



REPUBLIK ÖSTERREICH

Oberlandesgericht Wien

5 R 168/20t

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie den Richter und die Richterin Mag. Guggenbichler und Mag. Waldstätten 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 **Flix SE**, Friedenheimer Brücke 16, 80639 München, Deutschland, vertreten durch andreewitch & partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14.10.2020, 11 Cg 22/20b-16, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen (I.) und zu Recht erkannt (II.):

I.

1. Das Berufungsverfahren wird fortgesetzt.
2. Die Parteibezeichnung der beklagten Partei wird auf Flix SE, Friedenheimer Brücke 16, 80639 München, Deutschland, berichtigt.
3. Das ergänzende Vorbringen der klagenden Partei in

ihrem Antrag auf Fortsetzung des Berufungsverfahrens und das ergänzende Vorbringen der beklagten Partei in ihrem Schriftsatz vom 9.6.2022 wird zurückgewiesen.

II. Der Berufung wird **Folge** gegeben und das angefochtene Urteil wie folgt **abgeändert**:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel: „Wir nutzen Deine e-mail-Adresse, um Dir die Buchungsbestätigung sowie zusätzliche Angebote rund ums Reisen zu senden. Du kannst dem Erhalt dieser e-mails jederzeit kostenlos widersprechen. Sende hierfür eine e-mail an unsubscribe@flixbus.com“ oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

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.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 6.359,56 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 816,76 USt und EUR 1.459 Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.365,60 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 536,60 USt und EUR 2.146 Barauslagen) 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 in § 29 KSchG genannter Verein. Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinn des § 1 KSchG und betreibt Fernbusverbindungen, insbesondere auch solche, die von Städten in Österreich abfahren oder deren Ziel Städte in Österreich sind. Sie bietet ihre Leistungen unter anderem im Onlinevertrieb über die Website <https://www.flixbus.at> an. Im Rahmen dieses Onlinevertriebs tritt die Beklagte auch mit Verbrauchern im Sinn des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. In der auf der Website der Beklagten abrufbaren Maske für Onlinebuchungen ist die Eingabe einer E-Mailadresse obligatorisch. Unter dem Eingabefeld für die E-Mailadresse findet sich folgender Text:

„Wir nutzen Deine E-Mail-Adresse, um Dir die Buchungsbestätigung sowie zusätzliche Angebote rund ums Reisen zu senden. Du kannst dem Erhalt dieser E-Mails jederzeit kostenlos widersprechen. Sende hierfür eine E-Mail an unsubscribe@flixbus.com. Abgesehen von den Übermittlungskosten für die E-Mail nach den Basistarifen, also Deinem schon vorhandenen Internet-Vertrag, fallen keine Kosten an.“

Der Benützer kann unmittelbar beim Buchungsvorgang von seinem „Opt-Out-Recht“ im Hinblick auf die Zusendung von Werbebotschaften keinen Gebrauch machen; er kann die

Zusendung von Werbebotschaften nur dadurch verhindern, dass er ein separates Mail an die in der Maske angegebene Mail-Adresse versendet.

Der **Kläger** beehrte die Unterlassung der Verwendung oder des Sich-Berufens auf die inkriminierte Klausel oder sinngleicher Klauseln sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Er brachte in der Klage vor, dass die beanstandete Klausel § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 widerspreche und damit gesetzwidrig sei, weil sie nicht die Möglichkeit vorsehe, der Direktwerbung schon bei Erhebung der Kontaktinformation gebührenfrei und problemlos zu widersprechen. § 107 TKG 2003 habe gemäß Art 95 DSGVO Anwendungsvorrang gegenüber Art 6 DSGVO.

In seinem vorbereitenden Schriftsatz argumentierte der Kläger, dass er als Verbraucherschutzverband zur Erhebung einer Verbandsklage auch insoweit aktiv legitimiert sei, als er Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen geltend mache. Dass die Fernmeldebehörde die Klausel für zulässig erachte, sei ohne Relevanz.

Prüfungsmaßstab für die mit der Klage verfolgten Ansprüche nach § 28 Abs 1 KSchG seien unter anderem die Vorschriften der DSGVO. Die inkriminierte Klausel habe keineswegs nur Hinweischarakter; vielmehr bedinge sich die Beklagte damit das Recht zu einer gesetzwidrigen Werbemöglichkeit aus, es handle sich daher um eine nach § 28 KSchG kontrollfähige Willenserklärung. Die Beklagte räume sich durch die Klausel das Recht ein, Verbrauchern „zusätzliche Angebote rund ums Reisen“ zukommen zu lassen. Bei kundenfeindlichster Auslegung umfasse diese Klausel auch Angebote Dritter sowie Direktwerbungen für Produkte, die der erworbenen Dienstleistung nicht ähnlich seien. Die Verarbeitung der E-Mail-Adressen zu

Werbezwecken müsse letztlich den Anforderungen der DSGVO entsprechen, weil sie sich nicht bloß auf Direktwerbung iSd § 107 TKG 2003 beziehe. Die mit der Klausel angenommene Einwilligung des Verbrauchers in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken sei unrechtmäßig und stelle keine zulässige Einwilligung iSd Art 6 Abs 1 lit a DSGVO dar. Die Klausel kopple die Zustimmungserklärung des Verbrauchers an den Abschluss des Dienstleistungsvertrags, was Art 7 Abs 4 DSGVO widerspreche. Sie sei auch so formuliert, dass der Verbraucher die Zustimmung erteile, sofern er keine gesonderte aktive Handlung setze, was Art 25 Abs 2 DSGVO widerspreche. Außerdem verletze die Klausel Art 7 Abs 3 DSGVO, weil der Widerruf der Einwilligung nicht ebenso einfach wie deren Erteilung sei; geboten wäre eine Widerrufsmöglichkeit über dieselbe elektronische Schnittstelle.

In eventu releviere der Kläger weiterhin einen Verstoß gegen § 107 Abs 3 Z 3 TKG, weil die Möglichkeit des Ab- bzw. Nichtbestellens der Direktwerbung bereits bei Vertragsabschluss bestehen müsse. Es müsse die Möglichkeit zur unmittelbaren Ablehnung des Erhalts von Werbemails geben. Die Möglichkeit zum Versenden eines Widerrufs-E-Mails sei jedenfalls nicht „unmittelbar“. § 107 TKG sei seit Inkrafttreten der DSGVO unionsrechtskonform iSd Begriffsbestimmungen der DSGVO auszulegen.

Die Klausel sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie den Verbraucher nicht vollständig über seine Rechte informiere, konkret darüber, dass er schon bei Erhebung seiner Daten den Erhalt von Werbung ablehnen könne.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung der Klage und wandte zusammengefasst ein, dass die beanstandete Klausel keine Willenserklärung beinhalte, sondern nur der Aufklärung des Konsumenten diene. Der Verbraucher werde bloß über die Zustellung elektronischer Direktwerbung informiert; in einem werde ihm die Möglichkeit eingeräumt, die Zustellung von Direktwerbung abzulehnen.

Inhaltlich rüge der Kläger nicht die abgemahnte Klausel, sondern die Geschäftspraxis eines Opt-out. Im Ergebnis mahne der Kläger eine Datenschutzverletzung ab, wozu er nicht aktivlegitimiert sei. Die DSGVO solle den freien Verkehr personenbezogener Daten sicherstellen; mit dieser Zielsetzung sei es unvereinbar, den Transparenzgrundsatz der DSGVO an nationalen Vorschriften wie dem ABGB oder dem KSchG zu messen; das Transparenzgebot der DSGVO sei ausschließlich durch deren Art 12 bis 14 ausgestaltet.

Die Klage sei unschlüssig, weil das Unterlassungsbegehren überschießend sei. Die vom Kläger gewählte Formulierung des Unterlassungsbegehrens nehme der Beklagten die Möglichkeit, den abgemahnten Text in Zukunft bei Opt-in-Einwilligungen zu verwenden, was jedenfalls zulässig wäre.

Ein Verstoß gegen § 107 Abs 3 Z 3 TKG liege nicht vor, weil dem Kunden bereits vor Abschluss einer Buchung eine E-Mail-Adresse bekannt gegeben werde, die er kostenfrei anschreiben könne, um die Übertragung elektronischer Werbung abzulehnen. Diese Opt-out-Möglichkeit werde jedenfalls vor Erheben der Kontaktdaten angeboten, sie sei gebührenfrei und problemlos und genüge daher den Anforderungen des § 107 Abs 3 Z 3 TKG. Der Konsument könne das Mail auch bereits vor der Buchung versenden. Außerdem informiere die Beklagte ihre Kunden per Mail, dass eine Ablehnung über den eingebetteten Link „Abmeldung“, der op-

tisch hervorgehoben sei, möglich sei. Die Fernmeldebehörde habe den gegenständlichen Opt-out-Prozess für rechtskonform befunden, was im Sinn der Einheit der Rechtsordnung zu beachten sei.

Die Beklagte hole für die Datenverarbeitung keine Einwilligung ein, sondern versende Direktwerbung im Einklang mit der Ausnahmebestimmung des § 107 Abs 3 TKG. Es sei daher im Verfahren bloß zu prüfen, ob die Beklagte E-Mail-Adressen auf Grundlage des § 107 Abs 3 TKG für Werbezwecke verarbeiten dürfe.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das **Erstgericht** das Klagebegehren ab. Es nahm den auf den Seiten 2 bis 3 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Sachverhalt als unstrittig an. In rechtlicher Hinsicht argumentierte das Erstgericht, dass die beanstandete Klausel als solche unbedenklich sei. Der inkriminierte Text könnte zulässiger Weise neben einem Button „Nein Danke, keine Werbung“ oder neben einer Opt-in-Erklärung iSd § 107 Abs 2 TKG stehen und wäre in diesem Fall nicht zu beanstanden. Der vom Kläger behauptete Verstoß der Beklagten gegen § 107 Abs 3 TKG könne bestenfalls eine unlautere Geschäftspraktik darstellen, auf deren Vorliegen sich der Kläger aber gar nicht berufe. Das Klagebegehren sei damit unschlüssig.

Dagegen richtet sich die **Berufung** des Klägers mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagsstattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Der Kläger macht die Berufungsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der Aktenwidrigkeit sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Zu I.

1. Das Berufungsgericht hat das Berufungsverfahren mit Beschluss vom 21.1.2021 bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) über den vom Obersten Gerichtshof am 25.11.2020 zu 6 Ob 77/20x oder den vom deutschen Bundesgerichtshof am 28.5.2020 zu I ZR 186/17 gestellten Antrag auf Vorabentscheidung unterbrochen.

Das Urteil des EuGH über den vom deutschen Bundesgerichtshof gestellten Antrag auf Vorabentscheidung erging am 28.4.2022 (C-319/20). Das Berufungsverfahren war daher über Antrag des Klägers vom 29.4.2022 fortzusetzen.

2. Die Parteibezeichnung der Beklagten war aufgrund der bekannt gegebenen Umwandlung wie im Spruch ersichtlich zu berichtigen.

3. Das ergänzende Sachvorbringen des Klägers in seinem Antrag auf Fortsetzung des Berufungsverfahrens sowie der Beklagten in ihrem Antrag auf Berichtigung der Parteibezeichnung war jeweils aufgrund des im Rechtsmittelverfahren geltenden Grundsatzes der Einmaligkeit, wonach jeder Partei im Rechtsmittelverfahren nur ein Rechtsmittelschriftsatz zusteht (RIS-Justiz RS0041666), als unzulässig zurückzuweisen.

Zu II.

Die Berufung ist **berechtigt**.

1. Zur Aktenwidrigkeit und Mangelhaftigkeit

1.1. Der Berufungswerber bekämpft im Rahmen dieser Berufungsgründe die Ausführungen des Erstgerichts im Rahmen der rechtlichen Beurteilung, wonach es unstrittig sei, „dass die Beklagte bei Online-Buchungen die Mailadresse der Kunden erhebt und diese Mailadressen nutzen will, um eigene Produkte zu bewerben“ (ON 16, 5). Er argumentiert, dass er weder ausdrücklich noch schlüssig zugestanden habe, dass die Beklagte mit den im Zuge der Online-Buchungen erhaltenen Mailadressen (nur) eigene Produkte bewerben wolle. Damit ist der Berufungswerber aus folgenden Erwägungen im Recht:

1.2. Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren betont, dass die inkriminierte Klausel die Zusendung elektronischer Post gerade nicht auf Direktwerbung beschränke, sondern auch Angebote Dritter umfasse. Diese müssten zur von der Beklagten angebotenen Busreise nicht einmal ähnlich sein, weil die Formulierung „Angebote rund ums Reisen“ bei kundenfeindlichster Auslegung auch Werbungen umfasse, bei denen es sich nicht um Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte und Dienstleistungen handle (ON 10, 8ff).

Es kann daher keine Rede davon sein, dass der Kläger ausdrücklich oder schlüssig zugestanden hätte, dass die Beklagte die Mailadressen (nur) zur Bewerbung eigener Produkte nützen wolle. Zwar liegt keine Aktenwidrigkeit vor, wenn eine Tatsachenfeststellung durch die Beurteilung eines Prozessvorbringens als schlüssiges Geständnis gewonnen wurde (10 ObS 314/02b). Allerdings hat der Berufungswerber die unrichtige Annahme des Vorliegens eines (schlüssigen) Geständnisses iSd §§ 266, 267 ZPO zutreffend als Verfahrensmangel gerügt (RS0040078). Im Ergebnis hat die vom Erstgericht seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Sachverhaltsannahme, dass die Beklagte die von ihr

bei Online-Buchungen erhobenen E-Mailadressen der Kunden nutzen will, um eigene Produkte zu bewerben, unbeachtet zu bleiben.

1.3. Das Berufungsgericht übernimmt damit die bekämpfte Feststellung, dass die Beklagte die von ihr bei Online-Buchungen erhobenen E-Mailadressen der Kunden nutzen will, um eigene Produkte zu bewerben, ausdrücklich nicht.

2. Zur Rechtsrüge

2.1. Die Anwendbarkeit österreichischen Rechts ist im Berufungsverfahren nicht strittig.

2.2. Vorweg ist die Frage zu klären, ob dem Kläger die Klagebefugnis für eine Verbandsklage nach § 28 KSchG zukommt, wenn er im Klauselprozess Verstöße gegen die DSGVO releviert, ohne dass eine konkrete Verletzung von Datenschutzrechten einer betroffenen Person und ohne dass ein Auftrag einer solchen Person zur Klagsführung vorliegen würde. Diese Frage hat der EuGH in seinem Urteil zu C-319/20 über das Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesgerichtshofs zu I ZR 186/17 wie folgt beantwortet:

„Nach alldem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art 80 Abs 2 DSGVO dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung, nach der ein Verband zur Wahrung von Verbraucherinteressen gegen den mutmaßlichen Verletzer des Schutzes personenbezogener Daten ohne entsprechenden Auftrag und unabhängig von der Verletzung konkreter Rechte betroffener Personen Klage mit der Begründung erheben kann, dass gegen das Verbot der Vornahme unlauterer Geschäftspraktiken, ein Verbraucherschutzgesetz oder das Verbot der Verwendung unwirksamer allgemeiner Geschäftsbedingungen verstoßen worden sei, nicht entgegensteht, sofern die betreffende Datenverarbeitung die Rechte identifizierter oder

identifizierbar natürlicher Personen aus dieser Verordnung beeinträchtigen kann."

Der EuGH beantwortete damit die idente Vorlagefrage, wie sie auch der OGH zu 6 Ob 77/20x stellte (vgl die Entscheidung des Berufungsgerichts zu 5 R 168/20t, Punkt 1.). Die Aktivlegitimation des Klägers für eine Verbandsklage wie die vorliegende, in der er Verstöße gegen die DSGVO releviert, ohne dass eine konkrete Verletzung von Datenschutzrechten einer betroffenen Person und ohne dass ein Auftrag einer solchen Person zur Klagsführung vorlegen würde, ist somit ausgehend von der Entscheidung des EuGH zu bejahen.

2.3. Das Erstgericht hat sich in der angefochtenen Entscheidung mit den vom Kläger behaupteten Verstößen der Beklagten gegen die DSGVO nicht auseinandergesetzt. Es hielt das Klagebegehren für unschlüssig, weil das Verhalten der Beklagten für den Fall der Bejahung eines Verstoßes gegen § 107 Abs 3 TKG als unlautere Geschäftspraktik im Sinne von § 28a KSchG zu werten wäre, worauf sich der Kläger aber nicht gestützt habe.

2.4. Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die er von ihm geschlossenen Verträge zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

2.5. Die Beklagte bestreitet nicht, die gegenständliche Klausel „in Vertragsformblättern oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ verwendet zu haben,

bringt aber vor, dass es sich um keine Willenserklärung, sondern lediglich um eine Information der Kunden handle, die nicht § 28 Abs 1 KSchG zu unterstellen sei (RS0131601). Dieser Rechtsansicht ist nicht zu folgen. Die Formulierung, dass die Beklagte die E-Mail-Adresse des Kunden dazu nutzen werde, um ihm neben der Buchungsbestätigung auch Angebote „rund ums Reisen“ (auch von Dritten) zuzusenden und dass der Kunde dem (nur) durch das Senden einer E-Mail widersprechen könne, hat vielmehr den Charakter einer Zustimmungserklärung, zumal dem Kunden klar sein muss, dass er der Zusendung von Werbe-E-Mails zustimmt, wenn er nicht aktiv tätig wird und eine E-Mail an die Beklagte sendet.

2.6. Ein Klagebegehren ist rechtlich schlüssig, wenn das Sachbegehren des Klägers materiell-rechtlich aus den zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachenbehauptungen abgeleitet werden kann (RS0037516). Das Erstgericht geht zunächst aktenwidrig (siehe oben Punkt 1.) davon aus, die Beklagte habe die E-Mail Adressen der Kunden lediglich zur Bewerbung eigener - und nicht auch fremder - Produkte nutzen wollen. Bei der gegenständlichen Klausel handelt es sich weiters, wie oben dargelegt, um eine Zustimmungserklärung des Kunden, die § 28 Abs 1 KSchG zu unterstellen ist. Das Klagebegehren ist davon ausgehend auch schlüssig.

2.7. Die Klausel verstößt nach zutreffender Rechtsansicht des Klägers zunächst gegen § 107 Abs 2 TKG, weil keine rechtskonforme „vorherige Einwilligung“ der Kunden zur Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung eingeholt wird. Zwar normiert Art 95 DSGVO den Anwendungsvorrang der ePrivacy-Richtlinie und damit auch der Bestimmungen des TKG. Bei der Auslegung der Bestimmungen des TKG sind jedoch auch die Bestimmungen der DSGVO heranzuziehen. § 107 TKG regelt nur die

Zusendung von Werbemails. Die Verarbeitung personenbezogener Daten geht jedoch weiter und erfasst etwa schon die Erhebung und Speicherung derselben, um eine Zusendung von Werbemails zu ermöglichen. Konkret verweist auch Erwägungsgrund 17 der ePrivacy-Richtlinie zum Verständnis des Begriffes einer Einwilligung ausdrücklich auf die Datenschutz-Richtlinie. Entsprechend der Legaldefinition in Art 4 Z 11 DSGVO muss eine Einwilligung freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und ausdrücklich (durch eine eindeutige bestätigende Handlung) erfolgen (vgl. *Bisset/Raabe-Stuppnig*, Werbemails zwischen TKG und Datenschutz, Lexis Briefings in lexis360.at). Dies ist bei der gegenständlichen Klausel nicht der Fall.

2.8. Die Klausel verstößt weiters gegen § 107 Abs 3 Z 2 TKG. Nach dieser Bestimmung ist die vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs 2 dann nicht notwendig, wenn diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt. Wie bereits dargelegt, umfasst die gegenständliche Klausel jedoch nicht nur die Zustimmung des Kunden zur Zusendung von Angeboten der Beklagten selbst, sondern auch Dritter. Darüber hinaus enthält sie auch keine Einschränkung auf ähnliche Produkte oder Dienstleistungen.

2.9. Ebenso zu bejahen ist ein Verstoß der Klausel gegen § 107 Abs 3 Z 3 TKG, erhält der Empfänger doch gerade nicht klar und deutlich die Möglichkeit, die in Rede stehenden Zusendungen bereits im Zeitpunkt der Datenerhebung bzw des Vertragsabschlusses problemlos abzulehnen. Der Kunde müsste dazu im Zuge des Buchungsvorgangs die Bestellmaske verlassen, um zunächst ein E-Mail mit dem Widerspruch gegen die Nutzung seiner Daten für elektronische Direktwerbung abzusenden.

2.10. Da sich nach Erlassung der erstinstanzlichen Entscheidung die anzuwendende Rechtslage geändert hat (mit 29.10.2021 trat das TKG 2021 in Kraft), hat eine Parallelprüfung nach altem und neuen Recht zu erfolgen. Ein Verbot ist nur möglich, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist (sonst Wegfall der Wiederholungsgefahr). Daneben ist weiterhin erheblich, ob das beanstandete Verhalten auch zu jenem Zeitpunkt untersagt war, als es gesetzt wurde (sonst läge kein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht vor). Im Ergebnis ist ein Unterlassungsanspruch nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstößt. Eine Parallelprüfung nach altem Recht kann (nur dann) unterbleiben, wenn das beanstandete Verhalten nach Inkrafttreten des neuen Rechts fortgesetzt wurde, was im vorliegenden Fall nicht feststeht. Diese Rechtsprechung zum UWG wurde auf Verbandsklagen zur AGB-Kontrolle übertragen (RS0123158 [T1, T2, T5, T7, T8]).

§ 174 TKG 2021 entspricht inhaltlich § 107 TKG 2003, weshalb das beanstandete Verhalten der Beklagten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist (vgl 4 Ob 95/21f).

2.11. Die Beklagte hat in erster Instanz weiters eingewendet, die vom Kläger geforderte Unterlassungserklärung würde ihr auch verwehren, in Zukunft den abgemahnten Text (und sinngleiche Texte) etwa auch bei Opt-in Einwilligungen zu verwenden oder sich darauf zu berufen. Eine den Wortlaut dieser Bestimmung betreffende Unterlassungsverpflichtung sei somit überschießend, weil sie auch eine zulässige Verwendung dieses Wortlauts unmöglich machen würde.

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Nutzung der gegenständlichen Klausel (oder sinngleicher Klauseln im

Rahmen einer Opt-in-Einwilligung nicht denkbar ist, weil durch deren Text die erste Zustimmung der Kunden bereits fingiert wird. Diese Zustimmung können die Kunden nur durch Zusendung einer E-Mail an die Beklagte widerrufen. Das Unterlassungsgebot ist daher nicht überschießend.

2.12. Das Unterlassungsbegehren ist daher berechtigt, es war allerdings auf den österreichischen Markt einzuschränken (vgl OLG Wien 5 R 156/21d).

2.13. Zum Veröffentlichungsbegehren:

Gemäß § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG kann die in einem Verbandsprozess obsiegende Partei vom Gericht zur Urteilsveröffentlichung ermächtigt werden, wenn sie daran ein berechtigtes Interesse hat. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Dieser Zweck ist nicht auf die unmittelbar betroffenen Vertragspartner beschränkt. Die Urteilsveröffentlichung soll vor allem das Publikum aufklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (RS0079820). Die Veröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der „Kronen-Zeitung“ entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (8 Ob 144/18m mwN). Eine Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung ist auch dann sinnvoll, wenn der Fokus der Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens im Internet liegt (RS0121963 [T 10, T13, T15]; 1 Ob 124/18v mwN; 1 Ob 201/20w).

Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens beruht auf §§ 41, 54 Abs 1a ZPO.

Die Entscheidung über die **Kosten** des Berufungsverfahrens gründet auf § 41, 50 ZPO. Für den Fortsetzungsantrag waren Kosten nach TP 1 RATG zuzusprechen.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands beruht auf § 500 Abs 2 Z 2 lit b ZPO.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern bestimmter Geschäftsbranchen, die - wie hier - regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage aufwirft, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 31. August 2022

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG



Schmerlingplatz 11, Postfach 26
1011 Wien

Tel.: +43 1 52152 0 3859

Personenbezogene Ausdrücke in
diesem Schreiben umfassen jedes
Geschlecht gleichermaßen.

Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

RECHTSMITTELSACHE:

Erste Partei

Verein für Konsumenteninformation
Linke Wienzeile 18
1060 Wien

vertreten durch

Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte
KG

Ölzeltgasse 4

1030 Wien

Tel.: +43 1 713 61 92, Fax: +43 1 713 61 92
22

Firmenbuchnummer 214452x

Zweite Partei

Flix SE
Friedenheimer Brücke 16
80639 München
DEUTSCHLAND

vertreten durch

andreewitch & partner rechtsanwälte GmbH
Stallburggasse 4

1010 Wien

Angefochtene Entscheidungen: Urteil vom: 14.10.2020 des Handelsgericht Wien, 007 11
Cg 22/20b Ordnungsnummer 16

Zu: 007 011 CG 22/20 b

Die Entscheidung des OLG (samt weiteren Schriftstücken) wird übermittelt.

Oberlandesgericht Wien, Abteilung 5

Wien, 08. September 2022

Dr. Maria Schrott-Mader, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

6 Beilage(n):

Nr	Bezeichnung	Datum	ON/Beilage	Zeichen (Einbr.)
1	Urteil	31.08.2022		
2	ERV-Deckblatt/Schriftsatz	09.06.2022		Flix - VKI
3	Schriftsatz	09.06.2022	Mitteilung	
4	ERV-Deckblatt/Schriftsatz	29.04.2022		FE-22-0213
5	Antrag - Antrag auf Fortsetzung des Berufungsverfahrens	29.04.2022	I	FE-22-0213
6	Beilage - EuGH Urteil, Beilage ./A	29.04.2022	A	FE-22-0213

An
Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

Eingabe zu: 007 011 CG 22/20 b

Elektronisch eingebracht am 08.09.2022

Oberlandesgericht Wien

Schmerlingplatz 11, Postfach 26
1011 Wien
Zeichen: 009 005 R 168/20 t

Justizinterne Eingabe

7 Anhänge

Nr

- | | |
|---|---|
| 1 | Note |
| 2 | Urteil |
| 3 | ERV-Deckblatt/Schriftsatz |
| 4 | Schriftsatz |
| 5 | ERV-Deckblatt/Schriftsatz |
| 6 | Antrag auf Fortsetzung des Berufungsverfahrens |
| 7 | EuGH Urteil, Beilage .A |