sekundärer Mangel vorliegt. Ebensowenig entscheidend ist der (ohnehin nicht bestrittene Umstand), dass die Gültigkeitsdauer der Gutscheine auf diesen abgedruckt ist.

Das Ersturteil ist daher auch im Bezug auf diese Klausel nicht mit sekundären Feststellungsmängeln behaftet.

Zum Verfahrensmangel und zu § 864a ABGB:

Hier ist die Beklagte auf das zur demoskopischen Umfrage bereits Ausgeführte zu verweisen. Es handelt sich bei der Frage der Geltungskontrolle nach § 864a um eine Rechtsfrage, die durch demoskopische Umfragen nicht gelöst werden kann. Die Frage, womit ein durchschnittlicher Verbraucher zu rechnen hat, ist Teil der rechtlichen Beurteilung im Rahmen der Geltungskontrolle.

Es kann in diesem Zusammenhang aber dahingestellt bleiben, ob die grundsätzliche Platzierung der Bestimmung bei „Gültigkeit/Verlängerung/Übertragbarkeit“ (die Nichtfeststellung dieses Umstandes stellt keinen sekundären Feststellungsmangel dar, da dieser Umstand von niemanden bestritten wurde und über unstrittige Tatsachen keine Feststellungen zu treffen sind) im Rahmen der Geltungskontrolle ausreichend wäre. Wie bereits ausgeführt, ist die Klausel sowohl intransparent als auch gröblich benachteiligend, weshalb die Frage, ob sie darüber hinaus auch noch überraschend ist, dahingestellt bleiben kann.

Zur Klausel 3:

Nach ständiger Rechtsprechung führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040).

Die Argumentation der Beklagten, in dieser Klausel sei kein Verweis auf die Klausel 2 enthalten, die Gültigkeitsdauer der Gutscheine könne sich auch aus dem Gesetz ergeben, vermag nicht zu überzeugen. Die beiden Klauseln stehen in den AGB der Beklagten unter § 4 „Gültigkeit/Verlängerung/Übertragbarkeit“ unmittelbar untereinander. Die zuvor als Klausel 2 behandelte Bestimmung betreffend die Gültigkeitsfrist ist in der Klausel mit 4.1 bezeichnet, und unmittelbar darauf folgt die

Klausel 4.2: *Die Gültigkeit von Gutscheinen kann nicht verlängert werden.* Auch ohne ausdrückliche Bezugnahme ist hier wohl eine inhaltliche Bezugnahme nicht von der Hand zu weisen, zumal die Formulierung „Gültigkeit von Gutscheinen“ dieselbe ist wie in der vorangestellten Bestimmung und nur die vorangestellte Bestimmung inhaltlich etwas zur Gültigkeit von Gutscheinen sagt. Es wird daher für die Klausel 4.2 der AGB (= Klausel 3) das zu gelten haben, was für jede auf eine unzulässige Klausel (ausdrücklich oder wie hier jedenfalls implizit) verweisende Klausel gilt. Sie ist aufgrund der Ungültigkeit der anderen Klausel als ebenso ungültig anzusehen.

Zu Klausel 5:

Sie enthält - wie auch die Beklagte selbst konzediert - eine ausdrückliche Bezugnahme auf die als unzulässig angesehene Klausel 2. Mit der ständigen Judikatur ist sie daher bereits deshalb als unzulässig anzusehen. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt hier aus gutem Grund der Transparenz und letztlich auch der inhaltlichen Richtigkeit eines Klauselwerks den Vorzug gegenüber einer von der Beklagten angeführten Überfrachtung des Prozessstoffes. Man bedenke den Fall, dass eine als unzulässig erklärte Klausel aus welchen Gründen auch immer nicht neu formuliert oder derart anders formuliert würde, dass die Bezugnahme nicht mehr passt. Damit hinge eine Klausel, die den Verweis enthalten hat, in der Luft. Es müsste eine solche Betrachtungsweise daher langfristig auf Kosten der Transparenz und Richtigkeit gehen; das ist aber zu vermeiden.

3. Zu Klausel 4:

3.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt:

„Für Erlebnisgutscheine trägt Jollydays im Zeitraum von 12 Monaten ab Gutscheineinkauf das Risiko von Preisveränderungen. Aufgrund der Preiskalkulation und Kapazitätsplanung von Veranstaltern ist eine längere Übernahme des Preisänderungsrisikos nicht möglich“. (Punkt 5.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

3.2. Der Kläger sieht diese Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB an. Der Konsument bezahle für den Gutschein im Voraus und bekomme nachträglich das Risiko von Preisveränderungen überwältzt. Dieses Risiko müsse im Vorhinein zwischen der Beklagten als Gutscheinverkäufer und den jeweiligen Unternehmern geregelt werden. Nach Ablauf von zwölf Monaten würde es der Beklagten freistehen, nachträgliche Preiserhöhungen durchzuführen. Da dies schrankenlos möglich sei, sei die Klausel intransparent und verstoße überdies gegen die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Überdies würde ein Preisvorteil nicht an den Konsumenten weitergegeben werden. Auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG werde verstoßen, da das Änderungsrecht weder geringfügig noch sachlich gerechtfertigt sei. Im Einzelnen ausgehandelt sei die Klausel überdies nicht. Da Konsumenten damit auch nicht rechnen müssten, wäre sie auch nachteilig im Sinne des § 864a ABGB.

3.3. Die Beklagte wendet ein, die Klausel sei mit Wertsicherungsvereinbarungen zu vergleichen, deren Zulässigkeit bereits öfter in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ausgesprochen wurde. Es sei wirtschaftlich unmöglich, das Preisrisiko länger als ein Jahr zu tragen.

Im übrigen sei § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht anwendbar, da hier keine einseitige Preiserhöhung festgesetzt werde. Es werde auch keine Nachzahlung oder etwas ähnliches ver-

langt. Einschlägig sei § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, hier wäre das Kriterium der Zumutbarkeit für den Verbraucher anzulegen.

Intransparent sei die Klausel nicht, da ihre Schrankenlosigkeit deutlich sei. Überraschend sei die Klausel ebensowenig, da sie sich unter der Überschrift „Preise“ fände.

3.4. Das Erstgericht sieht die Klausel als gröblich benachteiligend an, weil sich weder Kriterien noch Beschränkungen für die vom Konsumenten zu tragenden nachträglichen Preisänderungen fänden. Eine nachträgliche Erhöhung des Preises könne für den Gutscheinkäufer allerdings nachteiliger sein, als der direkte Erwerb beim Veranstalter der Dienstleistung. Letztlich liefe das auf eine Befristung für ein Jahr hinaus, danach würde eine unbegrenzte Preisänderung möglich sein. Schon mangels Kriterien und Schranken für diese Preisänderung sei dies mit einer Wertsicherungsklausel nicht vergleichbar. Die Klausel verstoße überdies gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da das Preisänderungsrecht weder geringfügig noch sachlich gerechtfertigt sei. Sie sei überdies intransparent und verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Der Konsument müsse mit einer solchen Preisrisikoüberwälzung nicht rechnen, weshalb die Klausel auch überraschend im Sinne des § 864a ABGB sei.

3.5. Die Berufung macht geltend, es handle sich nicht um eine nachträgliche Überwälzung eines Risikos. Die gesetzliche Verteilung des Risikos von Preisänderungen dürfe vertraglich geregelt werden, dies sehe man bereits anhand von Wertsicherungsvereinbarungen, welche als zulässig erachtet würden. Im Hinblick auf die subjektive Äquivalenz seien diese auch sachlich gerechtfertigt. Weiters sei das Geschäftsmodell zu berücksichtigen, eine

längere Preisbindung der Veranstalter lasse sich in Vertragsverhandlungen nicht durchsetzen.

In diesem Zusammenhang werden sekundäre Feststellungsmängel gerügt: Das Erstgericht habe es unterlassen, festzustellen, dass eine über ein Jahr hinausreichende Preisbindung für die Beklagte gegenüber ihrem Veranstalter nicht durchsetzbar sei und dass eine Gutscheingültigkeit von 30 Jahren für die Beklagte ruinös wäre. Das Erstgericht habe im Hinblick auf § 864a ABGB auch unterlassen, festzustellen, wo die Klausel - nämlich unter der Überschrift „Preise“ - sich fände. Für den Fall einer längeren Preisgarantie müssten Gutscheinpreise um das Doppelte erhöht werden und würde diese Mehrbelastung alle Kunden treffen. Auch in diesem Zusammenhang wird ein sekundärer Feststellungsmangel behauptet.

Eine dreißigjährige Preisbindung würde unter Berücksichtigung des Verbraucherpreisindex eine Preissteigerung von 87 % außer Acht lassen und müsste die Beklagte dieses Risiko tragen. Dies wäre aber derart ruinös, dass die Beklagte ihr Geschäft aufgeben müsste.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei nur auf Entgelterhöhungen anzuwenden, darum würde es sich im konkreten Fall nicht handeln. Es erhöhe nicht die Beklagte ihre Preise, sondern ein Veranstalter. § 6 Abs 2 Z 3 KSchG käme insofern zum Tragen, als unter Umständen der Gutschein nicht mehr den kompletten Erlebnispreis nach einem Jahr abdecke. Dies sei aber dem Verbraucher zumutbar, die Klausel sei auch nicht intransparent, da die Schrankenlosigkeit des Preisänderungsrechtes ausreichend deutlich aus ihr hervorginge.

Überraschend im Sinne des § 864a ABGB sei die Klausel keineswegs, da sie unter der Überschrift „Preise“ geführt sei.

3.6.1. Mit sekundären Feststellungsmängeln ist das Ersturteil auch im Bezug auf Klausel 4 nicht behaftet. Was die Beklagte gegenüber ihren Geschäftspartnern durchsetzen kann oder nicht ist Teil ihrer Geschäftspolitik und nicht entscheidend für die Frage der Gesetz- und Sittenwidrigkeit ihrer Klauseln. Überdies ist auf das bereits zur Unbestimmtheit solcher Prognosen Gesagte zu verweisen.

Sämtliche Ausführungen, die von der Beklagten befürchtete Auswirkungen einer 30-jährigen Bindung betreffen, sind deshalb irrelevant, weil hier eine solche nicht zu beurteilen ist, sondern die von der Beklagten konkret gewählte Frist von einem Jahr, die doch deutlich von 30 Jahren entfernt ist.

3.6.2. Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, die dem Unternehmer auf sein Verlangen ein höheres als das bei Vertragsschluss bestimmte Entgelt zugestehen, es sei denn, die für die Erhöhung maßgebenden Umstände sind im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sowie dass ihr Eintritt vom Willen des Unternehmers unabhängig ist.

Da § 6 Abs 1 Z 5 KSchG insbesondere auch dazu dient, dem Verbraucher Klarheit darüber zu verschaffen, unter welchen Umständen er in welchem bestimmbaren Ausmaß mit einer Preiserhöhung zu rechnen hat, reichen allgemeine generalklauselhafte Hinweise nicht aus, um die „maßgebenden Umstände“ zu beschreiben. Es genügt nicht, etwa auf eine „Verschlechterung der Marktlage“ oder „Konjunktur“, auf „betriebswirtschaftliche Erfordernisse“ und derglei-

chen abzustellen. Zu vermeiden sind auch verwirrende Kombinationen verschiedener „Umstände“. Der bloße Hinweis auf ihr Zusammenwirken lässt den Verbraucher letztlich doch darüber im Unklaren, ob nun die Voraussetzungen für eine Preiserhöhung gegeben sind oder nicht. Derartige Unklarheiten widersprechen jedoch der Zielsetzung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (*Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 86).

Diesen Kriterien genügt die hier verwendete Klausel nicht. Es findet sich in ihr kein ausreichend determinierter Anknüpfungspunkt für das nach 12 Monaten nicht mehr von der Beklagten getragene „Preisänderungsrisiko“, das selbstverständlich in seiner Auswirkung mit einer (zumindest möglichen) Preiserhöhung gleichzusetzen ist.

Dass die Determinante für die Preiserhöhung nicht bei der Beklagten sondern deren Vertragspartnern liegt, ändert nichts an der für den Kunden gegebenen Auswirkung als faktische Preiserhöhung. Die alternative Auslegung der Beklagten selbst als Leistungsänderung - der Gutschein deckt nicht mehr das volle Erlebnis ab - ändert nichts an der Unzulässigkeit.

Das führt auch zur Intransparenz der Klausel gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Entgegen der Ansicht der Beklagten leuchtet die Schrankenlosigkeit hier nicht so deutlich hervor. Die Beifügungen „Preiskalkulation“ und „Kapazitätsplanung“ deuten nämlich auf eine gewisse Determinierbarkeit hin, die allerdings tatsächlich nicht gegeben ist, da diese beiden Begriffe zwar suggerieren, es gebe hier objektive Schranken, tatsächlich gibt es sie aber nicht.

Damit wird dem Kunden das unzutreffende oder unklare Bild seiner vertraglichen Position vermittelt, das

nach dem Transparenz- und Richtigkeitsgebot - wie bereits mehrfach dargelegt - verpönt und damit unzulässig ist.

Die nicht vorhandenen im vorhinein überprüfbaren Schranken und Regeln für die Preisänderungsmöglichkeiten nach einem Jahr führen auch zur Ungültigkeit der Klausel nach § 879 Abs 3 ABGB. Mit einer Wertsicherung, die an rechnerische und statistische Komponenten gebunden und damit sachlich nachprüfbar ist, ist diese Regelung nicht zu vergleichen.

4. Zu Klausel 6:

4.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt:

„Die Beschreibung eines Erlebnisses auf der Website entspricht zum Zeitpunkt ihrer Einstellung den Angaben des jeweiligen Veranstalters. Der Inhalt des Erlebnisses kann jedoch geringfügigen Änderungen unterliegen. Jolly-days ist bemüht, diese Änderungen in der Beschreibung des Erlebnisses auf der Website zu aktualisieren.“ (Punkt 14.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

4.2. Der Kläger macht geltend, die Bestimmung berechtere die Beklagte zu einer einseitigen nachträglichen Leistungsänderung, eine solche sei gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nur dann zulässig, wenn die Einschränkung zumutbar, geringfügig und sachlich gerechtfertigt sei. Darüberhinaus müsste eine diesen Voraussetzungen entsprechende Klausel im einzelnen ausgehandelt werden, das sei im Rahmen von AGB nicht der Fall.

Sie sei auch intransparent, überraschend und nachteilig, der Konsument brauche mit einer Leistungsänderung in dieser Form nicht rechnen.

4.3. Die Beklagte erwidert, die Klausel regle den ursprünglichen Schuldinhalt. Deshalb sei die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unanwendbar. Die Beschrei-

bung des zu vermittelnden Erlebnisses sei kontrollfreie Hauptleistung. Ebenso unanwendbar sei § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da es nicht um eine nachträgliche Änderung ginge. Selbst wenn eine Inhaltskontrolle möglich wäre, sei aufgrund der Masse von verschiedenen Veranstaltungen und Erlebnissen eine Überwachung in Echtzeit unmöglich, woraus sich die sachliche Rechtfertigung ergebe. Damit würde im übrigen auch der Konsument rechnen, weshalb auch die Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB nicht greife.

4.4. Das Erstgericht sieht die Klausel als unzulässig im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und gröblich benachteiligend an. Es werde eine nachträgliche Änderung geregelt, das ergäbe sich bereits aus dem Zusammenhang der ersten beiden Sätze. Es fehle jedoch sowohl die sachliche Rechtfertigung als auch das Aushandeln im einzelnen. Bei kundenfeindlichster Auslegung müsse die Änderung nicht einmal bekanntgemacht werden.

Sie sei auch überraschend, mit einer nachträglichen Leistungsänderung müsse der Konsument nicht rechnen, das Innenverhältnis der Beklagten zu ihren Veranstaltern sei ihm auch unbekannt.

4.5. Die Berufung wiederholt im Wesentlichen das bereits in erster Instanz erstattete Vorbringen. Es werde der ursprüngliche Schuldinhalt geregelt, weshalb die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unanwendbar sei, auch § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sei nicht anwendbar. Bei anderer Qualifizierung würde sich die sachliche Rechtfertigung aus der Vielzahl der Geschäftsbeziehungen mit einzelnen Vertragspartnern ergeben. Als sekundärer Feststellungsmangel wird gerügt, dass eine lückenlose Überwachung aller Veranstaltungsanbieter in Echtzeit nicht möglich sei und Diskrepanzen zwischen Erlebnisbeschreibungen zum tatsäch-

lichen Angebot daher niemals auszuschließen seien. Die Bemühenszusage habe keinerlei Auswirkungen auf die rechtliche Position des Kunden.

Die Klausel sei überdies nicht überraschend, da Konsumenten sich dessen bewusst seien, dass die Beklagte als Erlebnisveranstalter eine unveränderte Erfüllung durch den Dritten nicht garantieren könne.

4.6. Das Berufungsgericht erachtet die Rechtsansicht des Erstgerichts insgesamt als zutreffend (§ 500a ZPO).

4.6.1. Zu der mittels Verweis pauschal erhobenen Beweis- und Verfahrensrüge ist auf das bereits Ausgeführte zu verweisen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass keine Mängel des erstgerichtlichen Beweisverfahrens ersichtlich sind.

4.6.2. Die Klausel regelt den ursprünglichen Schuldinhalt nur insoweit, als sie im ersten Satz die Selbstverständlichkeit ausspricht, dass die Beschreibung eines Erlebnisses auf der Website zum Zeitpunkt ihrer Einstellung den Angaben des jeweiligen Veranstalters entsprechen. Alles andere wäre verwunderlich und würde bereits die ursprüngliche Vertragsgültigkeit beeinflussen.

Danach statuiert sie jedoch eine nachträgliche Leistungsänderung, wolle man ihr nicht unterstellen, dass sie bereits einen Wurzelmangel herbeiführen will. Mit der Wortfolge „Änderungen unterliegen“ wird eine Zeitkomponente ins Spiel gebracht. Etwas unterliegt im Normalfall Änderungen durch irgendwelche faktischen Geschehnisse, die wiederum voraussetzen, dass Zeit vergeht.

In ihrem dritten Satz versteckt die Klausel hinter einer „Bemühung“ der Beklagten die Information, dass sich die Änderungen unter Umständen online gar nicht heraus-

finden lassen. Das ist für sich alleine bereits intransparent.

Es handelt sich jedenfalls um eine nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zu beurteilende Leistungsänderung. Sie ist bereits mangels individueller Vereinbarung ungültig, würde darüberhinaus aber auch die sachlichen Kriterien nicht erfüllen, da keine sachliche Rechtfertigung (mag diese auch durch Gegebenheiten bei einzelnen Veranstaltern im Einzelfall konkret vorliegen) erwähnt wird.

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung entscheidet über die Geringfügigkeit der Änderung die Beklagte beziehungsweise deren Veranstalter alleine.

Das macht die Klausel sowohl sittenwidrig, weil gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, als auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG. Bezüglich der dabei heranzuziehenden Kriterien kann auf das bereits bei mehreren Klauseln Ausgeführte verwiesen werden.

5. Zu Klausel 7 und 8:

5.1. Die bekämpften Klauseln lauten wie folgt:

„Änderungen der Leistungen bei einzelnen Erlebnissen und Abweichungen in den Standorten bei Erlebnisgutscheinen oder Änderungen in der Zusammenstellung der Erlebnisse in Wahlgutscheinen (bspw. Erlebnis-Geschenkbboxen, Themengutscheine) bleiben im Rahmen des Zumutbaren vorbehalten.“

Solche Änderungen und Abweichungen erfolgen nur, soweit sie notwendig sind und den Gesamtzuschnitt des Erlebnisses oder der Erlebnisauswahl nicht wesentlich beeinträchtigen. Im Laufe der Gutscheingültigkeit kann der Inhalt oder der Ablauf des Erlebnisses abweichen.“

(Punkt 15.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)

5.2. Der Kläger bringt vor, es handle sich um ein nachträgliches Leistungsänderungsrecht.

Beschränkungen seien nur insoweit vorhanden, als vom Rahmen des Zumutbaren die Rede sei und der Notwendigkeit sowie der Frage, ob der gesamte Zuschnitt des Erlebnisses oder der Erlebnisauswahl nicht wesentlich beeinträchtigt werde. Diese Begriffe blieben unklar und würden die Klauseln daher gegen das Bestimmtheitsgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoßen. Weiters liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG vor, da auf die Geringfügigkeit und die sachliche Rechtfertigung im Rahmen des Zumutbaren nicht Bedacht genommen werde. Die Klauseln seien insoweit auch gröblich benachteiligend und überraschend, da mit derartigen Änderungsmöglichkeiten nicht zu rechnen wäre.

5.3. Die Beklagte wendet ein, der Konsument müsse damit rechnen, dass die Erfüllung durch Dritte seitens der Beklagten als Erlebnisvermittler nicht garantiert werden könne. Die Klauseln seien daher keinesfalls überraschend im Sinne des § 864a ABGB.

Gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG könnten zumutbare Änderungen auch ohne Aushandlung im einzelnen ausbedungen werden. Die Zumutbarkeit müsse sich nicht zwingend aus der sachlichen Rechtfertigung und der Geringfügigkeit ergeben.

Die Klauseln würden durch die Beschränkung auf das Notwendige, den Gesamtzuschnitt des Erlebnisses, der nicht geändert werden dürfe, und die Bezugnahme auf den Rahmen des Zumutbaren die gesetzlichen Vorgaben erfüllen.

Gemessen an dem weiten Anbieterkreis sei eine transparentere Formulierung für die Klausel nicht zu finden, sie sei daher ausreichend transparent.

5.4. Das Erstgericht sieht die Klauseln als mit § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unvereinbar an, da sie weder auf eine Geringfügigkeit noch eine sachliche Rechtfertigung der Änderung Bedacht nehmen.

Weiters seien sie intransparent, bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung könne die Notwendigkeit der Änderung von der Beklagten alleine beurteilt werden, die Begriffe seien insgesamt auch zu unbestimmt.

Mangels einer sachlichen Rechtfertigung seien die Klauseln auch gröblich benachteiligend und, da mit ihnen nicht zu rechnen wäre, auch überraschend.

5.5. Die Berufung wiederholt das bereits in erster Instanz Vorgebrachte. Die Klausel würde die gesetzlichen Vorgaben einhalten und konkretisieren, indem sie auf das Notwendige Bezug nehme, weiters auf den Rahmen des Zumutbaren und den Gesamtzuschnitt des Erlebnisses. Die Kriterien der Geringfügigkeit und der sachlichen Rechtfertigung seien in § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nur nach der Wortfolge „besonders weil“ angeführt, woraus hervorgehe, dass dem Verbraucher zumutbare Änderungen zulässig seien. Zur kundenfeindlichsten Auslegung käme es im Rahmen des Begriffes der Notwendigkeit gar nicht, dies sei ein objektiv zu verstehendes Kriterium.

Als Erlebnisvermittler sei die unveränderte Erfüllung durch Dritte eben nicht zu garantieren; hier wird auf die bereits mehrfach erhobene Beweisrüge verwiesen.

5.6. Auch im Bezug auf die Klauseln 7 und 8 teilt das Berufungsgericht im wesentlichen die Rechtsansicht des Erstgerichtes (§ 500a ZPO).

5.6.1. Zur lediglich mittels Verweis erhobenen Beweisrüge kann auf das dazu bereits Gesagte verwiesen werden.

5.6.2. An dieser Stelle ist nochmals festzuhalten, dass in vielen Fällen das ganz spezielle Erlebnis den Kunden zum Gutscheinkauf veranlassen wird. Eine Änderung dieses Erlebnisses kann daher in vielen Fällen bereits definitionsgemäß nicht geringfügig sein, lässt die Klausel bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung doch jede Änderung zu. Daran ändern auch die Einschränkungen nichts.

Es bleibt offen, wie der Rahmen des Zumutbaren zu definieren ist, vor allem aber bleibt offen, aus wessen Sicht der Rahmen des Zumutbaren gegeben sein muss. Es liegt auf der Hand, dass die Sicht des Veranstalters beziehungsweise die Sicht der Beklagten auf den Rahmen des Zumutbaren eine andere sein kann als die des Konsumenten. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ist allerdings davon auszugehen, dass der Rahmen des Zumutbaren ausschließlich von den Veranstaltern beziehungsweise der Beklagten zu definieren ist. Das kann dazu führen, dass auch eine gänzliche Änderung der konkreten Leistung als von der Beklagten im Rahmen des Zumutbaren erachtet wird und damit vom Konsumenten in Kauf zu nehmen wäre.

Ähnliches gilt für den Begriff der Notwendigkeit. Auch hier muss mit der kundenfeindlichsten Auslegung davon ausgegangen werden, dass die Beurteilung der Notwendigkeit - das liegt insbesondere bei den Erlebnissen relativ nahe - vom jeweiligen Veranstalter und in der Folge dann eben von der Beklagten beurteilt wird. Zuletzt bleibt noch die Einschränkung betreffend den Gesamtschnitt des Erlebnisses oder der Erlebnisauswahl, der nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf laut Klausel 8. Auch hier bleibt das Problem, dass unklar ist, wer die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung des Gesamtschnitts

des Erlebnisses zu beurteilen hat. Es wird hier ein Begriff verwendet, der einen sehr weiten Beurteilungsspielraum offen lässt und daher intransparent ist.

Es leuchtet ein, dass der Gesamtschnitt des Erlebnisses nicht aus jedermanns Sicht derselbe sein wird. Es hängt vom individuellen Zugang ab, ab wann der Gesamtschnitt eines Erlebnisses beeinträchtigt ist. Es kann dies im Einzelfall bereits durch die Änderung des Veranstaltungsortes gegeben sein, wenn dieser beispielsweise besonders wichtig war. In einem anderen Fall kann ein Erlebnis aufgrund eines bestimmten Beteiligten wie z.B. eines bestimmten Koches/Sportlers oder sonstigen Protagonisten gebucht werden. In so einem Fall wäre die Änderung der Person für den Konsumenten eine derartige, die seinem Gesamtschnitt des Erlebnisses beeinträchtigt.

Nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung wäre dies aber völlig irrelevant, da lediglich die Beklagte den Gesamtschnitt des Erlebnisses zu definieren hätte und in der Folge auch, was eine Beeinträchtigung dieses Gesamtschnittes wäre. Daraus ist bereits klar ersichtlich, dass die Klausel aufgrund der mehrfach unbestimmten Begriffe intransparent ist.

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ist sie jedenfalls auch gröblich benachteiligend, da hier ja nur die Maßstäbe der Veranstalter beziehungsweise der Beklagten anzulegen wären. Der letzte Satz der Klausel 8 enthält im übrigen überhaupt keine Einschränkungen der Zulässigkeit von Änderungen in Inhalt oder Ablauf von Ereignissen mehr.

Insgesamt sind daher die Klauseln 7 und 8, die auch nach Sichtweise der Beklagten einheitlich zu betrachten

sind, intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, gröblich benachteiligend und mit § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unvereinbar.

Die von der Beklagten angebotene Art der Erlebnisvielfalt verschafft ihr einen großen und vielfältigen Kundenkreis. Die Spezifika, die sich daraus ergeben, können nicht im positiven Sinne den Geschäftsgang der Beklagten ermöglichen und erweitern, soweit sie negativ sind aber auf den Konsumenten überwälzt werden. Das ist nicht sachgerecht.

5.6.3. Welche Klauseln der Kläger in seinen AGB verwendet, ist selbstredend für die hier zu beurteilenden Fragen völlig unerheblich. Es sei daher nur am Rande darauf hingewiesen, dass die von der Beklagten immer wieder zum Vergleich herangezogene Klausel, in welcher der Kläger die Änderungsmöglichkeiten bei seinen Veranstaltungen regelt, die Möglichkeit der kompletten Rückerstattung der Veranstaltungsgebühr vorsieht. Eine vergleichbare Regelung stünde der Beklagten - wie auch das Erstgericht bereits zutreffend ausgeführt hat - frei.

Zum Thema überschießendes Klagebegehren:

Die Beklagte kommt in ihrer Berufung neuerlich auf die ihrer Meinung nach überschießende Fassung des Urteilsspruches zurück. Es fehle der Halbsatz „soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist“, angelehnt an den Wortlaut des § 28 Abs 1 S 2 HS 2 KSchG. Wie auch die Beklagte selbst ausführt, hat der Oberste Gerichtshof in 7 Ob 44/13s zu dieser Frage Stellung genommen und sich dabei auch ausführlich mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auseinandergesetzt.

Er führt dazu in dieser Entscheidung aus:

Die Unterlassung schließt nach dieser Gesetzesstelle auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu

berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Dieses Verbot steht nach der RV 311 BlgNR 20. GP 32 deshalb unter dem Vorbehalt, dass eine solche Bestimmung unzulässigerweise vereinbart worden ist, weil eine objektiv gesetz- oder sittenwidrige Bestimmung - etwa durch begünstigende Auslegung nach § 915 ABGB - im Einzelfall ein erträglicher Inhalt zugeschrieben werden und demgemäß die betreffende Klausel doch wirksam vereinbart werden kann. In diesem Fall soll der Unterlassungsbefehl insoweit nicht wirken. Dem steht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. 6. 2012, C-618/10, - im Gegensatz zur Rechtsmeinung des Klägers - nicht entgegen. Der EuGH hat erkannt, dass Art 6 Abs 1 der Klausel-RL (RL 94/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen) dahin auszulegen sei, dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegenstehe, wonach das nationale Gericht, wenn es die Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher feststelle, durch Abänderung des Inhalts dieser Klausel den Vertrag anpassen könne.

Zu prüfen sind im Individualprozess, im Gegensatz zum Verbandsprozess, die Umstände des Einzelfalls. So ist bei der Auslegung einer Klausel nicht (nur) von ihrem kundenfeindlichsten Wortsinn auszugehen, sondern es sind bei der Interpretation des Vertragsinhalts die Umstände des konkreten Geschäftsfalls zu berücksichtigen. Eine Klausel kann im Einzelfall etwa konkret ausgehandelt worden sein, die Parteien können ihr gemeinsam einen bestimmten zulässigen Erklärungswert beigemessen haben oder die Zusammenschau der konkreten Interessenlagen der Parteien könnte von jener abweichen wie sie für die Beurtei-

lung im Verbandsprozess relevant ist. Der EuGH will sicherstellen, dass bei gleicher Sachlage alle Verbraucher gleich behandelt werden (vgl auch Entscheidung vom 26. 4. 2012, C-472/10). Dies kann aber nur dann gelten, wenn die Interpretation der Klausel im Einzelfall zum selben Ergebnis führt wie im Verbandsprozess. Erst wenn eine Klausel im Individualprozess nach den selben Kriterien zu beurteilen ist, weil keine individuellen Vertragsselemente zu berücksichtigen sind, stellt sich die Frage, welchen Einfluss das Urteil des EuGH darauf hat, wie also bei einer nichtigen Vertragsbestimmung vorzugehen ist, ob eine ergänzende Vertragsauslegung zulässig ist oder nicht (vgl Schauer, Der EuGH und die ergänzende Vertragsauslegung: Konsequenzen der Entscheidung C-618/10, Banesto, RdW 2012/673, 639; Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion?, ÖBA 2013, 27; Prader/Walzel, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? in RdW 2013/396, 383).

§ 28 Abs 1 letzter Satz KSchG nimmt nur darauf Bezug, dass unter besonderen Umständen im Individualprozess ein anderes Ergebnis als im Verbandsprozess denkbar ist. Dies erfordert keine Einschränkung des Unterlassungsgebots im Sinn des Gesetzestexts, weil vom Spruch abweichende und nicht unzulässige Vereinbarungen ohnedies nicht erfasst sind.

Zuletzt hat der Oberste Gerichtshof diese Ansicht in 6 Ob 242/15d neuerlich bestätigt.

Es entspricht mittlerweile ständiger Rechtsprechung, dass § 28 Abs 1 letzter Satz KSchG („Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedin-

gung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.“) nur darauf Bezug nimmt, dass unter besonderen Umständen im Individualprozess ein anderes Ergebnis als im Verbandsprozess denkbar ist. Dies erfordert keine Einschränkung des Unterlassungsgebots im Sinn des Gesetztextes, weil vom Spruch abweichende und nicht unzulässige Vereinbarungen ohnedies nicht erfasst sind (RIS-Justiz RS0129105).

Das Berufungsgericht sieht auch in den Berufungsausführungen keinen Grund, von dieser überzeugenden Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofes abzuweichen.

Zur Leistungsfrist:

Der Kläger beantragt den Zuspruch ohne Setzung einer Leistungsfrist, die Beklagte beantragt zuerst die Setzung einer Leistungsfrist von sechs Monaten, in ihrer Replik vom 15.11.2016 dann eine dreijährige Leistungsfrist. Da die bereits an Händler ausgelieferten Gutscheinboxen auch die AGB enthielten, wäre das als Verwendung der AGB beziehungsweise als Berufung auf diese zu sehen.

Es müsse daher die Leistungsfrist berücksichtigen, wie lange es bei gewöhnlichem Lauf der Dinge dauern würde, bis alle Boxen abverkauft seien. Ein Rückruf der Boxen sei praktisch nicht zu bewerkstelligen.

Das Erstgericht setzte eine Leistungsfrist von vier Monaten fest. Es sei zu berücksichtigen, dass hier nicht eine reine Unterlassung gefordert sei, und ein gewisser Zeitaufwand anzusetzen. Es müsse allerdings der Beklagten möglich sein, ihre AGB im erforderlichen Umfang zu ändern und diese dann ihren Vertriebspartnern zur Beifügung in bereits ausgelieferte Boxen zu übersenden. Ein Abwarten auf den Verkauf aller Boxen sei jedenfalls zu lang.

Die Berufung möchte eine einjährige Leistungsfrist.

Sie führt dazu eine Beweisrüge aus:

Es sei als dislozierte Feststellung zu werten, dass das Erstgericht im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung ausführe, *Schließlich ist es der Beklagten...ebenso möglich.. den Vertriebspartnern neue Allgemeine Geschäftsbedingungen zu übersenden mit dem Hinweis, diese mit den bereits ausgelieferten Gutscheinboxen mitzuverkaufen, da die bisher (gemeint nach Ansicht der Beklagten: darin) abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (gemeint auch nach Ansicht der Beklagten: nicht mehr) gelten.*

Es handelt sich dabei nicht um eine dislozierte Feststellung, sondern eine im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zulässige Überlegung zur Zumutbarkeit der Leistungsfrist. Solche Erwägungen anzustellen, erfordert die rechtliche Beurteilung der Angemessenheit der Leistungsfrist.

Das Berufungsgericht teilt diese Einschätzung. Die Beklagte bleibt es in ihrer Berufung auch schuldig, darzulegen, wieso (nach zuerst beantragten sechs Monaten, dann geforderten drei Jahren) nunmehr eine einjährige Leistungsfrist die passende sein soll.

In Ansehung von 8 Klauseln, die einander in ihrer Problematik durchaus ähneln, und der bisherigen Judikatur dazu scheinen die festgesetzten vier Monate durchaus angemessen.

§ 409 ZPO verpflichtet den Richter zur Setzung einer Leistungsfrist, ohne dass es auf einen Antrag ankommt. Enthält das Klagebegehren keine Leistungsfrist, so hat das Gericht sie von Amts wegen festzusetzen.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur

Änderung eines Zustands einschließt. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat. In einigen Entscheidungen (Nachweise in 7 Ob 44/13s) wurde eine dreimonatige Leistungsfrist für angemessen gehalten.

In 1 Ob 105/14v wurde dazu ausgeführt: Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte gemäß § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung vorzuschlagen hat, woraus sich das Erfordernis einer Fristsetzung ergibt. Eine Leistungsfrist von vier Monaten zur Umgestaltung der beiden Klauseln ist hier aber durchaus angemessen und sachgerecht.

Die Beklagte kann das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert.

Auch hier gilt es - wie in dem 1 Ob 105/14v zugrundeliegenden Fall - allfällige Einspruchsfristen des Konsumenten zu beachten.

In der Entscheidung 4 Ob 130/03a wurde bei zehn zu ändernden Klauseln eine Frist von drei Monaten für angemessen erachtet (vgl auch 6 Ob 24/11i [verst Senat]; 7 Ob 44/13s = RIS-Justiz RS0041265 [T5]: jeweils drei Monate).

Dass in manchen Entscheidungen auch eine Frist von sechs Monaten gewährt wurde, wurde mit der hohen Zahl der zu ändernden Klauseln begründet (4 Ob 107/17i mwN).

Wenn die Beklagte hier wiederum anführt, alle Verträge mit ihren Veranstaltern neu aushandeln zu müssen und deshalb eine längere Frist zu benötigen, ist sie neuerlich auf die Möglichkeit der Festsetzung einer Rücker-

stattungsmöglichkeit des für den Gutschein bezahlten Betrages im Rahmen von notwendigen Änderungen von Erlebnissen zu verweisen.

Insgesamt erscheint hier die vom Erstgericht gewählte Frist von vier Monaten angemessen. Diese Leistungsfrist hat das Erstgericht auch für das Verbot festgesetzt, sich auf die Klauseln zu berufen (vgl S 2 des Ersturteils). Dies hat der Kläger nicht angefochten.

Zum Veröffentlichungsbegehren:

Die Berufung moniert neuerlich die ihrer Meinung nach zu weit gehende Ermächtigung zur Veröffentlichung, die das Erstgericht mit binnen sechs Monaten nach Rechtskraft einmal in der Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der Kronenzeitung, bundesweit erscheinende Ausgabe (unter näherer Umschreibung der Schriftart und -größe), festgesetzt hat.

Das Berufungsgericht erachtet die Rechtsmittelausführungen dazu für nicht stichhältig, hingegen die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils für grundsätzlich zutreffend, weshalb es sich unter Hinweis auf deren Richtigkeit mit einer kurzen Begründung seiner Beurteilung begnügen kann (§ 500a ZPO).

Die Veröffentlichung auf ihrer Website ist im Hinblick auf den Vertriebskanal der Beklagten für die Gutscheinboxen bei verschiedenen Vertriebspartnern in Österreich keinesfalls ausreichend. Es gibt jedenfalls einen Kundenkreis der Beklagten, der mit der Website der Beklagten überhaupt nicht in Kontakt kommen müsste.

Eine bloß mediale Berichterstattung wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das Gleiche gilt für die Bereitstellung

einschlägiger Informationen auf der Website des Klägers oder der Beklagten. Die elektronische Veröffentlichung im Rechtsinformationssystem des Bundes (ris.bka.gv.at) ist entgegen der Ansicht der Beklagten schon aufgrund der Anonymisierung der Prozessparteien nicht zur Aufklärung des Publikums geeignet. Der Oberste Gerichtshof hat in vielen Entscheidungen eine österreichweite Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet (6 Ob 242/15d mwN).

Ausführungen zum Gegenveröffentlichungsbegehren erübrigen sich aufgrund der gänzlichen Klagsstattgebung.

Zur Berufung im Kostenpunkt:

Die Beklagte wendet sich gegen den Zuschuss der Kosten für den vorbereiteten Schriftsatz vom 25.1.2017 (ON 7) an den Kläger. Dieser Schriftsatz habe gegen die prozessleitende Verfügung des Erstgerichtes verstoßen, wonach ein gestaffelter Schriftsatzwechsel aufgetragen gewesen sei und danach keine weiteren Schriftsätze mehr hätten zulässig sein sollen. Ungeachtet dessen, dass die Frist des § 257 Abs 3 ZPO noch offen gewesen sei, wäre der Schriftsatz des Klägers daher nicht mehr zulässig gewesen. Die Parteien hätten kein unbedingtes oder unbeschränktes Recht, in der Frist des § 257 Abs 3 ZPO Schriftsätze einzureichen. Dabei würde es keine Rolle spielen, ob die Beklagte in ihrer Klagebeantwortung zu den Klauseln inhaltlich bereits Vorbringen erstattet habe oder nicht.

Das Erstgericht hat die Kosten für diesen Schriftsatz zugesprochen, da er zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sei, zumal die Beklagte in

der Klagebeantwortung zu den einzelnen Klauseln keinerlei BestreitungsVorbringen erstattet habe.

In ihrer Klagebeantwortung vom 12.9.2016 brachte die Beklagte lediglich zu klauselübergreifenden Themen inhaltlich vor, zu den Klauseln selbst beschränkte sie ihr Vorbringen darauf, dass ihrer Ansicht nach der Kläger keine schlüssigen Behauptungen aufgestellt habe.

Mit Beschluss vom 13.9.2016 trug das Erstgericht dem Kläger auf, binnen vier Wochen abschließendes Vorbringen zu erstatten und auf das bisherige Vorbringen der Beklagten einzugehen, und der Beklagten, binnen vier Wochen ab Einlangen des unter Punkt erstens aufgetragenen Schriftsatzes ebenso abschließendes Vorbringen zu erstatten.

In der Folge haben beide Parteien diese Schriftsätze erstattet. Der Kläger verweist in seinem Schriftsatz allerdings zu Recht darauf, dass weiteres Vorbringen zu den einzelnen Klauseln von ihm (abgesehen von einer nicht erforderlichen Wiederholung des Klagsvorbringens) erst erstattet werden könne, wenn er das gegnerische BestreitungsVorbringen kenne. In ihrem als Replik bezeichneten Schriftsatz vom 15.11.2016 erstattete die Beklagte erstmals detailliertes BestreitungsVorbringen zu den einzelnen inkriminierten Klauseln. Auf dieses geht der Kläger mit dem Schriftsatz vom 25.1.2017 (ON7) ein. Dieser Schriftsatz ist - wie auch die Beklagte ausführt - innerhalb der Frist des § 257 Abs 3 ZPO erstattet worden, die erste mündliche Verhandlung fand am 6.3.2017 statt.

Die Frage der Honorierung eines Prozessaufwandes hat sich in erster Linie daran zu orientieren, ob dieser zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (§ 41 ZPO). Das ist für den Schriftsatz des Klägers vom 25.1.2017 jedenfalls zu bejahen. Hier wird auf zehn Sei-

ten Vorbringen zur den einzelnen Klauseln erstattet, das auf das erstmals davor von der Beklagten Vorgebrachte eingeht. Hätte der Kläger diesen Schriftsatz nicht eingebracht, wäre es ihm jedenfalls unbenommen gewesen, dieses Vorbringen eingangs der mündlichen Verhandlung vom 6.3.2017 zu erstatten. Dies hätte zum einen bereits durch die Protokollierung dieses Vorbringens Verhandlungszeit gekostet und somit auch weitere Kosten verursacht, und zum anderen die Vorbereitung des Gerichtes auf diese Tagsatzung erschwert. Das wiederum hätte möglicherweise eine zusätzliche Tagsatzung oder einen weiteren aufgetragenen Schriftsatzwechsel erfordert.

In dem vom Gesetz gesteckten zeitlichen Rahmen ist die Einbringung beziehungsweise der Wechsel vorbereitender Schriftsätze zwischen den Parteien unbeschränkt zulässig; die Parteien können in dieser Zeit also auch mehrere Schriftsätze wechseln. Über die Zweckmäßigkeit mehrfacher Schriftsätze im Sinne des § 41 ZPO ist damit freilich noch nichts ausgesagt. Diese ist streng zu prüfen. Eine Honorierung mehrerer Schriftsätze wird in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn in einem Schriftsatz auf neues, insbesondere unerwartetes Vorbringen des Gegners repliziert wird (*Kodek in Fasching/Konecny*³ III/1 § 257 ZPO Rz 23).

Insgesamt ist daher dieser Schriftsatz als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich anzusehen, weshalb die Kostenentscheidung des Erstgerichtes keiner Korrektur bedarf.

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO orientiert sich an der Bewertung des Klägers, die von der Beklagten nicht beanstandet wurde.

Es liegt eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO vor, weil es sich zumindest teilweise um vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 129, am 27. Februar 2018

Mag. Fritz Iby
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG