



**Republik Österreich
Handelsgericht Wien**

20 Cg 37/21a

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Mag. Charlotte Schillhammer in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke-Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **WhatsApp Ireland Limited**, 4 Gran Canal Square, Grand Canal Harbor, Dublin 2, Ireland, vertreten durch WOLF-THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,--), nach öffentlicher und mündlicher Verhandlung zu Recht:

1) Die beklagte Partei

a) hat im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern

innerhalb von vier Monaten die Verwendung der Klauseln:

1. Diese Aktualisierung erweitert unsere Nutzungsbedingungen und Datenschutzrichtlinie um zusätzliche Informationen beispielsweise dazu, wie du mit Unternehmen chatten kannst, wenn du das möchtest ... Die Nutzungsbedingungen sind ab 15. Mai 2021 gültig. Bitte stimme diesen Bedingungen zu, um WhatsApp nach diesem Datum weiterhin nutzen zu können. Weitere Informationen zu deinem Account erhältst du hier.

2. Sofern gesetzlich nichts anderes vorgeschrieben ist, kündigen wir Änderungen an unseren Bedingungen mindestens 30 Tage im Voraus an (per E-Mail oder über die Dienste), damit du Gelegenheit hast, die überarbeiteten Bedingungen zu lesen, bevor sie wirksam werden; wir werden sicherstellen, dass die jeweiligen Änderungen unter Berücksichtigung deiner Interessen für dich angemessen sind. ... Änderungen an diesen Bedingungen werden nicht vor Ablauf von 30 Tagen nach unserer Ankündigung von geplanten Änderungen wirksam. Sobald aktualisierte Bedingungen in Kraft treten, bist du an diese gebunden, wenn du unsere Dienste weiterhin nutzt.

3. Sämtliche uns im Rahmen unserer

Bedingungen zustehenden Rechte und Pflichten sind durch uns in Verbindung mit einer Fusion, einer Übernahme, einer Umstrukturierung bzw. einem Verkauf von Vermögenswerten oder kraft Gesetzes oder anderweitig frei an jedwedes unserer verbundenen Unternehmen abtretbar. Im Falle einer solchen Abtretung werden wir deine Informationen nur in Übereinstimmung mit geltenden Gesetzen übertragen und dich erforderlichenfalls um deine Einwilligung bitten;

4. Du wirst keines deiner Rechte bzw. keine deiner Pflichten, die dir im Rahmen dieser Nutzungsbedingungen zustehen bzw. obliegen, ohne unsere vorherige schriftliche Genehmigung an irgendjemand anderen übertragen.

5. Kein Teil dieser Bedingungen wird uns an der Einhaltung der Gesetze hindern.

6. Sollte irgendeine Bestimmung in diesen Bedingungen für rechtswidrig, ungültig oder aus irgendeinem Grund als nicht durchsetzbar erachtet werden, so gilt diese Bestimmung als in dem Maße abgeändert, dass sie durchsetzbar wird, und wenn sie nicht durchsetzbar gemacht werden kann, gilt sie als von unseren Bedingungen abgetrennt; dies beeinflusst nicht die

Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der übrigen Bestimmungen unserer Nutzungsbedingungen, und der übrige Teil unserer Nutzungsbedingungen bleibt in vollem Umfang wirksam und in Kraft.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen,

weitere *innerhalb von zwei Monaten* die Berufung auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu unterlassen;

b) der klagenden Partei innerhalb von 14 Tagen die Kosten des Verfahrens von EUR 7.202,48 (darin EUR 1.556,-- USt) zu ersetzen.

2) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer

Schrift wie der Fließtext
redaktioneller Artikel, zu
veröffentlichen.

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

Die Klägerin ist ein Verein iSd § 29 KSchG.

Die Beklagte ist eine in Irland protokollierte Kapitalgesellschaft und betreibt den Messenger-Dienst WhatsApp, den sie international, dh auch in Österreich anbietet. Dabei tritt die Beklagte laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und verwendet insofern nach Ankündigung die im Spruch ersichtlichen Klauseln.

Für die Inanspruchnahme des Messenger-Dienstes zahlen die Nutzer kein Entgelt. Allerdings werden von der Beklagten ihre Daten weitergegeben.

Davon ausgehend behauptet die **Klägerin** die Anwendbarkeit österreichischen Rechts und wendet gegen die einzelnen Klauseln kurz zusammengefasst folgende Verstöße ein:

1. standardisierte Benachrichtigung; § 879 Abs 3 ABGB: Zwang des Verbrauchers zur Zustimmung; § 6 Abs 3 KSchG: Auswirkung für den Verbraucher infolge von Links unklar
2. § 6 Abs 1 Z 2 KSchG: Erklärungsfiktion ohne Aufklärung durch den Unternehmer; § 879 Abs 3 KSchG: Änderung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung/Gegenleistung über Zustimmungsfiktion; § 6 Abs 3 KSchG: unbeschränkte Vertragsänderung über Zustimmungsfiktion, „angemessene“ Änderungen unbestimmt
3. § 6 Abs 2 Z 2 KSchG: Überbindung des Vertrags durch den Unternehmer an einen nicht genannten Dritten; § 6

Abs 3 KSchG: „erforderlichenfalls Bitte um Einwilligung“

4. legt eine Nebenpflicht des Nutzers fest; § 879 Abs 3 ABGB bzw § 10 Abs 3 KSchG: benachteiligendes Verbot der Abtretung von Ansprüchen des Verbrauchers

5. § 6 Abs 3 KSchG: unbestimmt

6. § 6 Abs 3 KSchG: falsche Wiedergabe der Rechtslage im Hinblick auf die Wirksamkeit des Vertrags bei Wegfall einer Klausel; mangelnde Erkennbarkeit der Gültigkeit von Klauseln

Aufgrund der Weitergabe der Kontaktdaten geht die Klägerin von einer Entgeltlichkeit der Messenger-Dienste der Beklagten aus.

Hinsichtlich der Verstöße behauptet die Klägerin Wiederholungsgefahr.

Soweit die Beklagte eine Leistungsfrist für das Verwenden der Klauseln beantrage, seien die von der Rechtsprechung bisweilen für gerechtfertigt erachteten drei Monate schon zu lang, dies insbesondere im Hinblick auf das Interesse der Nutzer an rechtskonformen Nutzungsbedingungen. Für das „Sich-Berufen“ bedürfe es gar keiner Leistungsfrist.

Hinsichtlich der begehrten Veröffentlichung behauptet die Klägerin ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verkehrskreise.

Die **Beklagte** bestreitet kurz zusammengefasst wie folgt:

1. keine Vertragsbestimmung, kein Teil der Nutzungsbedingungen; kein ausreichendes Vorbringen, keine Angabe der Inhalte der Links; kein Verstoß

2. kein Verstoß: Aufklärung in Klausel selbst enthalten; Vertragsänderungen beschränkt auf

angemessene Änderungen unter Berücksichtigung der Interessen der Nutzer

3. kein Verstoß: Übertragung nur an verbundene Unternehmen, Informationsübertragung nur in Übereinstimmung mit österreichischem Recht

4. legt eine Hauptpflicht des Nutzers fest; kein Verstoß: sachlich gerechtfertigt, damit der Unternehmer über Kunden informiert ist; § 10 Abs 3 KSchG nicht anwendbar

5. kein Verstoß: klar verständlich Sicherstellung, dass Verbraucher den Vertrag nicht dahingehend interpretieren, dass er rechtswidrige Handlungen verlangen würde

6. kein Verstoß: Ungültigkeit einer Klausel hat nicht den Wegfall des Vertrags zur Folge

Die von der Klägerin behauptete Entgeltlichkeit ihrer Messenger-Dienste bestreitet die Beklagte in rechtlicher Hinsicht.

Schließlich beantragt die Beklagte die Festsetzung einer Leistungsfrist von sechs Monaten zur Umsetzung von allfälligen Unterlassungsverpflichtungen. Immerhin handle es sich bei der Beklagten um ein weltweit tätiges, großes Unternehmen mit Millionen von Nutzern.

Nach Durchführung eines **Beweisverfahrens** (Einsicht in die vorgelegten Urkunden) steht folgender **weiterer Sachverhalt** fest:

Die Beklagte verwendet die in Rede stehenden Klauseln 2. bis 6. in ihren Nutzungsbedingungen (unstrittig).

Unter der Überschrift „Aktualisierung der Nutzungsbedingungen ... von WhatsApp“ teilte die Beklagte Anfang 2021 ihren Nutzern bei Aufruf der WhatsApp Anwendungen ua folgendes mit: „Diese Aktualisierung

[Hyperlink] erweitert unsere Datenschutzrichtlinie um zusätzliche Informationen beispielsweise dazu, wie du mit Unternehmen chatten kannst, wenn du das möchtest. Darunter stand geschrieben: ‚Wie Unternehmen ihre Chats verwalten können‘ [mit Button, der angeklickt werden kann], ‚Mehr Informationen darüber, wie WhatsApp funktioniert [mit Button, der angeklickt werden kann], weiters „Die Nutzungsbedingungen [Hyperlink] sind ab 15. Mai 2021 gültig. Bitte stimme diesen Bedingungen zu, um WhatsApp nach diesem Datum weiterhin nutzen zu können. Weitere Informationen zu deinem Account erhältst du *hier* [Hyperlink]. In unserer *Datenschutzrichtlinie* [Hyperlink] erfährst du mehr darüber, wie wir deine Daten verarbeiten. Darunter befand sich ein Button, der angeklickt werden konnte und die Aufschrift „ZUSTIMMEN“ trug. Die Benachrichtigung konnte durch das Anklicken eines im rechten oberen Eck abgebildeten „X“ ausgeblendet werden. Es kann nicht festgestellt werden, wohin konkret die Hyperlinks die Nutzer führten (./A, ./3).

Im Rahmen der **Beweiswürdigung** wird auf die in Klammer angeführten Urkunden verwiesen. Die Negativfeststellung beruht auf dem Umstand, dass die ./1 und ./2 bzw auch die ./4 keinem Hyperlink mit der notwendigen hohen Wahrscheinlichkeit zugeordnet werden können und dies im Übrigen auch nicht dem Vorbringen der Beklagten im SS v 1.2.2022, ON 12, Punkt 10. oder auch Punkt 22., insbesondere nicht mit den angegebenen Fußnoten entnommen werden kann. Andere in Frage kommenden Urkunden, die im gegebenen Zusammenhang zuordenbar wären, stehen nicht zur Verfügung.

Rechtlich ergibt sich zunächst zu den Klauseln folgendes:

1. Die Klausel bildet zwar rein äußerlich einen

gesonderten Bestandteil des Vertrags, hier den geänderten Nutzungsbedingungen, steht jedoch mit diesem, dh diesen selbst in einem unmittelbaren, ja sogar untrennbaren inhaltlichen Zusammenhang.

An der Absicht der Beklagten, dem Nutzer einen Rechtsfolgwillen im Zusammenhang mit einer Zustimmungsfiktion zu unterstellen, kann kein Zweifel bestehen (4 Ob 63/21z Rz 117 bzw 120 mwN, insb RS0120267).

Insofern ist die Klausel im Rahmen einer Verbandsklage iSv § 28 Abs 1 KschG **prüffähig**.

Dabei wird vom Nutzer eine Zustimmung zu Nutzungsbedingungen bzw zu deren Änderungen verlangt, deren Inhalt dem Nutzer - nach den Feststellungen bzw der entsprechenden Negativfeststellung - unklar ist. Nicht zuletzt sind die Hyperlinks nicht eindeutig definiert oder selbsterklärend, sodass zweifelhaft wäre, über welchen Hyperlink die *geänderten* Nutzungsbedingungen überhaupt abrufbar sind. Insofern ist die Klausel intransparent (Verstoß gegen **§ 6 Abs 3 KSchG**).

2. Die Klausel lässt Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß völlig uneingeschränkt zu. Sie lässt nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte. Nach dem Wortlaut der Klausel sind von Änderungen auch wesentliche Pflichten umfasst. Die Klausel ist daher intransparent (Verstoß gegen **§ 6 Abs 3 KSchG**) (RS0128865). Dahinter steht, dass die vertragliche Zustimmungsfiktion in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers

hinausläuft, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß mit Änderungsangeboten nicht auseinandersetzen, weshalb ihnen infolge der Gefahr ihrer Passivität ein Schutzbedürfnis zuzubilligen ist (aaO [T5]). Daran ändert sich auch nichts durch die programmatische, völlig unbestimmt bleibende Ankündigung in der Klausel, dass die Änderungen unter Berücksichtigung der Interessen des Nutzers angemessen sein werden.

3. Gemäß der unmissverständlichen Gesetzeslage sind Vertragsbestimmungen für den Verbraucher nicht verbindlich, nach denen dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, seine Pflichten aus dem Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt wird. Dem kommt die Klausel nicht nach. Die Eingrenzung auf „verbundene“ Unternehmen etwa im Zusammenhang einer Fusion, einer Übernahme, einem Verkauf von Vermögenswerten oder dgl. erfüllt nicht die geforderte Nämlichkeit. Nicht zuletzt soll die Bestimmung den Verbraucher davor schützen, sich an Stelle des Unternehmens, mit dem er kontrahiert hat, plötzlich einem anderen als alleinigen neuen Vertragspartner gegenüberzustehen, dessen Name im Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht einmal aufscheint. Jedenfalls muss der Übernehmer namentlich im Vertrag genannt werden. Selbst die Anführung möglicher Übernehmer des Vertrags durch generische Merkmale reicht nicht (*Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG*⁴ [2015] § 6 Abs 2 Z 2 KSchG). Eine Aushandlung dieser Klausel stand im Verfahren nicht zur Debatte (Verstoß gegen **§ 6 Abs 2 Z 2 KSchG**).

4. Nach der Gesetzeslage unterliegen Klauseln, die einer der beiden Hauptleistungen festlegen, nicht der Inhaltskontrolle. Nach der Rechtsprechung ist die

Festlegung, was eine Hauptleistung ist und was nicht, möglichst eng vorzunehmen (RS0016908 ua). Die Abtretung von Ansprüchen des Nutzers an Dritte ist demnach jedenfalls keine Hauptleistung im voranstehenden Sinn. Die Klausel ist daher **prüffähig**.

Die Beklagte übersieht, dass die Klausel - bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590) - etwa auch die Abtretung von Ansprüchen zur gerichtlichen Geltendmachung an einen dazu befugten Verein untersagt, was für den Verbraucher jedenfalls gröblich benachteiligend ist und durch nichts gerechtfertigt erscheint (Verstoß gegen **§ 879 Abs 3 ABGB**).

5. Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht werden, vielmehr sollen damit auch Klauseln beseitigt werden, die den Verbraucher - durch ein unzutreffendes oder auch unklares Bild von seiner vertraglichen Position - von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten sollen oder ihm unberechtigte Pflichten auferlegen wollen. Die Rechtsposition darf für den Verbraucher nicht unklar sein und es darf ihm nicht das Risiko aufgebürdet werden, seine Rechte selbst zu erkennen. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die zu beurteilende Klausel intransparent. Der durchschnittliche Verbraucher vermag nicht zu beurteilen, welche dispositiven Normen allenfalls an die Stelle gesetzwidriger Klauseln treten, weshalb er sich insofern kein klares Bild von seiner Rechtsposition verschaffen kann. Vielmehr bürdet ihm die Klausel das Risiko auf, seine Rechte selbst zu ermitteln (Verstoß gegen **§ 6 Abs 3 KSchG**) (4 Ob 63/21z Rz 15 bzw 21 f mwN).

6. Die Klausel lässt im Ergebnis völlig offen, inwieweit einzelne Klauseln gültig sind oder nicht bzw

in welchem Maß sie etwa durch erachtete Ungültigkeiten abgeändert werden, damit sie durchsetzbar werden. Sie ist daher intransparent. Dazu kommt, dass eine geltungserhaltende Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln im Individualprozess über ein Verbrauchergeschäft aufgrund der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht mehr in Frage kommt (RS0128735) und die Klausel daher auch die Rechtslage falsch wiedergibt (Verstoß gegen **§ 6 Abs 3 KSchG**).

Zusammengefasst ist damit das Unterlassungsbegehren hinsichtlich aller Klauseln schon allein aus den genannten Gründen gerechtfertigt. Auf weitere rechtliche Gesichtspunkte brauchte daher nicht eingegangen werden. Die Anwendbarkeit österreichischen Rechts wurde von der Klägerin behauptet und von der Beklagten nicht bestritten.

Von einer Wiederholungsgefahr ist schon allein aufgrund der Bestreitung des Klagebegehrens durch die Beklagte auszugehen.

Im Verfahren 4 Ob 63/21z ging es insgesamt um rund 50 Klauseln im Zusammenhang mit einer Fluglinie. Dort wurde als Leistungsfrist (offenbar vom Erstgericht und/oder Berufungsgericht) für das Unterlassen der Verwendung zahlreicher Klauseln eine solche von neun Monaten und für das „Sich-Berufen“ auf die Klauseln eine solche von sechs Monaten festgelegt. Die vorliegenden unternehmerischen Dimensionen, die sehr wesentlich durch das internationale Agieren geprägt sind, erscheinen vergleichbar (Fluglinie - WhatsApp Messenger Dienst), nicht vergleichbar erscheint allerdings die Anzahl der zu unterlassenden Klauseln. Eine auf einer reinen Rechenoperation beruhende Anpassung der Leistungsfrist erscheint nicht sachgerecht, weshalb die Leistungsfrist für die

Verwendung der zu unterlassenden Klauseln mit angemessenen vier Monaten, jene für das „Sich-Berufen“ auf diese Klauseln mit angemessenen zwei Monaten festzusetzen war. Im Hinblick auf den letzten Punkt übersieht die Klägerin va, dass es einen gewissen, nicht leicht einzugrenzenden organisatorischen Aufwand bedeutet, alle befassten Mitarbeiter, Rechtsanwälte und dgl damit vertraut zu machen. Dass die ausgesprochenen Unterlassungspflichten im vorliegenden Fall, jedenfalls was die untersagte Verwendung der Klauseln betrifft, die Änderung eines Zustandes bedingen bzw notwendig machen, und damit nach der Rechtsprechung eine angemessene Leistungsfrist zu setzen ist, war im vorliegenden Fall unstrittig und ist nach Ansicht des Gerichts auch im Zusammenhang mit dem „Sich-darauf-Berufen“ evident (RS0041265 [T2]).

Die von der Klägerin begehrte Veröffentlichung zog die Beklagte im Fall der Auferlegung von Unterlassungspflichten nicht in Zweifel.

Die **Kostenentscheidung** gründet sich auf §§ 41 Abs 1, 45 Abs 1a ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt 20, am 31. März 2022

Mag. Charlotte Schillhammer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG