



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Stolzka & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: 5.500 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 19. April 2017, GZ 4 R 152/16a-25, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 13. Juli 2017, womit das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Handelsgericht vom 29. August 2016, GZ 28 Cg 11/16m-10, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 3.051,12 EUR (darin 508,52 EUR USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung sowie die mit 4.921,80 EUR (darin 366,30 EUR USt und 2.724 EUR Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die klagende Partei ist ein zur Verbandsklage

nach § 29 KSchG berechtigter Verband. Die beklagte Partei betreibt ein Mietwagenunternehmen und bietet ihre Leistungen bundesweit an. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Diesen liegen ihre Allgemeinen Vermietbedingungen vom 1. 6. 2015 zugrunde, nach denen die Kosten für Tanken und Benzin nicht im Mietpreis enthalten sind. In Punkt A.4. dieser AGB heißt es:

*„A.Fahrzeugstand, Reparaturen, Betriebsmittel*

*4. Dem Mieter wird das Fahrzeug mit vollem Tank übergeben. Im Gegenzug hat der Mieter das Fahrzeug bei Beendigung des Mietverhältnisses ebenso mit einem vollen Kraftstofftank zurückzugeben. Wird das Fahrzeug nicht vollständig betankt zurückgestellt, wird S\*\*\*\*\* die Betankung durch eigene Mitarbeiter durchführen und dem Mieter dafür Kosten in Höhe von 3,80 EUR/Liter fehlenden Kraftstoffs in Rechnung stellen. ...“*

Es verursacht für die beklagte Partei einen erheblichen Aufwand, wenn ein Mietwagen nicht mit vollem Tank zurückgestellt wird. Zum Tanken müssen jeweils öffentliche Tankstellen angefahren werden. Der Zeitpunkt bis zur nächsten Vermietung dauert etwa eine halbe Stunde länger, wenn das Fahrzeug nicht mit vollem Tank zurückgestellt wird. Dementsprechend muss an den Standorten eine größere Anzahl von Fahrzeugen vorgehalten werden. Ein weiterer Kostenfaktor sind zusätzliche Personalkosten für die Zeit des Tankens und für die erforderliche Vorhaltung von Personalreserven oder die Kosten der Beauftragung von Drittunternehmern. Sollte ein Fahrzeug durch das Nachtanken nicht wieder sofort vermietbar sein, kann der beklagten Partei ein Verdienstentgang bei Nichterfüllbarkeit einer gebuchten

Anmietung bzw aus der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs und aus Schadenersatzansprüchen, die die beklagte Partei bei der Nichterfüllbarkeit bereits gebuchter Anmietungen treffen, entstehen. Die Fahrten zur Tankstelle erhöhen das Risiko von Fahrzeugschäden und Abnutzungen. Die Einforderung der Gebühr verursacht Verwaltungskosten.

Der beklagten Partei werden neunzig Prozent der Fahrzeuge vollgetankt zurückgestellt bzw von dieser als vollgetankt akzeptiert. Bei den restlichen zehn Prozent, die mit fehlendem Tankinhalt retourniert werden, liegt die durchschnittlich nachzutankende Kraftstoffmenge zwischen drei und zehn Litern pro Fahrzeug. In weniger als einem Prozent der Fälle, in denen ein Nachtanken notwendig ist (also insgesamt bei weniger als 0,1 % aller Kunden), sind mehr als vierzig Liter nachzufüllen.

Die in den AGB vorgesehenen Beträge für das Nachtanken liegen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle unter den durchschnittlichen Kosten, die der beklagten Partei durch den Tankvorgang entstehen. Die Höhe der tatsächlichen Kosten, die der beklagten Partei durch nicht vollständig getankte Fahrzeuge entstehen, kann nicht festgestellt werden. Im Durchschnitt beträgt der Aufwand pro Nachtanken für die beklagte Partei 60 EUR. Diese Kosten sind je nach Fahrzeugtype, örtlichen Gegebenheiten der Rückgabestation und der Tageszeit der Rückgabe unterschiedlich. Der in der Klausel enthaltene Treibstoffpreis ist um ca 2,60 EUR bis 2,80 EUR höher als die Tankstellenpreise für Benzin und Diesel der letzten Monate.

Die klagende Partei begehrt, der beklagten Partei die Verwendung des 3. Satzes der Klausel (im Folgenden: Klausel) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu untersagen, und stellt einen Antrag auf Ermächtigung zur

Urteilsveröffentlichung. Die Klausel benachteilige Konsumenten gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Bei gleichem Aufwand seien „explodierende“ Kosten vorgesehen. Ein Mieter könne bei einer Fahrzeugvermietung erwarten, dass der der beklagten Partei entstehende Mehraufwand durch Nachtanken durch den Mietpreis abgedeckt sei. Die Bestimmung sei außerdem überraschend und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB.

Die beklagte Partei wandte ein, dass die Klausel für den Kunden günstiger sei als das dispositive Recht. Sie verwies auf ihren erheblichen Aufwand, wenn ein Kunde ein Fahrzeug nicht mit vollem Tank zurückstelle. Die geforderten Gebühren für das Nachtanken seien geradezu kostengünstig. Der Konsument müsse mit einer derartigen Bestimmung jedenfalls rechnen, weshalb die Klausel auch nicht überraschend sei.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Die Auferlegung von Tankpauschalen sei in der Fahrzeugvermietungsbranche gebräuchlich, die Klausel befinde sich auch an passender Stelle im Vertragswerk, weshalb der auf § 864a ABGB gestützte Einwand der klagenden Partei ins Leere gehe.

Auch inhaltlich sei die Klausel nicht zu beanstanden. Wohl bestehe kein direkter Zusammenhang zwischen den Kosten der beklagten Partei und der fehlenden und nachzutankenden Treibstoffmenge. Das führe dazu, dass die Regelung bei geringeren Fehlmengen eindeutig zum Vorteil der Mieter sei, weil der dann verrechnete Betrag deutlich unter den tatsächlich entstandenen Kosten liege. Sei der Tank hingegen beinahe leer, so müsse ein Kunde deutlich mehr als den tatsächlichen Aufwand bezahlen. Dennoch sei die Klausel nicht als gröblich benachteiligend zu beanstanden.

Insgesamt sei die Regelung aus Mietersicht äußerst transparent, es reiche eine einfache Multiplikation, um die zu erwartenden Kosten zu kalkulieren. Würden die AGB auf den tatsächlich entstandenen Schaden abstellen, wäre die Höhe des Anspruchs für Vermieter und Mieter schwierig bzw kaum zu kalkulieren. Zudem käme es in den weitaus häufigeren Fällen geringer Fehlmengen zu einer Mehrbelastung der Mieter.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt. Es verneinte einen Verstoß gegen § 864a ABGB, weil mit einer derartigen Klausel gerechnet werden müsse, zumal die Kosten für den Kraftstoff im Mietpreis nicht inkludiert seien. Die Klausel verstoße allerdings gegen § 879 Abs 3 ABGB. Es sei unstrittig, dass es zu einer besonders hohen Belastung der Kunden mit großem Leerstand komme. Es liege kein sachlicher Grund vor, diesen Kunden den entstandenen Aufwand für das Nachtanken fast zur Gänze aufzuerlegen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof eine gleichlautende Klausel bisher noch nicht zu beurteilen hatte.

Die dagegen erhobene Revision der beklagten Partei ist zulässig und berechtigt.

#### A. Zur Aktenwidrigkeit und Mangelhaftigkeit

Die beklagte Partei verweist auf die Feststellung, dass die Kosten pro Nachtanken „im Durchschnitt über 60 EUR liegen“ und wirft dem Berufungsgericht Aktenwidrigkeit vor, weil dieses davon ausgegangen sei, die Kosten seien „mit 60 EUR“ festgestellt worden. Die behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor, weil das Erstgericht die Präposition „über“ in diesem Zusammenhang nicht im Sinne von „oberhalb liegend“ sondern

gleichbedeutend mit „von“ verwendet hat, was auch durch die Wortwahl des Erstgerichts in der rechtlichen Beurteilung deutlich wird („*Der nach den Feststellungen anzunehmende durchschnittliche Aufwand von 60 EUR ...*“). Damit ist auch die behauptete Mangelhaftigkeit des zweitinstanzlichen Verfahrens zu verneinen.

#### B. Zu § 864a ABGB

Die Vorinstanzen haben übereinstimmend die zutreffende Rechtsansicht vertreten, dass der Unterlassungsanspruch nicht auf § 864a ABGB gestützt werden kann. Auf die entsprechenden Ausführungen kann verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Objektiv ungewöhnlich ist nur eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss also ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Ein solcher Überraschungseffekt liegt hier schon deshalb nicht vor, weil Treibstoff unter den Begriff „Betriebsmittel“ zu subsumieren ist. Die Bestimmung über die Folgen eines Fehlbestands kann einen durchschnittlichen Konsumenten weder wegen des Inhalts der Klausel (RIS-Justiz RS0105643) noch wegen ihrer Stellung im Vertragsgefüge (RIS-Justiz RS0014659) überraschen oder überrumpeln, weil der Treibstoff nicht im Mietpreis inkludiert ist und sich die Klausel im Abschnitt über „Betriebsmittel“ findet.

#### C. Zu § 879 Abs 3 ABGB

1. Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass die Klausel inhaltlich nach § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen ist, weil kein Fall der Festlegung einer beiderseitigen Hauptleistung im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Nicht schon jede die Hauptleistung betreffende

Vertragsbestimmung ist der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen (4 Ob 112/04f; RIS-Justiz RS0016931). Als Hauptleistungspflicht werden nur jene Vertragsbestandteile verstanden, die die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen, es sind dies jene Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit ein hinreichend bestimmter Vertrag zustande kommt (4 Ob 112/04f). Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die die vertragstypische Leistung in allgemeiner Form näher umschreiben, sind aber nicht von der die Hauptleistungspflicht betreffenden Ausnahme umfasst (4 Ob 5/08a; RIS-Justiz RS0016931). Weder die Pauschalierung von Entgelten (RIS-Justiz RS0123253) noch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe (RIS-Justiz RS0016913) oder die vertragliche Festlegung, in welchem Zustand ein Bestandobjekt zurückzustellen ist (RIS-Justiz RS0127698), entziehen sich der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ZPO. Die Vorinstanzen sind bei der Beurteilung nach § 879 Abs 3 ZPO daher zutreffend davon ausgegangen, dass die Klausel nicht die Hauptleistungspflicht des Mieters betrifft, zumal der Begriff der Hauptleistung möglichst eng zu ziehen ist (RIS-Justiz RS0016908).

2. Eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB liegt nicht vor.

2.1 Durch die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB wurde ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914, RS0014676). Eine Einschränkung des Willensentschlusses eines Mieters durch die Bestimmung liegt hier nicht vor, weil dieser jedenfalls frei wählen kann, ob er das Fahrzeug nicht vollgetankt



zurückstellt und das mühevollle Nachtanken dem beklagten Vermieter überlässt, oder ob er es selbst auftankt. Damit ist seine Willensfreiheit aber auch nicht in besonderem Maß „verdünnt“ (4 Ob 5/08a). Es kann dabei dahinstehen, ob es sich bei der Klausel um eine Wahlschuld oder um eine pauschalierte Konventionalstrafe handelt, weil diese Frage für die Beurteilung der gröblichen Benachteiligung hier irrelevant ist.

2.2 Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners dann vor, wenn sie unangemessen ist (RIS-Justiz RS0016914) bzw für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung vorliegt (9 Ob 81/08i). Das Berufungsgericht hat die gröbliche Benachteiligung (nur) deshalb bejaht, weil die Klausel wegen des fixen Pauschalbetrags pro fehlendem Liter die Mieter mit einem großen Fehlbestand besonders hoch belastet.

2.3 Die Pauschalierung eines Aufwendersatzes ist nicht von vornherein unzulässig, so lange damit „die konkreten Kosten nicht grob überschritten“ werden (4 Ob 5/08a; 3 Ob 268/09x; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 506; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 879 Rz 353). Bei der im Zusammenhang mit einer zulässigen Pauschalierung vorzunehmenden Durchschnittsbetrachtung (vgl RIS-Justiz RS0058528 [T6, T10]; RS0014676) ist im Anlassfall eine grobe Überschreitung der „konkreten“ Kosten zu verneinen. Der Senat hat zu einer pauschalen Aufwandsentschädigung von Telefonkosten bei einem Gewinnspiel jüngst festgehalten, die Pauschalierung sei deswegen zulässig gewesen, weil es der Beklagten nicht möglich war, die Kosten *ex ante* genauer zu kalkulieren oder sie jedem Teilnehmer *ex post* in der exakten Höhe

vorzuschreiben (4 Ob 126/16g, *medizini*). Daran ist auch hier anzuknüpfen.

2.4.1 Bei der weitaus überwiegenden Anzahl jener Kunden, die das Fahrzeug mit weniger Kraftstoff zurückstellen als vereinbart, stellt die beklagte Partei ohnedies nur Beträge in Rechnung, die unter dem ihr entstandenen Aufwand liegen. Die von den Fahrzeugmietern dabei zu bezahlende Summe ist exakt berechenbar und trotz der Pauschalierung keineswegs exzessiv. Nur eine verschwindende Anzahl von Kunden (im Promillebereich!) wird mit mehr als dem durchschnittlichen Aufwand der beklagten Partei belastet. Ebenso wie es nicht erforderlich ist, dass die Höhe einer pauschalen Gebühr exakt mit dem tatsächlichen Aufwand korrelieren muss (6 Ob 13/16d), führt auch das Bestehen einzelner Härtefälle nicht stets zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 879 Abs 3 ABGB. Die gegenteilige Ansicht würde jede Pauschalierung unmöglich machen.

2.4.2 Eine gröbliche Benachteiligung liegt nämlich nicht schon darin, dass (nur) jene Mieter, die ihrer Pflicht zur Rückstellung des Mietgegenstands im übernommenen Zustand in ungleich größerem Maß nicht nachkommen, verhältnismäßig stärker belastet werden als Personen, bei denen der fehlende Tankinhalt nur zwei oder drei Liter beträgt. Auch wenn für eine (fast verschwindende) Minderheit der Mieter, die das Fahrzeug entgegen der Vorgaben im Mietvertrag nicht vollgetankt zurückbringen, gegenüber anderen Mietern eine deutliche Mehrbelastung besteht, lastet die Klausel auch diesen Kunden kein nicht von vornherein abschätzbares Zahlungsrisiko auf (vgl 4 Ob 5/08a). Es wäre verfehlt, bei der Beurteilung der groben Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB (nur) auf

jene kleine Minderheit von nur wenigen Mietern abzustellen, die gegen die vertraglichen Verpflichtungen (Rückgabe eines vollgetankten Fahrzeugs) besonders krass verstoßen.

2.4.3 Die drohende unverhältnismäßig höhere Belastung eines Mieters, dessen Abweichung zum Geschuldeten größer ausfällt, ist zudem auch geeignet, vertragliche Pflichten zu verstärken (RIS-Justiz RS0032072; RS0112216 [T3]). Darin liegt auch ein relevanter Unterschied zur vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung 3 Ob 268/09x. Dieser Entscheidung lag zugrunde, dass die dort zu prüfende Räumungspauschale gerade solche Heimbewohner überdurchschnittlich belastete, die nur wenige Gegenstände (Kleidungsstücke und Toiletteartikel) zurückgelassen hatten, deren Abweichung vom Geschuldeten somit kleiner war.

2.5.1 Schließlich erfordert die Beurteilung, ob die Abweichung von der für den Durchschnittsfall (siehe oben 2.3) getroffenen Norm sachlich gerechtfertigt ist, eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessensabwägung (2 Ob 73/10i, 5 Ob 205/13b uva). Bei der erforderlichen Interessensabwägung hat sich das Berufungsgericht aber allein auf die überproportionale Belastung der Kunden mit großem Tankfehlbestand gestützt.

2.5.2 Hingegen wurden vom Erstgericht zutreffend auch die fehlenden Alternativen für die beklagte Partei hervorgehoben und zu Recht festgehalten, dass eine exakte Bezugnahme auf den tatsächlich entstandenen Schaden für den Vermieter schwierig zu kalkulieren und für den Mieter völlig unvorhersehbar ist. Soweit die klagende Partei postuliert, dass der Mehraufwand in den Mietpreis einzukalkulieren sei, wies das Erstgericht zu Recht darauf hin, dies würde auch jene Mieter belasten, die ihr Fahrzeug

vertragskonform zurückstellen, und sei deshalb noch weitaus weniger sachgerecht.

D. Die Unwirksamkeit der Klausel kann somit weder auf § 864a ABGB noch auf § 879 Abs 3 ABGB gestützt werden, sodass die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen war.

Aufgrund der Fällung einer gegenteiligen Sachentscheidung ist auch über die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens abzusprechen. Diese Entscheidung beruht auf § 50 Abs 1 iVm § 41 ZPO. Der erfolglose Parteiantrag der beklagten Partei beim Verfassungsgerichtshof war zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig und daher nicht zu honorieren. Auch für ihre Stellungnahme zum Kostenersatzanspruch der klagenden Partei im Zusammenhang mit der Gesetzesbeschwerde gebührt kein Kostenersatz (vgl auch § 54 Abs 1a Satz 4 ZPO).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 24. August 2017  
Dr. V o g e l  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: