



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 89/22f

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger (Vorsitzender) sowie den Richter Mag. Hofmann und die Richterin MMag. Pichler 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 Grand Canal Square, Grand Canal Harbor, Dublin 2, Ireland, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500, Gesamtstreitwert EUR 36.000), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 31. März 2022, 20 Cg 37/21a-16, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

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

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt jeweils EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Die Beklagte betreibt den Messenger-Dienst WhatsApp, den sie (auch) in Österreich anbietet, wobei sie laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt. Anfang 2021 hat sie ihren Nutzern bei Aufruf der WhatsApp-Anwendungen - als nunmehriger Gegenstand der „Klausel 1“ - folgende Mitteilung samt „Zustimmen“-Button zukommen lassen (Beil./A; diverse Hyperlinks hat das Berufungsgericht kursiv und unterstrichen hervorgehoben):

„Aktualisierung der Nutzungsbedingungen und der
Datenschutzrichtlinie von WhatsApp

[...] Diese Aktualisierung erweitert unsere Nutzungsbedingungen und unsere Datenschutzrichtlinie um zusätzliche Informationen beispielsweise dazu, wie du mit Unternehmen chatten kannst, wenn du das möchtest. Darunter: [...] 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. In unserer Datenschutzrichtlinie erfährst du mehr darüber, wie wir deine Daten verarbeiten.“

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG klagebefugter Verband. Er strebt mit seinem Unterlassungs- (samt korrespondierendem Veröffentlichungs-)begehren an, der Beklagten die (auch nur sinngleiche) Verwendung von obiger „Klausel 1“ sowie von fünf weiteren - in den Nutzungsbedingungen enthaltenen, nachstehend näher darzustellenden - Klauseln sowie des Sich-darauf-Berufens zu verbieten. Die wechselseitigen Standpunkte und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts werden im Rahmen der Rechts-

rüge - soweit für das Verständnis der Entscheidung erforderlich - komprimiert dargestellt werden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren hinsichtlich sämtlicher sechs Klauseln - mit einer Leistungsfrist von vier Monaten betreffend des Klausel-Verwendens und von zwei Monaten betreffend des Sich-darauf-Berufens - sowie dem Veröffentlichungsbegehren statt. Es traf die auf Seiten 7 bis 8 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. Hervorzuheben ist die Negativ-Feststellung, wonach nicht feststellbar war, „wohin konkret die Hyperlinks die Nutzer führten (./A, ./3)“.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, Aktenwidrigkeit, unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung durch gänzliche Klagsabweisung; hilfsweise auf Urteilsaufhebung sowie auf Abänderung der Leistungsfrist zur Befolgung der Unterlassungsanordnung auf mindestens sechs Monate.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Verfahrensrüge releviert einen Begründungsmangel im Zusammenhang mit obiger Negativfeststellung darüber, wohin die Hyperlinks führten. Das Erstgericht übergehe die dazu vorgelegten Urkunden Beil./2 bis ./4. Der Kläger habe dies auch schlüssig zugestanden. Hiezu ist auszuführen:

Die Frage, ob § 267 ZPO zu Recht angewendet wurde oder nicht, ist eine Verfahrensfrage (RS0040078). Die Beklagte behauptet, das Erstgericht habe § 267 ZPO zu

Unrecht nicht angewendet und daher eine Negativfeststellung getroffen; damit strebt sie die Unbeachtlichkeit dieser Negativfeststellung an. Dabei ist zu differenzieren: Hätte das Erstgericht (positiv) das Gegenteil des angeblichen Geständnisses festgestellt, so läge darin kein Verfahrensmangel. Der Widerspruch zwischen dem Geständnis und der gegenteiligen Überzeugung des Gerichts wird durch den Vorrang der getroffenen Feststellung aufgelöst. Bei einer bloßen Negativfeststellung liegt kein solcher Widerspruch vor: Dass das Gericht von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptungen einer Partei nicht überzeugt ist, schließt nicht aus, dass die Gegenpartei die Richtigkeit dieser Behauptung zugesteht. In diesem Fall hat das Geständnis aufgrund der Dispositionsmaxime Vorrang. Eine Negativfeststellung wäre daher bei Vorliegen eines Geständnisses unbeachtlich (zu alldem 17 Ob 19/11k; 7 Ob 226/14g).

Bloßes unsubstantiiertes Bestreiten ist ausnahmsweise als Geständnis anzusehen, wenn die vom Gegner aufgestellte Behauptung offenbar leicht widerlegbar sein musste, dazu aber nie konkret Stellung genommen wird. Dies gilt insbesondere dort, wo eine Partei bloß einzelnen Tatsachenbehauptungen des Gegners mit einem konkreten Gegenvorbringen entgegentritt, zu den übrigen jedoch inhaltlich nicht Stellung nimmt (RS0039927 T12).

Der Kläger nimmt selbst auf die mehreren Verlinkungen Bezug und erstattete selbst (zumindest im Groben) Vorbringen zum Hyperlink „hier“ (S 5 der Klage). Er ist den Hyperlinks also augenscheinlich nachgegangen und hat (zumindest im Groben) Kenntnis von deren Inhalt.

Die Beklagte hat vorgebracht, dass die Hyperlinks unter „hier“ und unter „Aktualisierung“ zum Text gemäß

Beil./4 führen, in dem erklärt werde, was an den Nutzungsbedingungen geändert werde; sowie dass der Hyperlink unter „Nutzungsbedingungen“ zu deren geänderter Version gemäß Beil./2 führen (Schriftsatz ON 12 Rz 22).

Was daran - wie das Erstgericht zur Begründung seiner Negativfeststellung meint - dem Vorbringen der Beklagten und ihren Fußnoten nicht entnommen werden könne (S 8 der Urteilsausfertigung), bleibt im Dunklen. Der Kläger hat weder den Inhalt dieser Urkunden noch diese Texte als Verlinkungs-Ziel bestritten (Protokoll ON 13, 2), obwohl ihm zumindest im groben Wissen über den dortigen Text eine Bestreitung leicht möglich gewesen wäre. Obiges Beklagtenvorbringen über das Ziel der dargelegten Hyperlinks sowie deren - auch vom Rechtsmittelgericht ohne weiteres zugrunde zu legender (RS0121557 [T3], zB 7 Ob 80/17s) - Text sind daher als zugestanden iSd § 267 Abs 1 ZPO zu qualifizieren.

Dies führt zur Unbeachtlichkeit der Negativfeststellung, sodass sich ein Eingehen auf die diesbezüglichen weiteren Berufungsausführungen erübrigt.

Als aktenwidrig unvollständig moniert die Berufungswerberin den festgestellten Benachrichtigungsinhalt laut Beil./A und ./3, wonach die Aktualisierung [unrichtig nur] „unsere Datenschutzrichtlinie“ [anstelle richtig] „unsere Nutzungsbedingungen und unsere Datenschutzrichtlinie“ erweitere.

Dem ist beizupflichten: Die erstgerichtliche Feststellung (S 8 oben der Urteilsausfertigung) gibt den in Rede stehenden unstrittigen Urkundentext - im Übrigen auch abweichend vom Unterlassungsbegehren zu Klausel 1 - offensichtlich irrtümlich nur unvollständig wieder, sodass die auch bereits eingangs dargelegte zutreffende

vollständige Wortfolge („Diese Aktualisierung erweitert unsere Nutzungsbedingungen und unsere Datenschutzrichtlinie [...]“ dem zu beurteilenden Tatsachensubstrat zugrunde zu legen ist.

Zur Rechtsrüge:

1. Zu Klausel 1

„Diese Aktualisierung erweitert unsere Nutzungsbedingungen und unsere 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.“

1.1. Der Kläger erachtet diese am Smartphone des Nutzers aufscheinende Benachrichtigung als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil der Verbraucher dadurch zu einer Zustimmung gezwungen werde, wenn er WhatsApp weiterhin verwenden wolle. Weiters sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere weil offen bleibe, was in den Nutzungsbedingungen und in der Datenschutzrichtlinie denn geändert werde. Der Text unterliege der Klauselkontrolle, weil er unmittelbar Rechte und Pflichten der Kunden regle und dem Verbraucher der Eindruck vermittelt werde, dass er sie sich im Streitfall als verbindliche Regelung entgegenhalten lassen müsse.

1.2. Die Beklagte meint, es handle sich um keine Vertragsbestimmung, sondern um eine bloße Mitteilung, die der Klauselkontrolle entzogen sei. Weiters verteidigt sie den inkriminierten Text insbesondere unter Hinweis auf die Verlinkungen und den dort ersichtlichen Text als

rechtskonform.

1.3. Das Erstgericht führte aus, es handle sich um eine im Rahmen des § 28 Abs 1 KSchG prüffähige Klausel, weil sie im untrennbaren inhaltlichen Zusammenhang zu den Nutzungsbedingungen stehe und dem Nutzer einen Rechtsfolgwillen im Zusammenhang mit einer Zustimmungsfiktion unterstelle. Der Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG folge aus der Unklarheit über die Änderungen.

1.4. Die Berufungswerberin wiederholt ihren Standpunkt, dass es sich um gar keine Vertragsbestimmung handle und überdies in Hinblick auf die Verlinkungen ausreichende Transparenz bestehe.

1.5. Das Berufungsgericht hat erwogen:

Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw Vertragsformblätter iSv § 28 KSchG sind auch „Mitteilungen“, die vorformulierte und nicht im Einzelfall ausgehandelte Vertragsbedingungen enthalten (1 Ob 192/16s mwN). Eine Formulierung ist grundsätzlich unbedenklich, wenn sie keine Willenserklärung des Verbrauchers enthält, sondern bloß dessen Aufklärung dient; dies gilt aber nicht, wenn die Klausel dahin verstanden werden kann, dass der Verbraucher über eine Regelung nicht bloß informiert wird, sondern ihr auch zustimmt (8 Ob 125/21x [Rz 20]).

Vorliegend handelt es sich um ein - in elektronischer Form gestaltetes - Vertragsformblatt (samt „Zustimmen“-Button), mit dem der Verbraucher seine Zustimmung zu diversen AGB-Änderungen erklären soll. Von einer bloßen Mitteilung allein zu Aufklärungszwecken kann daher keine Rede sein.

Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel

für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Ein Querverweis in einem Klauselwerk führt an sich noch nicht zur Intransparenz im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG; allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben (RS0122040).

Der Verbraucher soll diversen AGB-Änderungen zustimmen. Somit erfordert das Vollständigkeitsgebot konkrete Angaben über diese Änderungen, da ansonsten die Auswirkungen der Zustimmung unklar bleiben. Ein Querverweis auf Beil./2 führt nur zu den umfänglichen (neuen) Nutzungsbedingungen. Welchen Änderungen zugestimmt werde, könnte der Verbraucher - wenn überhaupt - nur durch höchst aufwändige Gegenüberstellung der bisherigen und der neuen Bedingungen in Erfahrung bringen. Ein solcher Querverweis trägt zur erforderlichen Transparenz somit nichts bei. Ein Querverweis auf Beil./4 vermag die gebotene Klarheit ebensowenig herzustellen: in Rede stehen Änderungen zweier unterschiedlicher Regelwerke, nämlich einerseits der „Nutzungsbedingungen“ und andererseits der „Datenschutzrichtlinie“. Einleitend sieht sich die Beklagte zwar selbst durchaus verpflichtet, diese „Aktualisierungen“ - in Wahrheit: (AGB-)Änderungen - „deutlich zu erläutern“. Inwiefern die nachfolgende Darstellung gewisser neuer Nutzungsmöglichkeiten sowie (im Kern) wiederum die bloßen Hinweise auf die umfänglichen Regelwerke dem Verbraucher ein klares und vollständiges Bild darüber geben solle, welchen diversen AGB-Änderungen er denn konkret zustimmen solle, bleibt weiterhin im Dunklen.

Die Berufung muss daher insoweit scheitern.

2. Klausel 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“.

2.1. Der Kläger erachtet die Klausel (unter anderem) als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil mangels jeglicher Einschränkung das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung über eine Zustimmungsfiktion erheblich geändert werden könne, sowie als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil die Klausel Änderungen unbeschränkt ermögliche und keine ausreichende und klare Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte.

2.2. Die Beklagte verteidigt die Klausel insbesondere angesichts der Einschränkung auf „angemessene“ Änderungen als rechtskonform.

2.3. Das Erstgericht führte zusammengefasst aus, die Klausel lasse Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß völlig uneingeschränkt zu, also ohne jede vor unangemessenen Nachteilen schützende Beschränkung sowie auch betreffend wesentliche Pflichten. Dies verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG. Die programmatische, völlig unbestimmt bleibende Ankündigung, dass die Änderungen unter Berücksichtigung der Interessen des Nutzers angemessen sein werden, ändere daran nichts.

2.4. Die Berufungswerberin hält dem entgegen, die genannte „Angemessenheit“ sei ein „deutlich erkennbarer vertraglicher Maßstab“. Die 30-Tage-Mindestfrist biete ausreichend Zeit zur Prüfung der Änderungen. Auch handle es sich um keine Erklärungsfiktion, sondern eine reine Wissenserklärung mit nur informativem Charakter.

2.5. Das Berufungsgericht hat erwogen:

Nach ständiger - schon vom Erstgericht zutreffend herangezogener - Judikatur verstößt eine Klausel, die Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulässt und nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte, gegen das Transparenzgebot. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Klausel eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten des Verwenders der AGB in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zulässt. Es ist jedoch nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig, sondern nur eine völlig uneingeschränkte (RS0128865).

Entgegen der Auffassung der Berufungswerberin sieht der letzte Satz der Klausel eine Bindung im Falle der Weiternutzung und damit sehr wohl eine Zustimmungsfiktion durch Weiternutzung vor. Auch führt der Begriff „angemessen“ zu keiner ausreichenden Beschränkung. Nach der Judikatur des OGH enthält etwa der Begriff „sachlich gerechtfertigte“ Umstände in Wirklichkeit eine dem Grund nach nicht näher konkretisierte, unbeschränkte Möglichkeit der Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion und wird den Vorgaben an eine möglichst präzise und sachliche Determinierung nicht gerecht (RS0132023). Für den hier verwen-

deten Begriff „angemessen“ gilt mangels substanziellen Unterschieds dasselbe.

Die Berufung muss daher auch insoweit scheitern.

3. Zu Klausel 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“.

3.1. Der Kläger erachtet die - nicht im Einzelnen ausverhandelte - Klausel insbesondere gemäß § 6 Abs 2 Z 2 KSchG für unwirksam, weil dem Unternehmer das Recht eingeräumt werde, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem nicht namentlich genannten Dritten zu überbinden.

3.2. Die Beklagte verteidigt die Klausel in Hinblick auf die eingeschränkte Übertragungsmöglichkeit nur an mit ihr verbundene Unternehmen.

3.3. Das Erstgericht führte zusammengefasst aus, die Klausel verstoße gegen die unmissverständliche Gesetzeslage nach § 6 Abs 2 Z 2 KSchG. Die Eingrenzung auf „verbundene“ Unternehmen etwa im Zusammenhang mit einer Fusion, einer Übernahme, einem Verkauf von Vermögenswerten missachte die geforderte Nämlichkeit.

3.4. Die Berufungswerberin meint, die Eingrenzung auf verbundene Unternehmen entspreche dem Gesetzeszweck auf Schutz vor Abtretung an einen unbekanntem Dritten.

3.5. Das Berufungsgericht vermag dem nicht zu fol-

gen, sondern erachtet die erstgerichtlichen Rechtsausführungen für zutreffend; hierauf kann verwiesen werden (§ 500a ZPO). Im Übrigen hat der OGH (wie der Berufungsgegner aufgezeigt) bereits eine Klausel für unwirksam erkannt, die zur Übertragung des Teilnehmerverhältnisses „auf ein verbundenes Unternehmen“ hätte berechtigen sollen; geboten sei eine strenge Auslegung zu Lasten des Unternehmers insbesondere dann, wenn die Zustimmungsfiktion insgesamt eine nach § 6 Abs 2 Z 2 KSchG unzulässige Vertragsüberbindung möglich machen soll (6 Ob 85/11k zur dortigen Klausel § 9 Abs 2). Die beispielhafte Aufzählung in der vorliegenden Klausel, die letztlich eine Abtretbarkeit auch „anderweitig frei an jedwedes unserer verbundenen Unternehmen“ vorsieht, bietet keinen Anlass für eine abweichende Beurteilung.

4. zu Klausel 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“.

4.1. Der Kläger erachtet die Klausel als gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB, weil sie ohne sachliche Rechtfertigung jegliche Abtretung, etwa auch an einen in § 29 KSchG genannten Verband, verbiete. Weiters verlange sie entgegen § 10 Abs 3 KSchG die Schriftform.

4.2. Die Beklagte meint, dass die Klausel nur eine der Klauselkontrolle entzogene Hauptleistungspflicht regle, und verteidigt sie auch als rechtskonform.

4.3. Das Erstgericht führte zusammengefasst aus, die Abtretung von Ansprüchen des Nutzers an Dritte sei anhand der gebotenen engen Abgrenzung keine Hauptleistung und die Klausel daher prüffähig. Das Verbot der Abtretung von

Ansprüchen zur gerichtlichen Geltendmachung an einen dazu befugten Verein sei mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

4.4. Die Berufungswerberin erblickt eine sachliche Rechtfertigung darin, sicherzustellen, dass sie ordnungsgemäß über ihre Nutzer informiert bleibe. § 10 Abs 3 KSchG sei nicht einschlägig, weil die Klausel vor der Übertragung von Rechten und Pflichten lediglich eine schriftliche Genehmigung verlange und somit „die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen“ gar nicht ausschließe.

4.5. Das Berufungsgericht hat erwogen:

§ 10 Abs 3 KSchG lautet: Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter kann zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

Der Oberste Gerichtshof hatte bereit folgende Klausel zu beurteilen: „6.1. Der Kunde kann den Vertrag mit A***** auf einen Dritten übertragen sofern A***** schriftlich zustimmt“ und sie als nachteiligen Ausschluss der Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen iSd § 10 Abs 3 KSchG qualifiziert; diese Bestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in den AGB in Abrede stellt; sie wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers (8 Ob 132/15t zu Klausel 1.d).

Daran ist auch hier festzuhalten. Die dortige Forderung nach einer schriftlichen „Zustimmung“ entspricht der hier geforderten schriftlichen „Genehmigung“. Dies führt schon in Hinblick auf § 10 Abs 3 KSchG zur Bestätigung des erstgerichtliche Unterlassungsgebots. Ob die Klausel

überdies auch gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt (so - allerdings auch aus anderen Gründen - 8 Ob 59/20i [zu Klausel 43]; anders aber 6 Ob 85/11k [zu Klausel § 9 Abs 3]), kann offen bleiben.

5. zu Klausel 5

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

5.1. Der Kläger erachtet die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere weil unklar sei, welche der Klauseln vom Unternehmer eingehalten werden, und es dem Verbraucher nicht zumutbar sei, sämtliche potentiell anwendbaren Gesetze weltweit zu kennen bzw zu überprüfen. Offenbar solle generell die Prüfung von Widersprüchen der AGB mit den „Gesetzen“ und damit die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der jeweiligen Klausel dem Verbraucher übertragen werden. Überdies sei unklar, ob bereits jeder Widerspruch zu Gesetzen zum Gesetzesvorrang führe - oder nur bei Unwirksamkeit der Bestimmung.

5.2. Die Beklagte verteidigt die Klausel, weil sie rein deklaratorischer Natur sei und keiner der Parteien eine Verpflichtung auferlege, sondern allgemein zum Ausdruck bringe, dass die Beklagte einen rechtmäßigen Zweck verfolge und der Vertrag keiner Fehlinterpretation dahin unterliege, dass er rechtswidrige Handlungen verlangen würde.

5.3. Das Erstgericht führte zusammengefasst aus, der durchschnittliche Verbraucher könne nicht beurteilen, welche dispositiven Normen allenfalls an die Stelle gesetzwidriger Klauseln treten, sodass die Klausel dem Verbraucher kein klares Bild von seiner Rechtsposition schaffe, sondern ihm das Risiko aufbürde, seine Rechte selbst zu ermitteln. Dies verstoße (im Sinne 4 Ob 63/21z

Rz 15 bzw 21 f mwN) gegen § 6 Abs 3 KSchG.

5.4. Die Berufungswerberin hält dem ihre erstinstanzlichen Argumente entgegen (insbesondere: bloß deklaratorischer Charakter der Klausel; klarer Hinweis auf die Gesetzestreue).

5.5. Das Berufungsgericht vermag dem nicht zu folgen, sondern erachtet die erstgerichtlichen Rechtsausführungen für zutreffend; hierauf kann verwiesen werden (§ 500a ZPO). Schon eine (kundenfeindlichste) mögliche Auslegung dahin, dass die Beklagte die Einhaltung dispositiver Gesetze vor die Einhaltung davon zulässig abweichender AGB-Regelungen stellen könne, führt zur Unklarheit darüber, welche AGB-Regelungen davon allenfalls betroffen seien, und somit zur Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufung muss daher auch insoweit scheitern.

6. zu Klausel 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“.

6.1. Der Kläger erachtet die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere weil sie im Ergebnis eine geltungserhaltende Reduktion unzulässiger Vertragsbestimmungen vorsehe und damit die Rechtslage falsch wiedergebe; bei Missbräuchlichkeit einer Klausel sei eine

Lückenschließung durch dispositive gesetzliche Regelungen nämlich nur dann zulässig, wenn der sonst eintretende Gesamtwegfall des Vertrags für den Verbraucher nachteilig wäre.

6.2. Die Beklagte verteidigt ihre Klausel, weil die Ungültigkeit einer Klausel noch nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge habe; die Klausel halte die Gültigkeit des Vertrags im Fall der Ungültigkeit bestimmter Klauseln aufrecht und stehe damit in Einklang mit der Rechtslage.

6.3. Das Erstgericht führte zusammengefasst aus, die Klausel sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie offen lasse, inwieweit einzelne Klauseln gültig seien oder nicht bzw in welchem Maß sie etwa durch erachtete Ungültigkeiten abgeändert würden, um durchsetzbar zu werden. Überdies widerspreche eine geltungserhaltende Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln im Individualprozess der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RS0128735), sodass die Klausel auch die Rechtslage falsch wiedergebe.

6.4. Die Berufungswerberin führt ihre erstinstanzlichen Argumente ins Treffen und meint, das Erstgericht lege den klaren Wortlaut der Klausel falsch aus.

6.5. Das Berufungsgericht hat erwogen:

Der Klauseltext sieht vor, dass eine [A] „rechtswidrige/ungültige“ oder [B] eine „nicht durchsetzbare“ Bestimmung [...] „in dem Maße als abgeändert gilt“, dass sie „durchsetzbar“ wird [...]

Schon sprachlich unklar ist von vornherein, inwiefern „rechtswidrige/ungültige“ Bestimmungen (im Sinne A) nunmehr überhaupt „durchsetzbar“ gemacht werden sollen. Inhaltlich unklar ist, auf welche Weise „nicht durchsetz-

bare“ Bestimmungen (im Sinne B) in „durchsetzbare“ abgeändert würden. Schon deshalb liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG auf der Hand. Im Übrigen bleibt auf die zutreffenden erstgerichtlichen Rechtsausführungen zu verweisen (§ 500a ZPO).

Die Berufung gegen das Unterlassungsgebot muss daher hinsichtlich sämtlicher sechs Klauseln scheitern.

7. Leistungsfrist

7.1. Die Berufungswerberin erachtet die 4-monatige Leistungsfrist betreffend das Unterlassen der Klauselverwendung als zu kurz und strebt eine solche von sechs Monaten an, weil die Umsetzung der Klauseln (in welcher Anzahl auch immer) in der gesamten Europäischen Region mit jeweils unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben und potenziell hunderten Millionen von betroffenen Nutzern für sie die größte logistische Hürde darstelle.

Dem ist entgegenzuhalten, dass dieses Unterlassungsgebot ohnehin nur österreichweit gilt, sodass kein Grund für die angestrebte Sonderbehandlung erkannt werden kann.

Die Berufungswerberin argumentiert weiters mit der Novellierung des § 133 Abs 1 und 4 TKG 2021, in Kraft getreten am 1.11.2021, wonach sie der Regulierungsbehörde jede Änderung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis zu drei Monate vor ihrer Verwendung anzuzeigen habe.

Zunächst kann hinsichtlich Klausel 1 schon nicht ohne weiteres erkannt werden, warum auch diese von der genannten Norm überhaupt erfasst sei. Im Übrigen gilt die genannte Drei-Monats-Frist nur für Änderungen, die den Endnutzer nicht ausschließlich begünstigen. Berücksichtigt man den konkreten Inhalt der hier in Rede stehenden Klauseln, insbesondere die nahe liegende Alternative ihres weitgehenden ersatzlosen Entfalls, hat die

Berufungswerberin schon jegliche Konkretisierung dahin unterlassen, welche den Verbraucher benachteiligende Ersatzregelung ihr denn allenfalls vorschwebte. Auch sind die vorliegenden Klauseln inhaltlich keineswegs komplex; soweit die Berufungswerberin sie nicht ohnehin als gänzlich entbehrlich erachten sollte, wird sie (selbst bei Beachtlichkeit der Drei-Monats-Frist) eine Ersatzformulierung binnen einem Monat wohl durchaus zuwege bringen. Die erstgerichtliche Leistungsfrist von vier Monaten ist daher nicht zu beanstanden.

7.2. Die Berufungswerberin erachtet die 2-monatige Leistungsfrist betreffend das „Sich-Berufen“ auf die Klausel als zu kurz, zumal nach „jüngerer“ Rechtsprechung beide Fristen gleich zu bemessen seien.

Allerdings differenziert der Oberste Gerichtshof inzwischen dahingehend, ob die Umsetzung dieses Unterlassungsgebots weitere aktive Vorkehrungen erfordern, wie es etwa der Fall wäre, wenn bestimmte betriebliche und/oder organisatorische Maßnahmen erforderlich wären, um zu verhindern, dass die Klauseln weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden (vgl ausführlich: 1 Ob 57/18s). Warum solche organisatorischen Maßnahmen bei den hier in Rede stehenden (keineswegs komplexen) Klauseln einen Zeitbedarf von mehr als zwei Monaten erfordern würden, ist nicht ersichtlich.

Die Berufung musste daher insgesamt erfolglos bleiben.

8. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 50, 41 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung des Klägers; sofern Klausel 1 zur Benachrichtigung und Klauseln 2 bis 6 zu den AGB im engeren Sinn einer gesonderten Bewertung bedürfen, orientiert sich der

Bewertungsausspruch in Hinblick auf die Betroffenheit zahlreicher Vertragsverhältnisse und damit die weittragende Bedeutung der Sache überdies an § 5 Z 34 lit c AHK.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil in Hinblick auf die bereits ergangene und auch hier einschlägige höchstgerichtliche Judikatur Rechtsfragen von der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität nicht zur Beurteilung standen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 21. November 2022

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG