



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

19 Cg 69/21z

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1A
1030 Wien

Tel.: +43 (0)1 51528

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien fasst durch die Richterin Mag. Anna-Verena Kulka in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei GoStudent GmbH, Ernst Melchior-Gasse 20, 6. OG, 1020 Wien vertreten durch Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,--)

I. den Beschluss:

Der Antrag der beklagten Partei das Verfahren gemäß § 190 ZPO bis zum Vorliegen der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-565/22 zu unterbrechen, wird abgewiesen.

II. erkennt nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die Beklagte ist schuldig, binnen dreier Monate im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehender Klauseln oder die Verwendung singleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es weiters zu unterlassen, sich auf diese Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

„1. Abweichende, entgegenstehende oder ergänzende Bedingungen sind nur wirksam, wenn GoStudent diesen schriftlich zugestimmt hat.

2. Die Bestimmungen dieser AGB können von GoStudent jederzeit ohne Angabe von Gründen geändert werden, wobei solche Änderungen auf der Plattform kundgemacht werden. Benützt der Nutzer die Plattform nach Kenntnisnahme der geänderten AGB weiter, gelten die Änderungen als angenommen.

4. Im Zuge der Registrierung für die Plattform stimmt der Nutzer der Geltung dieser AGB zu.

5. Für die Dauer der Vertragslaufzeit wird dem Nutzer monatlich (jeweils zum Aufladungsdatum) die vertraglich festgelegte Anzahl an Einheiten gutgeschrieben und der entsprechende Betrag automatisch abgebucht. Das Aufladungsdatum entspricht dem Kalendertag, an dem der Vertrag abgeschlossen wurde (Beispiel: Wurde ein Vertrag am 20.03.2021 geschlossen, ist der Aufladungstag jeweils der 20. Tag jeden Monats der Vertragslaufzeit). Gutgeschriebene Einheiten können jeweils bis zum nächsten Aufladungsdatum frei für das Buchen von Unterrichtseinheiten verwendet werden, eine Mitnahme über das nächste Aufladungsdatum hinaus ist nicht möglich.

6. Nach Ablauf der Laufzeit verlängert sich der Vertrag um ein weiteres Paket zu denselben Konditionen (Einheiten, Zeitraum und Preis). Sollte das vom Nutzer nicht erwünscht sein, kann ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis spätestens 7 Tage vor Ende der Vertragslaufzeit das offizielle Kündigungsformular ausgefüllt werden und somit die anschließende Verlängerung verhindert werden. Andernfalls wird der Lehrervertrag um ein weiteres Paket zu denselben Konditionen (Einheiten, Zeitraum und Preis) verlängert. Für die Bezahlung gilt die im ursprünglichen Lehrervertrag gewählte Vereinbarung (siehe dazu auch Punkt 5.3). Durch eine ausgebliebene Kündigung verlängert sich der laufende Vertrag ohne neuerliches Widerrufsrecht.

7. Wenn Guthaben verfällt, weil es vom Nutzer nicht innerhalb des dafür vorgesehenen Zeitraums verbraucht wird, wird es ebenfalls vom Konto des Nutzers abgezogen.

9. Liegt der Verdacht einer unberechtigten Nutzung eines Benutzerkontos vor oder verstößt ein Nutzer gegen geltende gesetzliche Bestimmungen oder gegen diese AGB, so ist GoStudent

berechtigt, das Benutzerkonto zu sperren.

10. Wenn von Nutzern Anfragen für Video-Unterricht in einem relevanten Fachbereich über die Plattform eingehen, kann GoStudent einen Lehrer benachrichtigen; eine Verpflichtung dazu besteht nicht.

12. GoStudent ist jederzeit berechtigt, die über die Plattform angebotenen Services ohne Angabe von Gründen einzuschränken oder ganz einzustellen. Wesentliche Änderungen oder Einschränkungen der angebotenen Services werden rechtzeitig auf der Plattform bekannt gemacht.

13. Eine Einschränkung oder Einstellung der angebotenen Services durch GoStudent bewirkt keine Änderung dieser AGB. Eine Änderung der AGB durch GoStudent kann nur gemäß dem in Punkt 1.4 vorgesehenen Prozedere erfolgen.

14. Der Nutzer und der Lehrer sind schon jetzt damit einverstanden, dass GoStudent über das Bestehen und die Höhe eines etwaigen Anspruchs auf Guthabenerstattung entscheidet. Erachtet GoStudent die Beschwerde des Nutzers für berechtigt, erhält der Nutzer das Guthaben für eine Einheit Video-Unterricht auf seinem Guthabenkonto gutgeschrieben und dem Lehrer wird ein allenfalls für die Einheit bereits auf das Guthabenkonto des Lehrers gebuchtes Guthaben wieder abgezogen.

15. GoStudent haftet, gleich aus welchem Rechtsgrund, nur, wenn ein Schaden durch GoStudent grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurde. Die Haftung von GoStudent für leichte Fahrlässigkeit ist – ausgenommen für Personenschäden – ausgeschlossen.

16. Hinsichtlich der Rückerstattung des für eine Einheit Video-Unterricht verbrauchten Guthabens hat ein Nutzer gemäß Punkt 9.2 vorzugehen.

17. Der Nutzer verpflichtet sich, GoStudent vollständig schad- und klaglos zu halten, wenn GoStudent von Lehrern wegen Ansprüchen aus Lehrerverträgen oder von anderen Nutzern, Lehrern oder Dritten wegen der vom Nutzer auf der Plattform eingestellten Inhalte zivil- oder strafrechtlich, gerichtlich oder außergerichtlich in Anspruch genommen wird. Die Freistellung umfasst auch Strafen,

Schadenersatz und sämtliche Kosten der Rechtsverteidigung.

19. Ausnahme vom Widerrufsrecht: Das Widerrufsrecht entfällt, sobald bereits innerhalb der 14-tägigen Frist die erste bezahlte Tutor-Einheit stattfindet. Es entfällt unabhängig davon, ob der Nutzer die Einheit tatsächlich in Anspruch genommen hat oder nicht erschienen ist.

20. Der Lehrervertrag kann nur unter offiziellem Nachweis der folgenden Gründe außerordentlich gekündigt werden:

- bei schwerer, andauernder Krankheit des Nutzers, die die Teilnahme an den Einheiten unzumutbar macht.*
- bei mindestens 3 monatiger Arbeitslosigkeit und damit einhergehender Gehaltseinbußen.*
- bei Umzug ins Ausland mit einer derart großen Zeitverschiebung, dass eine Teilnahme an den Einheiten nicht zumutbar ist.*
- wenn kein Ersatzlehrer in einem angemessenen Zeitrahmen gefunden werden kann gemäß Punkt 9.3.*

22. Soweit in diesen AGB nichts anderes bestimmt ist, dürfen weder ein Nutzer noch GoStudent die Bestimmungen und Rechte aus diesen AGB ohne schriftliche Zustimmung der anderen Partei an Dritte übertragen oder abtreten.“

2. Hingegen wird das Klagebegehren, die Beklagte sei schuldig im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung nachstehender Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

„3. Als Lehrer können sich alle Personen registrieren, die Video-Unterricht über die Plattform anbieten möchten.

8. Der Nutzer ist für alle Aktivitäten, die von seinem Benutzerkonto

ausgehen, selbst verantwortlich.

11. Der Nutzer gewährt GoStudent das unentgeltliche, nicht ausschließliche, zeitlich unbefristete und räumlich uneingeschränkte Recht, in die Plattform eingestellte Bewertungen, Fotos, Grafiken, Texte, Audionachrichten und Videos zur Bereitstellung auf der Plattform und zur Bewerbung der Plattform zu verwenden, zu bearbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

18. Der Nutzer kann dafür das Muster-Widerrufsformular herunterladen, ausfüllen und übermitteln oder eine andere eindeutige Erklärung per E-Mail an widerruf@gostudent.org oder per Post an Ernst-Melchior-Gasse 20, 6. Stock, 1020 Wien senden (die Abwicklung des Widerrufs erfolgt besonders rasch, wenn der Nutzer das Formular benutzt oder eine E-Mail sendet).

21. Sollten einzelne Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein oder werden, so berührt dies den übrigen Inhalt der AGB nicht. Die unwirksame Bestimmung ist durch eine solche zu ersetzen, die rechtswirksam ist und dem wirtschaftlichen Zweck des Nutzers und von GoStudent am nächsten kommt.“

abgewiesen.

3. Der Klägerin 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.

4. Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit EUR 5.175,26 (darin EUR 653,15 USt und EUR 1.263,28 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

I. BEGRÜNDUNG

Die Beklagte beantragte mit Schriftsatz vom 7.10.22 die Unterbrechung des Verfahrens bis zum Vorliegen der Entscheidung des EuGH in der Rs C-565/22. Die Klägerin bringe in ihren Ausführungen zu AGB Klausel 6 vor, dass dem Nutzer im Falle einer automatischen Vertragsverlängerung neuerlich ein Rücktrittsrecht iSv § 11 FAGG zustehen müsse. Der Ausschluss des Rücktrittsrechts im letzten Satz von AGB -Klausel 6 stelle die Rechtslage falsch dar und verstoße damit gegen § 6 Abs 3 KSchG iVm § 11 FAGG. Die Beklagte habe diese Klausel mittlerweile geändert und weise in ihren AGB ausdrücklich auf ein neuerliches Widerrufsrecht bei Vertragsverlängerung hin, was jedoch nach Ansicht der Klägerin nicht die Wiederholungsfahr beseitige. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits zur Klausel 6 hänge maßgeblich von der Auslegung des § 11 Abs 1 FAGG ab, welche sich ihrerseits an der Interpretation von Art 9 Abs 1 der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU) zu orientieren habe. Der OGH habe ein inhaltlich sehr ähnlich gelagertes Verfahren mit Beschluss vom 20.7.2022 zu 3 Ob 103/22a unterbrochen und beim EuGH ein Vorabentscheidungsverfahren initiiert, welches zu C-565/22 geführt werde. Darin wolle der OGH vom EuGH wissen, ob Art 9 Abs 1 RL 2011/83/EU (Verbraucherrechte-RL) dahingehend auszulegen sei, dass dem Verbraucher bei "Verlängerung" (Art 6 Abs 1 lit o Verbraucherrechte -RL) eines Fernabsatzvertrags neuerlich ein Widerrufsrecht zukomme.

Die Klägerin sprach sich gegen eine Unterbrechung des Verfahrens aus. Die Unterbrechung sei nicht angebracht, weil die Klausel 6 nicht nur wegen der Nichtgewährung des Rücktrittsrechts unzulässig sei, sondern schon deswegen, weil der Konsument auch die Konsequenz seines Schweigens bzw. seiner Untätigkeit nicht gesondert hingewiesen werde.

Die Unterbrechung des Verfahrens nach § 190 ZPO setzt eine präjudizielle Vorfrage voraus. Eine solche Vorfrage ist das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, von dessen Beurteilung (in den Entscheidungsgründen) die Entscheidung in der Hauptfrage (der Spruch) ganz oder teilweise (zumindest gegenüber einzelnen von mehreren Streitgenossen) abhängt und an dessen Klärung im Vorverfahren das Prozessgericht im Fall der Verfahrensunterbrechung gebunden ist; ein bloßer Sinnzusammenhang genügt nicht. Die Vorfrage kann zivilrechtliche Vorfrage sein, wenn sie als Hauptfrage von einem ordentlichen Gericht zu klären wäre, oder verwaltungsrechtliche Vorfrage, wenn sie als selbstständiger Entscheidungsgegenstand in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden fällt. In jenen Fällen, in denen das Gesetz die Unterbrechung des Verfahrens nicht zwingend anordnet, aber doch zulässt, liegt die Unterbrechung des Verfahrens im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Konkrete Vorgaben, wie von diesem Ermessen Gebrauch zu machen ist, enthält § 190 Abs 1

ZPO nicht, doch folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen der Verfahrensökonomie sowie den Vorschriften über die Prozessleitung, insbesondere aus § 180 Abs 3 ZPO, dass die Verhandlung, soweit tunlich, ohne Unterbrechung zu Ende zu führen und daher grundsätzlich ein Verfahrensstillstand nicht erwünscht, sondern eine zügige Klärung der Rechtsfrage anzustreben ist. Die Unterbrechung muss also ausnahmsweise tunlich sein und soll nicht, wie es § 180 Abs 3 ZPO ebenfalls formuliert, zu Weitläufigkeiten führen. Dabei spricht der Umstand, dass die Vorfrage auch im betreffenden Streitverfahren beurteilt werden kann, allein nicht gegen dessen Unterbrechung, weil diese Situation für alle Anwendungsfälle des § 190 Abs 1 ZPO kennzeichnend ist. Vielmehr soll durch die Unterbrechung insgesamt eine tendenziell verfahrensökonomische Verbesserung der Situation im gegebenenfalls zu unterbrechenden Verfahren erzielt werden. Außerdem ist zu bedenken, dass Entscheidungsdivergenzen tunlichst vermieden und Entscheidungen von jenen Gerichten bzw Behörden getroffen werden sollten, die hierfür nach der Zuständigkeitsordnung primär berufen sind. Das bloße Bedürfnis nach Entscheidungsharmonie kann aber eine Unterbrechung nach § 190 Abs 1 ZPO ebenso wenig rechtfertigen wie die Verfahrensökonomie durch die Erlangung von Beweisergebnissen ohne Vorliegen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses. Das Gericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände nach pflichtgemäßem Ermessen vor allem unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit zu beurteilen, ob die Unterbrechung des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Erledigung des anderen Verfahrens nach Lage des Falls gerechtfertigt ist (*Höllwerth in Fasching/Konecny* 3 II/3 § 190 ZPO (Stand 1.10.2015, rdb.at)).

Wie von der Klägerin zutreffend vorgebracht stützt sie die Nichtigkeit der Klausel 6 nicht nur auf § 6 Abs 3 KSchG iVm § 11 FAGG wegen der Nichtgewährung des Rücktrittsrechts, sondern auch auf die §§ 6 Abs 1 Z 2, 6 Abs 3, 6 Abs 1 Z 4 KSchG, weshalb im vorliegenden Fall eine Unterbrechung des Verfahrens nicht gerechtfertigt ist.

II. ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Klägerin ist ein Verein iSd § 29 KSchG. Die Beklagte betreibt u.A. auf der Website www.gostudent.org eine Onlineplattform für Nachhilfeunterricht und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Die Beklagte tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder

Vertragsformblätter. Die Beklagte schreibt weiters die Verwendung dieser AGB vor. Sie liegen damit standardisiert allen Verträgen zugrunde.

Die AGB der Beklagten ./A werden zum Bestandteil des Urteils erklärt.

Die **Klägerin** stützt ihre Unterlassungsbegehren auf § 864a ABGB, § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG iVm § 11 FAGG, § 9 Abs 1 KSchG, § 10 Abs 3 KSchG, Art 4 Z 11, Art 5 DSGVO sowie Art 7 Abs 2 DSGVO, § 13 Abs 1 FAGG, § 14 Abs 1 FAGG. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, es werde die Urteilsveröffentlichung in in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ (bundesweit erscheinende Ausgabe) beantragt. Das Geschäftsmodell der Beklagten baue auf Verwendung dieser AGB auf, und die Beklagte sei hinsichtlich der Verwendung der Klauseln passiv legitimiert. Die Beklagte vereinbare auch keine anderen Vertragsbestimmungen mit Konsumenten bei Abschluss eines Vertrages, so dass diese Bestimmungen jedenfalls in Verträge zwischen Konsumenten und Beklagter einbezogen werden sollten und auch tatsächlich würden. Die Beklagte meine, sie sei (offenbar hinsichtlich eines Teiles der Klauseln des Unterlassungsbegehrens) nicht passiv legitimiert, da diese den „Lehrervertrag“ und nicht den „Plattformvertrag“ betreffen würden. Diese Trennung in zwei unterschiedliche Vertragsteile mit unterschiedlichen Vertragspartnern sei verfehlt. Einzige Vertragspartnerin der Konsumenten sei die Beklagte. Die Beklagte sei hinsichtlich sämtlicher Klauseln im Sinn des Hauptunterlassungsbegehrens als Verwenderin der AGB im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG passiv legitimiert. Auch bei der Annahme zweier unterschiedliche Verträge (Lehrvertrag und Plattformvertrag) befänden sich die Klauseln weiterhin in einem einheitlichen Vertragswerk (Beilagen ./A, ./1 und ./2), dessen Inhalt die Beklagte vorgibt. Die Beklagte sei daher hinsichtlich der Unterlassung ihrer eigenen AGB (./A, ./1 und ./2 als Teil ihrer AGB“) passiv legitimiert, weil sie entweder selbst Vertragspartner werde, oder zumindest an der Vereinbarung dieser Regelungen durch Vorgabe ihrer eigenen AGB unmittelbar mitwirke („Anstifter, Mittäter, Gehilfe“) oder selbst den Inhalt dieser Regelungen im Rahmen ihres Geschäftsmodelles vorgebe, insbesondere auch dadurch, dass sie sich selbst Rechte und Pflichten in diesen Klauseln einräume und auferlege („erhebliches Eigeninteresse“). Die Behauptung der Beklagten, dass sie nicht auch Vertragspartnerin bezüglich eines Teils des Vertrags wäre, sei ein reines Schutzargument. Die Beklagte sei die einzige Vertragspartnerin der Konsumenten und damit auch Vertragspartnerin des (undefinierten) Vertragsteils, den die

Beklagte als Lehrvertrag bezeichne.

Der Unterlassungsanspruch des § 28 Abs 1 KSchG richte sich auch gegen denjenigen, der bestimmte Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfehle; dies sei hier ebenfalls gegeben, da die Klauseln für Verträge zwischen Dritten vorgegeben und somit zumindest auch im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG empfohlen würden. Zu allen Klauseln erhob die Klägerin das Eventualbegehren, in dem es bei sonst gleicher Formulierung gegenüber dem nunmehrigen Hauptbegehren in der Klage wie folgt lautet: „Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Empfehlung der folgenden Klauseln: (es folgen die Klauseln 1 bis 22 des Hauptklagebegehrens wie auf Seiten 18 bis 20 in ON 1 genannt) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern zu unterlassen.“ Die Beklagte sei als Verwenderin der Klauseln im Sinn des Hauptbegehrens, jedenfalls aber als Empfehlerin der Klauseln im Sinn des Eventualbegehrens passiv legitimiert.

Die **Beklagte bestritt** das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und brachte vor, die Klauseln seien zulässig. Sie biete unter den Domains gostudent.at, gostudent.de, gostudent.ch und gostudent.org sowie in einer App eine Onlineplattform für Nachhilfedienstleistungen an. Als Nutzer und als Lehrer registrierte Personen können über die Plattform Online-Video-Unterricht vereinbaren. Die Beklagte trete dabei lediglich als Vermittlerin auf und vermittele für Lehrer Lehrerverträge an Nutzer der Plattform. Sie werde selbst nicht Vertragspartei der zwischen den Nutzern und Lehrern geschlossenen Verträge ("Lehrerverträge"). Die Beklagte biete darüber hinaus bestimmte Services im Zusammenhang mit dem „Onboarding“ der Nutzer an und unterstütze bei der Abwicklung der Lehrerverträge. Die beantragte Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagausgabe der "Kronen-Zeitung" widerspreche jedenfalls dem Talionsprinzip, demzufolge das Urteil in jener Form und Aufmachung zu publizieren sei, in der auch die beanstandete Veröffentlichung erfolgt sei (vgl 4 Ob 171/06k ua). Im konkreten Fall habe die ursprüngliche Publikation auf der Website der Beklagten stattgefunden. Die begehrte Urteilsveröffentlichung sei sohin völlig überschießend und es bestehe kein berechtigtes Interesse der Klägerin an einer derartigen (extrem teuren) Veröffentlichung.

Bestimmungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen, soweit diese durch die Nutzer und Lehrer in den Lehrervertrag einbezogen werden, seien nicht von der Passivlegitimation der Beklagten erfasst. Die Nutzer schlossen mit der Beklagten einen Vertrag über die Nutzung der Plattform (Plattformvertrag), auf den die verfahrensgegenständlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Anwendung kommen. Die Beklagte biete darüber hinaus bestimmte Services im Zusammenhang mit dem „Onboarding“ der Nutzer an und unterstütze bei der Abwicklung der Lehrerverträge. Die Lehrer wiederum schlossen mit der Beklagten einen Vermittlungsvertrag ab, auf dessen Grundlage die Beklagte für die Lehrer tätig werde.

Ziel dieses Vermittlungsvertrages zwischen der Beklagten und den Lehrern sei der Abschluss eines Lehrervertrages zwischen den Nutzern und den Lehrern über die Plattform. Der Plattformvertrag und der Vermittlungsvertrag seien als eigene Verträge im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG zu qualifizieren. Davon zu unterscheiden sei allerdings das Rechtsverhältnis zwischen den Nutzern und den vermittelten Lehrern. Die Beklagte sei unbestritten nicht Vertragspartnerin des Lehrervertrages, was auch aus Punkt 2.4 der allgemeinen Geschäftsbedingungen klar hervorgehe. Die inkriminierten Klauseln betrafen ausschließlich den Plattformvertrag zwischen der Beklagten einerseits und den Nutzern andererseits. Als Folge dessen sei die Beklagte in Bezug auf weitere Klauseln nicht als Verwenderin im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG zu qualifizieren, soweit diese nicht den Plattformvertrag, sondern den Lehrervertrag zum Inhalt haben und zwischen Nutzern und Lehrern vereinbart werden.

Hinsichtlich eines Teils der Klauseln habe die Beklagte ihre AGB bereits geändert und die gerügten Klauseln gelöscht oder im Sinne des Klagebegehrens geändert. Gelöscht worden seien Klausel 1 (Punkt 1.3 der AGB), Klausel 4 (Punkt 3.1 der AGB), die Formulierung „(die Abwicklung des Widerrufs erfolgt besonders rasch, wenn der Nutzer das Formular benutzt oder eine E-Mail sendet)“ in Klausel 18 (Punkt 12.4 der AGB) sowie Klausel 20 (Punkt 13.1 der AGB). Geändert worden seien der letzte Satz in Klausel 6 (Punkt 5.4 der AGB) sowie Klausel 19 (Punkt 12.7 der AGB). Der neue Wortlaut von Klausel 6 laute *"Nach Ablauf der Laufzeit verlängert sich der Vertrag um ein weiteres Paket zu denselben Konditionen (Einheiten, Zeitraum und Preis). Sollte das vom Nutzer nicht erwünscht sein, kann ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis spätestens 7 Tage vor Ende der Vertragslaufzeit das offizielle Kündigungsformular ausgefüllt werden und somit die anschließende Verlängerung verhindert werden. Andernfalls wird der Lehrervertrag um ein weiteres Paket zu denselben Konditionen (Einheiten, Zeitraum und Preis) verlängert. Für die Bezahlung gilt die im ursprünglichen Lehrervertrag gewählte Vereinbarung (siehe dazu auch Punkt 5.3). Im Falle einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses steht ein neuerliches Widerrufsrecht gemäß Punkt 12 der AGB zu."* Der neue Wortlaut von Klausel 19 laute: *"Übt der Nutzer sein Widerrufsrecht aus und tritt damit vom Vertrag zurück, nachdem auf das vorherige Verlangen des Nutzers bereits mit der Vertragserfüllung begonnen wurde, hat der Nutzer einen Betrag zu zahlen, der im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Gesamtpreis verhältnismäßig den bis zum Rücktritt erbrachten Leistungen entspricht."* Durch die Änderung der AGB sei die Wiederholungsgefahr weggefallen, weshalb es im Umfang der genannten Klauseln an einer Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch fehle und das Begehren daher in diesem Umfang abzuweisen sei.

Das Vorbringen der Parteien zu den einzelnen Klauseln wird im Rahmen der rechtlichen Beurteilung bei den jeweiligen Klauseln wiedergegeben.

Beweis wurde aufgenommen durch: Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden sowie durch Einvernahme des Zeugen [REDACTED].

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Den Vertragsbestätigungen der Beklagten sind nachstehende Absätze zu entnehmen:

„Offizielle Bestätigung der Vereinbarung zwischen [REDACTED] (/B) [REDACTED] (/C) und der GoStudent GmbH bzgl. dem Abschluss einer Mitgliedschaft und dem damit verbunden Erwerb von Online-Nachhilfe Einheiten zu den unten angeführten Konditionen:

[...]

WEITERE BESTIMMUNGEN

Die gesamte Anzahl an Einheiten wurde ihnen bereits auf Ihren Account gutgeschrieben. Der Vertragsabschluss über den Gesamtpreis ist hiermit bestätigt. Die erste Monatsrate wurde bereits bezahlt, alle weiteren Raten werden monatlich bis zum Ende der Zahlungsperiode automatisch abgebucht. Bei nicht fristgerechter Bezahlung werden entsprechende Schritte unternommen, im Mitgliedschaftsbereich ihres GoStudent-Accounts können Sie bis 7 Tage vor Ablauf der Mitgliedschaftsdauer über unser Kündigungsformular (auch zu finden in den AGBs unter 4.) die Erneuerung Ihrer Mitgliedschaft stoppen. Alle weiteren Informationen finden Sie in unseren AGBs.“

Der letzte Absatz, dessen Schrift kleiner ist als der restliche Text, ist am Ende der Vertragsbestätigung zu lesen.

Der Konsument [REDACTED] ließ sich Ende 2020/Anfang 2021 von seiner Schwester bei der Beklagten registrieren. In weiterer Folge wurde [REDACTED] unter der von seiner Schwester angegebenen Telefonnummer von einer Mitarbeiterin der Beklagten mit Namen „Sabrina“ telefonisch kontaktiert. Bei dem Telefonat wurden [REDACTED] verschiedene Pakete der Beklagten präsentiert, er wurde zur Anzahl der von ihm gewünschten Stunden und zur Laufzeit befragt. [REDACTED] entschied sich für die Laufzeit von sechs Monaten. Er wurde nach seinem IBAN gefragt und teilte ihn mit.

[REDACTED] erhielt keine Vertrags- oder Bestellbestätigung nach diesem Telefonat, er erhielt auch keine Zugangsdaten für die Plattform der Beklagten.

Nach dem Telefonat wurde [REDACTED] zur Koordinierung und Unterstützung in eine WhatsApp Gruppe mit einem Lehrer und einer Betreuerin der Beklagten hinzugefügt. Diese Betreuerin war für [REDACTED] zuständig und seine Ansprechpartnerin. Die Nachhilfestunden fanden in der von [REDACTED] gewünschten Frequenz zur gleichen Uhrzeit und am gleichen

Wochentag statt. Die Organisation der Stunden lief so ab, dass [REDACTED] kurz vor Beginn der Stunde von der Beklagten ein SMS mit dem Zoom Link für die Nachhilfestunde erhielt.

Der Nachhilfelehrer war nicht bei der Beklagten angestellt, sondern ein Studierender, der sich bei der Beklagten angemeldet hatte, um dort Nachhilfestunden anzubieten. [REDACTED] war mit den Nachhilfestunden zufrieden, ihm war bewusst, dass er über den Support der Beklagten einen Lehrerwechsel anstreben kann.

Da [REDACTED] die Mathematik Matura erfolgreich bestand, wollte er den Vertrag früher beenden und kontaktierte deshalb „Sabrina“. Die Frage einer früheren Kündigung vor Ablauf der 6 Monate wurde beim ersten Telefonat von „Sabrina“ weder bestätigt noch abgelehnt, sie sagte, dass man „deshalb schauen müsse“. Nach einer nochmaligen Nachfrage bei Sabrina, in der sie angab, dass sie davon ausgegangen sei, dass sich die Kollegin vom Support schon bei ihm gemeldet hatte, kontaktierte [REDACTED] seine Ansprechpartnerin aus der WhatsApp Gruppe. Sie teilte ihm mit, dass er das Kündigungsformular unterzeichnen und übermitteln müsse, was [REDACTED] durchführte. Er erhielt dann die Rückmeldung einer dritten Mitarbeiterin, dass eine Kündigung nicht möglich sei, da der Vertrag um sechs Monate verlängert worden sei, eine Kündigung sei erst zum 7.12.2020 möglich. Ihm wurde mitgeteilt, dass in den AGB stehe, dass man 7 Tage vor Ende des Pakets kündigen müsse, ansonsten komme es zu einer automatischen Vertragsverlängerung.

[REDACTED] erhielt erst im Zuge dieser Telefonate die Bestellbestätigung ./B und seine Zugangsdaten zur Plattform übermittelt. [REDACTED] las sich die AGB der Beklagten, die er auf der Website fand, durch.

Das Entgelt für die Nachhilfestunden wurde von der Beklagten von [REDACTED] Konto abgebucht. [REDACTED] zahlte nicht direkt an den Nachhilfelehrer. Die Beklagte führte die Organisation und Abwicklung der Nachhilfestunden durch.

Die im nachstehend abgebildeten Punkt 4.4 und Punkt 4.5 der AGB geschilderten Vorgänge (Anklicken von „jetzt kostenpflichtig bestellen“, Kenntnis um die Person des Lehrers, Versendung der Bestellbestätigung, Überprüfungsmöglichkeit) fanden bei [REDACTED] nicht statt:

4. LEHRERVERTRAG FÜR VIDEO-UNTERRICHT, ERWERB VON GUTHABEN

4.1. Lehrerverträge werden zwischen einem Nutzer und einem Lehrer unter Berücksichtigung der relevanten Bestimmungen dieser AGB geschlossen.

4.2. Nutzer können mit einem Lehrer einen Lehrervertrag abschließen, indem sie Guthaben für Video-Unterricht über die Plattform erwerben. Die Abwicklung der Guthabens-Auszahlung an den Lehrer wird von GoStudent administriert. Guthaben für Video-Unterricht kann insbesondere in der Form von Stunden-Paketen erworben werden.

4.3. Für die Dauer der Vertragslaufzeit wird dem Nutzer monatlich (jeweils zum Aufladungsdatum) die vertraglich festgelegte Anzahl an Einheiten gutgeschrieben und der entsprechende Betrag automatisch abgebucht. Das Aufladungsdatum entspricht dem Kalendertag, an dem der Vertrag abgeschlossen wurde (Beispiel: Wurde ein Vertrag am 20.03.2021 geschlossen, ist der Aufladungstag jeweils der 20. Tag jeden Monats der Vertragslaufzeit). Gutschriftene Einheiten können jeweils bis zum nächsten Aufladungsdatum frei für das Buchen von Unterrichtseinheiten verwendet werden, eine Mitnahme über das nächste Aufladungsdatum hinaus ist nicht möglich. Es besteht die Möglichkeit den Vertrag jeweils für einen Monat (beginnend mit dem Aufladungsdatum) pausieren zu lassen. Der Zeitraum der Pausierung wird anschließend an die Vertragslaufzeit angehängt, wodurch sich diese dementsprechend verlängert. Die Möglichkeit der Pausierung besteht nicht bei Verträgen mit einer Laufzeit von 6 Monate. Bei einer vereinbarten Vertragslaufzeit von 9 oder 12 Monaten ist eine einmalige Pausierung für einen Monat möglich, bei 18- oder 24 monatigen Paketen ist die Pausierung zweimal möglich und bei einer Vertragslaufzeit von 36 Monaten dreimal.

4.4. Wenn der Nutzer oder sein gesetzlicher Vertreter auf der Plattform den Button "Jetzt kostenpflichtig bestellen" klickt, gibt er gegenüber dem (zuvor ausgewählten) Lehrer ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Lehrervertrags sowie zum Kauf des dafür erforderlichen Guthabens und somit ein Angebot zum Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages ab. Die Annahme dieses Angebots erfolgt durch Versendung einer Bestätigungsnachricht von GoStudent (im Auftrag und Namen des jeweiligen Lehrers) an den Nutzer.

4.5. Vor dem Abschluss des Lehrervertrags erhält der Nutzer die Möglichkeit, sämtliche Angaben nochmals zu überprüfen und bei Bedarf zu ändern.

4.6. GoStudent unterhält Händler-Konten (Merchant Accounts) bei externen Anbietern von Zahlungsdienstleistungen (zB Stripe, PayPal, Visa, MasterCard, Paysafecard, Adyen). Der Nutzer überweist die Zahlungen jeweils auf das Händler-Konto von GoStudent beim betreffenden Zahlungsdienstleister. Der Nutzer erwirbt dadurch Guthaben für die Inanspruchnahme von Video-Unterricht bei dem jeweiligen Lehrer über die Plattform.

4.7. Gemäß § 7 Abs 3 Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) wird dem Nutzer mit der Bestätigung des Abschlusses des Lehrervertrags eine Bestätigung des geschlossenen Lehrervertrags auf einem dauerhaften Datenträger (zB als PDF-Dokument per E-Mail) verbunden mit den in § 4 Abs 1 FAGG genannten Informationen zur Verfügung gestellt.

█ hatte – wie oben geschildert – außerhalb der Whatsapp Gruppe und der Zoom Nachhilfestunden – keinen Kontakt mit dem Lehrer, die Ausgestaltung der Stunden, deren Dauer, Frequenz und Kosten wurden mit „Sabrina“ vereinbart.

Es kann nicht festgestellt werden, dass bei anderen Nutzern die vertragliche Ausgestaltung direkt mit den Lehrern besprochen und vereinbart wurde. Es kann nicht festgestellt werden, dass im Allgemeinen dieser Ablauf stattfindet. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Nutzer der Plattform der Beklagten mit den Lehrern Kontakt außerhalb der Nachhilfestunden haben. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Nutzer die Frequenz, Dauer und Anzahl der Nachhilfestunden mit den Lehrern vereinbaren und das in den AGB geschilderte Prozedere (Punkt 4 der AGB) zur Anwendung kommt.

Die Beklagte verrechnet die Nachhilfestunden gegenüber ihren Vertragspartnern. Die Entgelte werden auch direkt von der Beklagten vom Konto des Vertragspartners verrechnet oder abgebucht. Offene Forderungen werden direkt von der Beklagten zur Zahlung auf ihr Konto eingefordert.

Beweiswürdigung:

Gemäß § 381 ZPO bleibt es der freien Beweiswürdigung des Gerichts überlassen, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind, dass eine Partei trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zur Verhandlung erscheint. Das Nichterscheinen der Partei kann – ebenso wie die Verweigerung der beeideten oder unbeeideten Aussage – nur dann gewürdigt werden, wenn es „ohne genügende Gründe“ erfolgt. Leistet die Partei der Ladung nicht Folge, ist daher danach zu fragen, ob sie zur Verhandlung „nicht erscheinen wollte“, oder ob sie außerstande war, der Ladung Folge zu leisten. Mit dieser Formel kann aber nicht immer das Auslangen gefunden werden, weil sie wenig weiterhilft, wenn sich die Partei auf anderweitige Vorhaben oder Verpflichtungen beruft und eine Abwägung des Gewichtes des Hinderungsgrundes oder die Beurteilung erforderlich ist, ob die Partei durch rechtzeitige und zumutbare Vorkehrungen ihr Erscheinen hätte ermöglichen können. Aus der Formulierung des § 381 ZPO („ohne genügende Gründe“) ergibt sich, dass das Gesetz an die Verpflichtung der Partei zum Erscheinen vor Gericht zur Ablegung der Aussage strenge Anforderungen stellt. Es ist daher nicht bloß darauf abzustellen, ob unter Hinweis auf Hinderungsgründe eine entsprechende Entschuldigung erfolgt, sondern zu prüfen, ob die vorgetragene Gründe unter Berücksichtigung der der Partei obliegenden Verpflichtung, alles vorzukehren, um einen klaglosen und verzögerungsfreien Ablauf des Verfahrens sicherzustellen, das Nichterscheinen rechtfertigen. Die Entschuldigung unter Hinweis auf „berufliche Abwesenheit“ kann daher ebenso wenig ausreichen, wie – da Gerichtsverhandlungen regelmäßig in die Normalarbeitszeit fallen – die Berufung auf die Inanspruchnahme durch die regelmäßig anfallenden beruflichen Verpflichtungen. Vielmehr kann die berufliche Verhinderung einer Partei ihr Nichterscheinen nur dann entschuldigen, wenn sie entweder unvorhergesehen beruflich in Anspruch genommen wurde und keine rechtzeitige Abhilfe geschaffen werden konnte oder wenn sie trotz aller ihr zumutbaren Maßnahmen gerade im Zeitpunkt der Vernehmungstagsatzung unabkömmlich ist und die mangelnde Besetzung ihres Arbeitsplatzes die Gefährdung von Leben oder Gesundheit von Menschen oder erhebliche Vermögensnachteile nach sich ziehen würde. Ebenso kann der Umstand, dass die Partei „ortsabwesend“, „verreist“ oder „auf Urlaub“ ist, ihr Fernbleiben nur dann rechtfertigen, wenn die Ortsabwesenheit zum Zeitpunkt der Zustellung der Ladung bereits geplant war oder unvorhergesehen notwendig wurde und eine Absage oder Verschiebung der Reise unter den konkret gegebenen Umständen nicht zumutbar erscheint (*Spenling in Fasching/Konecny3 III/1 § 381 ZPO Rz 8 Stand 1.8.2017, rdb.at*). Die Gründe für das Nichterscheinen der Partei sind schlüssig zu behaupten und über Verlangen des Gerichtes zu bescheinigen. Das Gericht kann die Angaben der Partei durch geeignete Erhebungen überprüfen (*Spenling aaO Rz 10*). Die Inanspruchnahme durch die regelmäßige Berufsarbeit allein ist kein hinreichender Grund

für das Ausbleiben von der Parteienvernehmung. Nur Hindernisse, die außerhalb des üblichen Ablaufes der beruflichen Tätigkeit liegen, können das Nichterscheinen ausreichend begründen (RIS JUSTIZ RS0040676).

Vorzustellen ist, dass der Verhandlungstermin vom 10.10.2022 in der vorbereitenden Tagsatzung vom 25.4.2022 bekanntgegeben wurde, der BV sagte zu, den Geschäftsführer der Beklagten stellig zu machen. Mit Schriftsatz vom 7.10.2022 teilte die Beklagte mit, dass am 10.10.2022 in Dubai die GITEX Global, eine der größten internationalen Tech-Konferenzen weltweit, stattfindet. Die Beklagte sei ein international führendes EdTech-Unternehmen, das stark auf externe Investoren angewiesen sei. Investoren würden explizit die Teilnahme der Geschäftsführer der Beklagten an der Konferenz erwarten. Die Teilnahme der Geschäftsführer an der Konferenz sei unerlässlich, um den künftigen Finanzierungsbedarf und damit einen stabilen Geschäftsbetrieb sicherzustellen. Es werde ersucht, den Geschäftsführer an einem anderen Termin nach dem 25.10.22 zu vernehmen.

Von 10.-14.10.22 fand, wie von der Beklagten vorgebracht, die GITEX Global, eine Technologiemesse, in Dubai statt. Am 30.9.22 wurde ein Flug für den Geschäftsführer der Beklagten [REDACTED] nach Dubai gebucht.

Wie oben dargelegt können Hindernisse, die außerhalb des üblichen Ablaufes der beruflichen Tätigkeit liegen, das Nichterscheinen zur Parteienvernehmung ausreichend begründen. Dennoch können die von der Beklagten vorgebrachten Gründe unter Berücksichtigung der der Beklagten obliegenden Verpflichtung, alle Vorkehrungen zu treffen, um einen klaglosen und verzögerungsfreien Ablauf des Verfahrens sicherzustellen, das Nichterscheinen des Geschäftsführers nicht rechtfertigen.

Schon jetzt ist der Zeitpunkt der nächsten Gitex Global im Jahr 2023 (16.10.-20.10.23) auf der Website www.gitex.com/conferences angekündigt, bei einer Messe dieser Größenordnung kann wohl davon ausgegangen werden, dass auch der Zeitpunkt der Messe 2022 schon zeitnah bekannt gegeben wurde. Weiters kann zwanglos angenommen werden, dass die Tatsache der Veranstaltung der Messe in Dubai der Beklagten – vor allem aufgrund der laut Beklagtenvorbringen enormen Wichtigkeit der Teilnahme des Geschäftsführers [REDACTED] – schon vor dem Oktober oder September 2022 bekannt war. Die Beklagte gab dennoch erst wenige Tage vor der Verhandlung die Verhinderung des Geschäftsführers [REDACTED] bekannt – und dies auch erst eine Woche nach der Buchung seines Fluges (/3). Die Beklagte hätte – wenn die Teilnahme an der Messe tatsächlich von der von ihr behaupteten Bedeutung ist und die Teilnahme des Geschäftsführers nicht erst rund um die Zeit der Buchung des Fluges beschlossen wurde – nach der vorbereitenden Tagsatzung eine Vertagungsbitte mit dem Hinweis auf die Verhinderung des Geschäftsführers einbringen können. Die Entschuldigung des Geschäftsführers der Beklagten reicht folglich nicht aus, das Verfahren war ohne seine Einvernahme zu schließen.

Die Negativfeststellung zum Kontakt mit den Lehrern und zur Ausgestaltung der Nachhilfedienstleistungen war zu treffen, da dazu keine aussagekräftigen Beweisergebnisse vorlagen. Es ist aufgrund des Nichterscheins des Geschäftsführers der Beklagten davon auszugehen, dass das Vorbringen der Klägerin zum Abschluss des Vertrages sowie der Abwicklung der Nachhilfestunden den Tatsachen entspricht. Andernfalls hätte der Geschäftsführer der Beklagten Grund genug gehabt, durch sein Erscheinen vor Gericht und die Ablegung seiner Aussage den Beweis des Vorbringens der Beklagten anzutreten. Das Fernbleiben war daher dahingehend zu würdigen, dass der Geschäftsführer der Beklagten durch seine Aussage das Beklagtenvorbringen, wonach die Beklagte nur als Vermittlerin aufträte und für Lehrer Lehrerverträge an die Nutzer der Plattform vermittele, nicht unter Beweis stellen hätte können. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass bei der Verhandlung vom 10.10.2022 ein informierter Vertreter der Beklagten anwesend war, dessen Einvernahme zum Beweisthema des Geschäftsmodells der Beklagten jedoch nicht beantragt wurde.

Rechtlich folgt:

1.1 Zu den Grundsätzen des Verbandsverfahrens:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln ausschließlich auf Grund des Wortlautes der Klauseln (außerhalb des Textes liegende Umstände haben unberücksichtigt zu bleiben) und im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen (7 Ob 173/10g, 7 Ob 201/12b, RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205). Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RIS-Justiz RS0121943).

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein "Überrumpelungseffekt" innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln. Eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich

benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Durch diese Bestimmung wurde – wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird – ein eine objektive Äquivalenzstörung und "verdünnte Willensfreiheit" berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 173/10g mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RISJustiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, sodass vor allem auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908).

Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Aus § 6 Abs 1 Z 2 KSchG folgt grundsätzlich die Wirkungslosigkeit vertraglicher Erklärungsfiktionen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn für die fragliche Äußerung eine Frist vorgesehen ist, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des

Verbrauchers eingehalten wird und diesem für eine ausdrückliche Erklärung sodann eine angemessene Frist zur Verfügung steht (2 Ob 523/85; 7 Ob 52/17y ua).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung schließlich unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis der für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (1 Ob 131/09k; 7 Ob 201/12b). Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft. Aus dem Transparenzgebot kann sich zwar eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung der Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219). Die Anforderungen an das Transparenzgebot dürfen allerdings nicht überspannt werden (8 Ob 24/17p).

Die Hauptleistungspflichten sind beim gegenständlichen Vertragstypus Nachhilfedienstleistungen gegen die Leistung monatlicher Beträge (vgl. OLG Wien, 25. Mai 2022, 4 R 21/22w).

1.2 Zur Passivlegitimation der Beklagten

Passiv legitimiert bei einer Unterlassungsklage nach § 28 Abs 1 KSchG ist eine natürliche oder juristische Person, wenn sie im geschäftlichen Verkehr allgemeine Geschäftsbedingungen eigenen Verträgen zugrunde legt oder diese für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Die Beklagte bringt vor, sie sei hinsichtlich jener Klauseln des Unterlassungsbegehrens nicht passiv legitimiert, die den „Lehrervertrag“ und nicht den „Plattformvertrag“ betreffen würden. Die tauglichen Anspruchsgegner für diese Bestimmungen seien im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG die jeweiligen Lehrer, die unter Einbeziehung bestimmter Klauseln der allgemeinen Geschäftsbedingungen den Lehrervertrag abschließen.

Ein Vertrag kommt durch die übereinstimmenden Willenserklärungen mindestens zweier Personen zustande (Konsensbildung). Die Parteien einigen sich über die relevanten Vertragsbestandteile und verpflichten sich durch den gegenseitigen Bindungswillen zur

Einhaltung ihrer getroffenen Vereinbarung. Für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages, der Elemente verschiedener Vertragstypen aufweist, kommt es darauf an, welche Elemente überwiegen. Die Prüfung dieser Frage ist auf den vereinbarten Schuldinhalt des Vertrages abzustellen (RIS-JUSTIZ RS0018777).

Der OGH hielt in 1 Ob 193/19t fest:

„[...] 1.3. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist „Verwender“ von AGB oder Formblättern grundsätzlich (nur) derjenige, der Partei des Vertrags ist (RS0124305). Damit ist der Vertrag gemeint, der unter Zugrundelegung der AGB oder Vertragsformblätter geschlossen wurde oder werden soll. Dies entspricht der herrschenden Ansicht in der österreichischen Literatur (vgl etwa Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG4 §§ 28–30 Rz 5a; Binder/Keiler in Keiler/Klauser [Hrsg], Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht [2015] §§ 28–30 KSchG Rz 31 [„potentieller Vertragspartner des Verbrauchers“]; Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 28 KSchG Rz 4 [„künftige Vertragspartner“]; Donath in Schwimann/Neumayr, ABGB-Taschenkommentar4 § 28 KSchG Rz 4 [„grundsätzlich nur die konkrete Vertragspartei“]; Apathy in Schwimann/Kodek4 §§ 28–30 KSchG Rz 6 [„derjenigen, der Vertragspartei ist oder werden soll“]); ebenso – bei insoweit vergleichbarer Rechtslage (vgl 8 Ob 110/08x) – der in der deutschen Literatur vertretenen Ansicht (vgl etwa Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht6 [2013] § 1 UKlaG Rz 8 mwN; Witt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht12 [2016] § 1 UKlaG Rz 25; Piekenbrock in von Staudingers, BGB [2019] § 1 UKlaG Rz 33). Demgegenüber reicht das bloße „Verfassen“ oder „Auflegen“ von AGB oder Vertragsformblättern für die Passivlegitimation (als „Verwender“) nicht aus (vgl Würth in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz [1981] 651; idS auch Eccher aaO).

1.4. In Anlehnung an die zur deutschen Rechtslage vertretene Ansicht nahm der Oberste Gerichtshof in unterschiedlichen Konstellationen eine Erweiterung der Eigenschaft als „Verwender“ von AGB oder Vertragsformblättern nach § 28 Abs 1 KSchG vor. So qualifizierte er etwa eine Hausverwalterin, die Mietverträge zwar im Namen und auf Rechnung ihrer Kunden abschloss, dabei aber von ihr selbst entwickelte Vertrags-Textbausteine verwendete, den Mietern gegenüber wie ein Vermieter auftrat und in fast allen Angelegenheiten selbständig (also ohne Rücksprache mit dem Vermieter) entschied, als „Verwenderin“ der den Mietverträgen zugrunde gelegten Textbausteine (7 Ob 78/06f); ebenso die Muttergesellschaft, der in den von ihrer Tochtergesellschaft geschlossenen (Leasing-)Verträgen (denen die inkriminierten AGB zugrunde lagen) Rechte und Pflichten als Leasinggeberin eingeräumt wurden und die maßgeblich in die Vertragsgestion eingebunden war (8 Ob 110/08x); ein Inkassounternehmen, das formal als Vertreter des Gläubigers handelte, dabei aber (eigene) AGB bzw Formblätter zum Abschluss von Vereinbarungen über die Einbringung offener Forderungen sowie der (vom Inkassobüro) beanspruchten Gebühren, Kosten und

Aufwandsersätze verwendete (10 Ob 28/14m); sowie Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach deutschem Recht, die aktiv an Verstößen gegen konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen beteiligt waren (9 Ob 66/08h). Hingegen erachtete der Oberste Gerichtshof jüngst ein wirtschaftliches Interesse am Vertrieb von Gutscheinen Dritter als nicht ausreichend, um die (dort) Beklagte in einer Fallkonstellation, in der sie über den Inhalt der beanstandeten Klausel nicht entscheiden konnte, als „Verwender“ dieser Klausel anzusehen (6 Ob 56/19g). [...]„

Zwar stipuliert die Beklagte in Punkt 2 der AGB, dass, wenn ein Nutzer und ein Lehrer Video Unterricht vereinbaren, der Vertrag über den Video Unterricht unmittelbar zwischen Nutzer und Lehrer zustande komme. Die Beklagte betreibe die Plattform und vermittele für Lehrer Lehrerverträge, sei jedoch selbst nicht Partei des zwischen Nutzer und Lehrer geschlossenen Vertrages. Das von der Beklagten geschilderte Prozedere konnte jedoch nicht festgestellt werden, auch nicht, dass die in Punkt 4 der AGB dargestellten Vorgänge so statt finden. Es konnte folglich nicht festgestellt werden, dass zwischen Nutzern und Lehrern ein Vertrag geschlossen wird, Vertragspartnerin der Konsumenten ist nur die Beklagte.

Vor allem aber ergibt sich aus einer Vielzahl von Bestimmungen der den Gegenstand dieses Verfahrens bildenden AGB, dass es in Wahrheit die Beklagte ist, mit der der Vertrag des Nutzers zustande kommt, weil sie durchgehenden, entscheidenden Einfluss auf die gesamte Vertragsgestaltung hat, ja sich sogar weitgehende Rechte zu nachträglichen Eingriffen in die Vertragsgestaltung vorbehält.

Um in diesem Zusammenhang nur einige wesentliche Beispiele zu nennen:

Die Beklagte regelt die Höhe des Entgelts, nimmt dieses entgegen (Punkt 4.2) und kann die Höhe des Entgelts jederzeit ändern (Punkt 5.2). Sie schreibt die Vertragslaufzeit vor, bindet ihre Kunden für eine bestimmte Zeit und schreibt dem Kunden auch vor, innerhalb welches Zeitraums er die angebotenen Leistungen in Anspruch nimmt (Punkt 4.3). Die Beklagte behält sich das Recht vor, die angebotenen Leistungen jederzeit ohne Angabe von Gründen einzuschränken oder einzustellen (Punkt 8.8). Im Fall von Leistungsstörungen behält sich die Beklagte das Recht vor, über einen Anspruch des Kunden auf Rückerstattung geleisteter Entgelte zu entscheiden (Punkt 9.1).

Die Kündigung eines Vertrags durch den Nutzer hat auf die von der Beklagten vorgeschriebene Weise zu erfolgen und ist gegenüber der Beklagten zu erklären (Punkt 5.4). Schließlich lässt sich aus dem Gesamtzusammenhang der AGB auch entnehmen, dass die Beklagte das Entgelt für Leistungen, die von einem Kunden nicht in Anspruch genommen werden, einbehält und dieses nicht – wie es eigentlich bei einem direkt zwischen Kunden und Lehrer zustande gekommenen Vertrag eigentlich der Fall sein müsste – an den betreffenden Lehrer weiterleitet.

Angesichts dieses weitgehenden Einflusses der Beklagten auf die Gestaltung des

Vertragsverhältnisse besteht aus Sicht des Gerichts nicht der geringste Zweifel, dass der eigentliche Leistungsaustausch zwischen dem Nutzer und der Beklagten stattfindet. Dass die AGB einen Lehrervertrag vorsehen, vermag an dieser rechtlichen Realität nichts zu ändern, zumal die Annahme nahe liegt, dass die Beklagte die entsprechenden Regelungen in die AGB aufgenommen hat, um die tatsächlichen Rechtsverhältnisse zu verschleiern und nicht die als eigentlicher Vertragspartner der Nutzer entstehenden Pflichten übernehmen zu müssen.

Aber selbst wenn diese Überlegungen nicht zuträfen, wäre der Klägerin darin zuzustimmen, dass sich die inkriminierten Klauseln selbst bei Vorliegen zwei verschiedener Verträge (Plattformvertrag und Lehrervertrag) in einem einheitlichen Vertragswerk befinden, dessen Inhalt ausschließlich die Beklagte bestimmt. Die Leistungen der Beklagten und jene der Lehrer sind in einem hohen Ausmaß verbunden und von einander so abhängig, dass sie einander bedingen. Die Beklagte hat an der Verwendung, Einbeziehung und Geltung der AGB ein erhebliches Eigeninteresse, die AGB sind von ihr verfasst, werden als „*Unsere AGB's Allgemeine Geschäftsbedingungen [Datum der letzten Änderung] der GoStudent GmbH für Nutzer*“ bezeichnet, das Eigeninteresse ist nicht bloß wirtschaftlich. Die Inanspruchnahme der Nachhilfedienstleistungen ist weiters nur dann möglich, wenn Nutzer die gesamten AGB akzeptieren.

Die Beklagte ist hinsichtlich sämtlicher Klauseln im Sinn des Hauptunterlassungsbegehrens als Verwenderin der AGB im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG passiv legitimiert.

2. Zu den einzelnen Klauseln:

2.1 Klausel 1

Abweichende, entgegenstehende oder ergänzende Bedingungen sind nur wirksam, wenn Go Student diesen schriftlich zugestimmt hat.

Die Klägerin bringt vor, § 10 Abs 3 KSchG sehe vor, dass die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden könne. Diese Klausel sehe jedoch vor, dass abweichende Bedingungen nur gelten sollen, wenn GoStudent schriftlich zugestimmt habe, damit sei die Klausel unzulässig.

Die Beklagte bringt vor, nach der Rechtsprechung des OGH (2 Ob 1/09z) schließe § 10 Abs 3 KSchG nicht aus, dass die Parteien Schriftform vereinbaren, also die Gültigkeit des Vertrages selbst von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig machen. Der Schriftformvorbehalt müsste freilich im Offert oder in der insoweit als neues Offert zu verstehenden Annahmeerklärung enthalten gewesen sein. Dem entspreche die von der Klausel 1 geregelte Konstellation, wonach der Vertrag um weitere Vertragsbestandteile erweitert werden würde.

Bevor eine solche Vereinbarung geschlossen werde, dürfe die Beklagte als Unternehmerin demnach die Schriftlichkeit vorbehalten. Klausel 1 sei demnach insoweit als neues Offert im Sinne der Rsp des OGH zu verstehen.

Beurteilung der Klausel 1:

Nach § 10 Abs 3 KSchG darf die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers vertraglich nicht ausgeschlossen werden (RS0121435➤). Dadurch soll etwa verhindert werden, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (RS0121954; ◀RS0121435 [T3]) und wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten (das heißt vereinbarten) Form für Erklärungen des Unternehmers. Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung sind in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich (RS0121954 [T3]). In 2 Ob 1/09z erwog der OGH:

„Es trifft zu, dass § 10 Abs 3 KSchG ganz generell den vertraglichen Ausschluss der Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seines Vertreters zum Nachteil des Verbrauchers verbietet (3 Ob 12/09z [Klausel 27]; vgl auch 4 Ob 59/09v [Klausel 1]). Die Bestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (RIS-Justiz RS0121954). Der Anwendungsbereich des § 10 Abs 3 KSchG ist insoweit eingeschränkt, als ein vertraglicher Vorbehalt vorliegen muss. Es muss also bereits in einem bindenden Vertrag festgelegt sein, dass entweder dem Vertragsschluss vorangehende oder diesem nachfolgende formlose Zusagen ohne schriftliche Bestätigung nicht gelten sollen (Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 10 KSchG Rz 14 mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien). § 10 Abs 3 KSchG schließt aber nicht aus, dass die Parteien Schriftform vereinbaren, also die Gültigkeit des Vertrags selbst von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig machen (§ 884 ABGB; Apathy in Schwimann, ABGB³ V § 10 KSchG Rz 11). Der Schriftformvorbehalt müsste freilich im Offert oder in der (insoweit als neues Offert zu verstehenden) Annahmeerklärung enthalten gewesen sein (Rummel in Rummel, ABGB³ § 884 Rz 1). [...]“

Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG richtet sich gegen die gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern (Kathrein in KBB² § 28 KSchG Rz 3). Allgemeine Geschäftsbedingungen bedürfen nach ständiger Rechtsprechung, soweit keine besondere Regelung durch Gesetz

oder Verordnung besteht, zu ihrer Geltung der Einbeziehung in den Vertrag und sind anzuwenden, wenn sie durch einen entsprechenden Hinweis im Vertragstext oder zumindest stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht werden (2 Ob 159/08h mwN; vgl RIS-Justiz RS0014506 [T9]; Bollenberger in KBB² § 864a Rz 2). Sie gestalten das Vertragsverhältnis, setzen somit dessen gültiges Entstehen voraus.“

Im Unterschied zu dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Klausel, deren Regelungsinhalt sich auf das Zustandekommen des Vertrags beschränkte, kann sich die gegenständliche Klausel sehr wohl zum Nachteil des Nutzers auswirken, da sie der Beklagten die Möglichkeit geben würde, mündliche Zusagen zu machen, deren Gültigkeit sie nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt. Der von der Beklagten gesetzte Formvorbehalt widerspricht ganz eindeutig dem § 10 Abs 3 KSchG. Die Klausel ist daher für den Verbraucher nachteilig im Sinn von § 10 Abs 3 KSchG und daher unzulässig.

2.2 Klausel 2

Die Bestimmungen dieser AGB können von GoStudent jederzeit ohne Angabe von Gründen geändert werden, wobei solche Änderungen auf der Plattform kundgemacht werden. Benützt der Nutzer die Plattform nach Kenntnisnahme der geänderten AGB weiter, gelten die Änderungen als angenommen.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel lege fest, dass die Beklagte AGB Änderungen einseitig vornehmen könne. Für Verbraucher sei damit bei Vertragsabschluss nicht nachvollziehbar oder überprüfbar, welche Änderungen der Unternehmer vornehmen werde. Diese Klausel lasse völlig offen, welche AGB Regelungen betroffen seien und ermögliche der Beklagten, beliebige Änderungen des Vertrags via Zustimmungsfiktion herbeizuführen. Dies sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Weiters seien gemäß § 6 Abs 3 KSchG Vereinbarungen, nach denen für den Unternehmer ein ungerechtfertigten Beurteilungsspielraum verbleibt, unzulässig. Die Klausel ermögliche dem Unternehmen einen ungerechtfertigten Beurteilungsspielraum und sei vollkommen unbestimmt. Zudem verstoße diese Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Klausel sehe nämlich vor, dass ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers (ein weiteres Benützen der Plattform) als Abgabe einer Zustimmungserklärung gelte. Ein solches Vorgehen wäre nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG allenfalls dann zulässig, wenn der Verbraucher bei Beginn einer hierfür vorgesehenen Zustimmungsfrist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen würde und zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist hätte. Diese Voraussetzungen fehlen allerdings vollkommen und müssten bereits in der Klausel bestimmt werden.

Die Beklagte bringt vor, laut Rechtsprechung des OGH seien Zustimmungsfiktionen auch in Verträgen mit Verbrauchern grundsätzlich zulässig. Als unzulässig befunden worden sei vom OGH in 1 Ob 146/15z eine Gestaltung, wonach das Äquivalenzverhältnis zwischen den Parteien erheblich (ohne Einschränkung) zugunsten des Unternehmers verschoben werden konnte. Eine solche unbeschränkte Zustimmungsfiktion liege im konkreten Fall nicht vor, die Erbringung von Nachhilfeleistungen gegen Entgelt, damit also die wichtigsten Aspekte der Leistung an die Nutzer, werden zwischen den Nutzern und den Lehrern in Lehrerverträgen abgeschlossen. Die Preise für diese Leistungen seien ebenfalls von einer separaten Vereinbarung abhängig und nicht in den AGB enthalten. Bei der Plattform handle es sich um eine flexible und entsprechend innovative Vermittlungsplattform, die den Nutzern und Lehrern als Unterstützung zum Eingehen von Geschäftsbeziehungen diene. Die flexible Ausgestaltung der Plattform sei aufgrund der Vermittlerfunktion der Beklagten im Interesse der Nutzer. Die Klausel sei daher weder gröblich benachteiligend noch intransparent im Sinne der § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 3 KSchG.

Beurteilung der Klausel 2:

Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Aus § 6 Abs 1 Z 2 KSchG folgt grundsätzlich die Wirkungslosigkeit vertraglicher Erklärungsfiktionen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn für die fragliche Äußerung eine Frist vorgesehen ist, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers eingehalten wird und diesem für eine ausdrückliche Erklärung sodann eine angemessene Frist zur Verfügung steht (2 Ob 523/85; 7 Ob 52/17y ua).

Die normierte Voraussetzung, dass für die fragliche Äußerung eine Frist vorgesehen ist, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers eingehalten wird und diesem für eine ausdrückliche Erklärung sodann eine angemessene Frist zur Verfügung steht, ist nicht erfüllt. Die Klausel ist schon deshalb unwirksam, weil sich in ihr kein Hinweis auf die gesetzliche Verpflichtung, zum Zeitpunkt der Änderung noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Zustimmung als erteilt gilt, wenn die Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt angezeigt wird, findet.

Ob auch ein Verstoß gegen die weiteren geltend gemachten Bestimmungen vorliegt, braucht daher nicht mehr beurteilt zu werden.

2.3 Klausel 3

Als Lehrer können sich alle Personen registrieren, die Video-Unterricht über die Plattform anbieten möchten.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel sei überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Kein Konsument könne damit rechnen, dass sich praktisch jeder als Lehrer auf der Plattform ausgeben könne. Es seien keinerlei Qualifikationen (auch an anderer Stelle) definiert, die Voraussetzung für die „Lehrer“ seien. Auf ihrer Homepage preise die Beklagte die Lehrer auch an, die Verbrauchererwartung ist daher, dass die „Lehrer“ nicht irgendwelche Personen sind, die Klausel sei daher überraschend; sie sei aber auch nachteilig: Lehrer ohne Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen (wie etwa native speaker) könnten in der Regel keinen hochwertigen Unterricht leisten. Die Klausel lasse auch erhebliche Zweifel daran, ob das auf der Homepage der Beklagten gegebene Werbeversprechen eingehalten werde. Die Klausel sei auch intransparent iSd§ 6 Abs 3 KSchG, weil eben vollkommen offen bleibe, wie die Lehrer ausgewählt werden und wie sichergestellt werde, dass der Lehrer über ausreichende Qualifikationen verfüge, die für die Arbeit mit Kindern und Jugendlichen erforderlich seien.

Die Beklagte bringt vor, die inkriminierte Klausel sei in Punkt 2.2 der AGB enthalten, gebe diesen Punkt allerdings nicht vollständig wieder und sei damit auch aus dem Kontext gerissen. Gleich anschließend heiße es dort nämlich: *„Bei diesen Personen muss es sich nicht um Schullehrer handeln. Sofern über die Plattform von Lehrern angebotene Leistungen kostenpflichtig sind, wird darauf ausdrücklich und deutlich erkennbar hingewiesen.“* Durch den ersten und den zweiten Satz von Punkt 2.2 der AGB sollte nur klargestellt werden, dass es sich bei den Lehrern nicht zwingend um Schullehrer handeln müsse. Die Klausel sei daher – auch aufgrund des Kontextes – selbst bei kundenfeindlichster Auslegung nicht so zu verstehen, wie dies in der Klage angenommen werde. Die Beklagte habe im Übrigen auch einen aufwendigen und selektiven Aufnahmeprozess implementiert, den Lehrer durchlaufen müssen, bevor sie über die Plattform Leistungen anbieten können.

Beurteilung der Klausel 3:

Die beanstandete Klausel ist nicht unzulässig. Zunächst ist festzuhalten, dass diese Klausel inhaltlich keinen Bestandteil des Vertrags mit dem Kunden der Beklagten regelt, sondern vorsieht, wer sich als Lehrer auf der Plattform registrieren kann.

Der Kläger sieht die Unzulässigkeit dieser Klausel im Wesentlichen in dem – behaupteten – Fehlen eines Verfahrens zur Überprüfung der Kompetenzen und Qualifikationen der Lehrer. Dem ist entgegen zu halten, dass ein Auswahlverfahren welcher Art auch immer nicht in den AGB geregelt sein muss. Die vom Kläger zitierten Ankündigungen der Beklagten über die Qualität der Lehrer kann auch durch Vorgänge sichergestellt werden, die nicht in den AGB der

Beklagten festgelegt sind. Mit anderen Worten: Die bloße Möglichkeit einer Registrierung als Lehrer bedeutet nicht zwingend, dass die Beklagte die registrierte Person auch zum Unterricht zulässt.

Im Ergebnis beanstandet der Kläger somit nicht die Unzulässigkeit der betreffenden Klausel, sondern macht vielmehr das Fehlen eines bestimmten Inhalts der AGB geltend (Fehlen von Regelungen über eine – vom Kläger nicht näher dargelegte – Gestaltung eines Auswahlverfahrens). Es kann aber nicht Gegenstand eines solchen Verbandsverfahrens sein, einem Unternehmen einen bestimmten Inhalt seiner AGB vorzuschreiben.

Im Übrigen kann auch eine Qualitätskontrolle der Leistungen eines Unternehmens nicht Gegenstand eines Verfahrens zur Klauselkontrolle sein. Sollten die Behauptungen der Beklagten über die Kompetenzen ihrer Lehrer unrichtig sein, so wäre dies im Sinne einer irreführenden Geschäftspraktik Gegenstand eines Anspruchs gemäß §§ 1 oder 2 UWG, aber eben nicht Gegenstand einer Klauselkontrolle, die kein Instrument des Lauterkeitsrechts ist.

2.4 Klausel 4:

Im Zuge der Registrierung für die Plattform stimmt der Nutzer der Geltung dieser AGB zu.

Die Klägerin bringt vor, die in der Klausel enthaltene Tatsachenbestätigung bürde dem Verbraucher im Streitfall im Ergebnis die Beweislast auf, der Geltung der AGB nicht zugestimmt zu haben; dies mache die Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig. Bei verbraucherfeindlichster Auslegung sei davon auszugehen, dass nach dieser Klausel die in den AGB angeführten Bedingungen unabhängig von deren Gesetzmäßigkeit Geltung erlangen sollen. Das mache die Bestimmung gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Indem die Klausel davon ausgehe, dass sich Konsumenten im Zuge der Registrierung für die Plattform mit den AGB einverstanden erklären, werde der unrichtige Eindruck erweckt, dass für Konsumenten auch gesetz- oder sittenwidrige Klauseln gelten. Die Klausel sei daher intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte bringt vor, es werde lediglich das Prozedere zur Registrierung auf der Plattform erklärt. Das werde auch aus dem der inkriminierten Klausel vorangehenden Satz deutlich, in dem festgehalten sei: „*Die Nutzung der Plattform setzt eine entsprechende Registrierung voraus.*“ Die Klausel verweise damit auf den Registrierungsprozess, im Zuge dessen dem Kunden der Vertragsabschluss unter Einbeziehung der AGB angeboten werde. Daher enthalte Klausel 4 keine Regelung der Beweislastverteilung und es liege kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG vor. Die Klausel unterscheide sich auch deutlich von der der Entscheidung des OGH zu 9 Ob 15/05d zugrundeliegenden Klauseln, die festhielten: „Der Kunde nimmt ausdrücklich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen [...] zur Kenntnis und erklärt sich mit

diesen ausdrücklich einverstanden.“;„Durch meine Unterschrift bestätige ich, die Vertragsbestimmungen und die beigeschlossenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelesen und verstanden zu haben.“ Die in dieser Entscheidung vorgenommene Wertung des OGH sei damit nicht auf die Klausel in Punkt 3.1 der AGB der Beklagten anzuwenden. Im Übrigen seien diese Klauseln in einer Zusatzvereinbarung enthalten und nicht in den AGB selbst. Im vorliegenden Fall könne dem Verbraucher gar keine Beweislast auferlegt werden, die ihn von Gesetzes wegen nicht treffe. Wurden die AGB nicht wirksam einbezogen, gelte nämlich auch die inkriminierte Klausel nicht. Die Klausel sei somit auch nicht gröblich benachteiligend, es liege folglich kein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB vor. Die Klausel erwecke nicht den Eindruck, dass für Konsumenten auch gesetz- oder sittenwidrige Klauseln gelten würden. Die Klausel wäre nach stRsp (4 Ob 221/06p; 4 Ob 179/18d ua) dann intransparent, wenn sie darauf abstellen würde, dass die Klauseln nur im gesetzlich zulässigen Ausmaß gelten würden.

Beurteilung der Klausel 4

Entgegen der Ausführungen der Beklagten ist die Beurteilung der Klausel 25 der Entscheidung 9 Ob 15/05d (*„Der KUNDE nimmt ausdrücklich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der F***** (Beilage .1/ als integrierender Bestandteil dieser Zusatzvereinbarung beigeschlossen) zur Kenntnis und erklärt sich mit diesen ausdrücklich einverstanden.“*) auch auf den vorliegenden Fall übertragbar. Denn auch die Beklagte lässt sich bestätigen, dass der Kunde ihren AGB zustimmt. Die Bestätigung der Zustimmung (die der Kenntnisnahme und des Einverständnisses gleichzuhalten ist) enthält neben der rechtlichen Komponente auch eine Tatsachenbestätigung, die dem Verbraucher die Rechtsdurchsetzung erschweren kann und daher problematisch ist (vgl *Krejci* aaO § 6 KSchG Rz 139; *Apathy* aaO § 6 KSchG Rz 50; *Langer* aaO § 6 KSchG Rz 59; *Kathrein* aaO § 6 Rz 18 ua). Für die Kenntnisnahme der AGB durch den Verbraucher und die Zustimmung des Verbrauchers zu den AGB trifft den Unternehmer die Beweislast, sofern er sich auf die AGB beruft. Hat aber der Kunde bereits in den AGB bestätigt, dass er diese zur Kenntnis genommen und ihnen zugestimmt hat, wird ihm im Zuge der Rechtsverfolgung oder -verteidigung eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft, wenn er nämlich nun seinerseits dartun muss, dass er ungeachtet der Bestätigung zB in Wahrheit gar keine Möglichkeit gehabt habe, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Damit verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG und ist daher unzulässig. Ob auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und gegen § 6 Abs 3 KSchG vorliegt, braucht daher nicht mehr beurteilt zu werden.

2.5 Klausel 5

Für die Dauer der Vertragslaufzeit wird dem Nutzer monatlich (jeweils zum Aufladungsdatum)

die vertraglich festgelegte Anzahl an Einheiten gutgeschrieben und der entsprechende Betrag automatisch abgebucht. Das Aufladungsdatum entspricht dem Kalendertag, an dem der Vertrag abgeschlossen wurde (Beispiel: Wurde ein Vertrag am 20.03.2021 geschlossen, ist der Aufladungstag jeweils der 20. Tag jeden Monats der Vertragslaufzeit). Gutgeschriebene Einheiten können jeweils bis zum nächsten Aufladungsdatum frei für das Buchen von Unterrichtseinheiten verwendet werden, eine Mitnahme über das nächste Aufladungsdatum hinaus ist nicht möglich.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel sehe vor, dass jedes Monat ein vereinbarter Betrag für Einheiten abgebucht werde, wenn dieser Betrag aber (aus welchen Gründen auch immer) nicht im jeweiligen Monat aufgebraucht werde, solle er verfallen. Damit solle nach der Klausel diese Konsequenz auch eintreten, wenn bspw der gewünschte Lehrer krank ist und keine Einheiten anbieten kann. Dem Schüler bleibe in einem solchen Fall nur die Möglichkeit, einen Ersatzlehrer zu wählen, oder das gesamte Geld zu verlieren. Gleichzeitig sei anzunehmen, dass der Lehrer das bezahlte Geld in einem solchen Fall nicht erhalte. Die Beklagte sei in diesem Fall bereichert, ohne irgendeine Leistung erbracht zu haben. Die dispositiv gesetzliche Verfallsfrist würde 30 Jahre betragen, die krasse Abweichung der Regelung davon würde sehr hohe Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung der kurzen Frist bedingen, die aber nicht gegeben sei.

Die Beklagte bringt vor, die Interpretation des Geschäftsmodells durch die Klägerin stimme nicht mit den tatsächlich getroffenen Vereinbarungen der Beklagten mit Nutzern und von Nutzern mit Lehrern überein. Tatsächlich schlossen die Nutzer mit der Beklagten einen Plattformvertrag ab. Nutzer könnten in der Folge über die Plattform einen Lehrervertrag mit einem bestimmten Lehrer abschließen und dadurch pro Zeiteinheit (Monat, Jahr) eine bestimmte Anzahl von Werteinheiten erwerben. Solche zweistufigen Geschäftsmodelle seien am Markt nichts Außergewöhnliches. Beim Geschäftsmodell der Beklagten werde keine für sich stehende Werteinheit im Rahmen eines Zielschuldverhältnisses gekauft (wie etwa bei Warengutscheinen, Wertkartenguthaben bei Mobiltelefonen oder einer elektronischen Geldbörse). Vielmehr werde die Möglichkeit der Nutzung (statt Kauf) einer Werteinheit pro Zeiteinheit (nicht unbefristet) vereinbart. Für die Möglichkeit dieser Nutzung der Werteinheit pro vereinbarter Zeiteinheit zahle der Nutzer das Entgelt. Dieses Nutzungsmodell (im Gegensatz zu einem Kaufmodell) werde auch durch die monatliche bzw jährliche (und nicht einmalige) Abrechnung der Preise widergespiegelt. Damit ist die Bestimmung schon an sich nach § 879 Abs 3 ABGB der Klauselkontrolle entzogen, weil sie (in Zusammenschau ua mit Punkt 4.3 der AGB) die Hauptleistungen festlege. Selbst wenn aber § 879 Abs 3 ABGB anwendbar wäre, verstoße die Klausel nicht gegen diese Bestimmung. Vielmehr entspreche das Geschäftsmodell der Beklagten insoweit exakt dem Vertragsmodell eines

Mobilfunkbetreibers, wobei monatlich eine Grundgebühr gezahlt werde, für die eine gewisse Freimenge an Gesprächsminuten, SMS und Datenvolumen zur Verfügung stehe.

Die Beklagte gewähre den Nutzern monatlich oder jährlich eine bestimmte Anzahl an Werteinheiten, die diese während dieses Zeitraums verbrauchen könnten (s zB 4 Ob 5/08a). Wie bei Mobilfunkverträgen (zB monatliche Grundgebühr mit Freieinheiten) oder verschiedenen Sportangeboten, bei denen eine zeitlich begrenzte Mitgliedschaft erworben werde, innerhalb der dann eine bestimmte Zahl an Besuchen, Kursteilnahmen oder sonstigen Zusatzleistungen inkludiert sei, könnten die Werteinheiten selbstverständlich nicht in die nächste Zeitperiode mitgenommen werden. Andernfalls wäre eine große Häufung von Werteinheiten möglich, deren Nutzung auf Abruf von der Beklagten nicht mehr garantiert werden könnte. Sie müsste dazu einen praktisch unbegrenzt großen Pool an Lehrern bereithalten. Die Mehrleistung der beklagten Partei bestehe neben der einfachen Abwicklung online (auch in Pandemiezeiten) darin, dass den Kunden eine große zeitliche Flexibilität und eine große Auswahl sowohl an Lehrern als auch an Inhalten zur Verfügung stünden (vgl zur Auswahl zwischen verschiedenen Tarifmodellen am Markt 4 Ob 5/08a). Der Ablauf der Werteinheiten nach einer bestimmten Zeitdauer sei wegen des sonst notwendigen Bereithaltens von unbegrenzten Ressourcen (Lehrern) sachlich gerechtfertigt. Der OGH selbst habe bei einem Kauf von bloßen Werteinheiten (statt wie im konkreten Fall dem Erwerb einer Nutzungsmöglichkeit mit zeitlicher Beschränkung) einen Verfall für zulässig erklärt hat (7 Ob 75/11x), wobei ebenfalls auf die Zumutbarkeit für den Kunden abgestellt wurde). Es werde die Notwendigkeit einer umfassenden Interessenabwägung betont, bei der die Ausgestaltung des jeweiligen Geschäftsmodells mit einzubeziehen sei (1 Ob 88/14v, 7 Ob 75/11x). Der OGH habe dabei unter anderem einen Vergleich mit ähnlichen Leistungen am Markt vorgenommen (vgl 4 Ob 112/04f). Ein Verfall könne unter Berücksichtigung der Höhe des Entgelts angemessen sein. Günstigere Preise könnten ungünstigere sonstige Vertragsbestimmungen sachlich rechtfertigen (vgl 4 Ob 179/18d). Gerade dies sei im konkreten Fall gegeben, eine Nachhilfestunde, die über die Plattform der Beklagten gebucht werde, sei deutlich günstiger als der Durchschnittspreis einer Nachhilfestunde am Markt (wobei Stunden von anderen Anbietern mitunter ebenfalls verfallen).

Beurteilung der Klausel 5:

Zunächst ist festzuhalten, dass zum Vorbringen der Beklagten im Hinblick auf die vertragliche Ausgestaltung auf die oben angestellten Überlegungen verwiesen wird. Das Beweisverfahren ergab gerade nicht, dass die Nutzer der Plattform die Nachhilfestunden mit den Lehrern direkt vereinbaren.

Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Begriff der Hauptleistung möglichst eng zu ziehen. Demnach ist nicht schon jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung der

Kontrolle entzogen (4 Ob 112/04f = SZ 2004/125; RIS-Justiz RS0016931; *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 879 Rz 237 f mwN). Als Hauptleistungspflicht werden vielmehr 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 zustandekommt (4 Ob 112/04f = SZ 2004/125; *Krejci aaO* Rz 238). Sie erfasst daher (nur) die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen, nicht aber auch Bestimmungen, die die vertragstypische Leistung in allgemeiner Form näher umschreiben oder die Preisberechnung allgemein regeln (RIS-Justiz RS0016931). Gegenstand der Prüfung ist die Art der Gutschreibung und des Verfalls von Einheiten, die Klausel ist nicht folglich der Kontrolle entzogen.

Verfallsklauseln sind nur dann sittenwidrig, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren (RIS-JUSTIZ RS0016688). Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, desto triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein (2 Ob 50/05z; 4 Ob 227/06w); jedenfalls ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (1 Ob 1/00d; 4 Ob 279/04i). Da nicht genutzte Einheiten keinesfalls mitgenommen werden können, liegt eine gröbliche Benachteiligung der Nutzer vor. Zahlreiche Szenarien sind möglich, aufgrund derer ein Nutzer seine monatlichen Einheiten nicht verbrauchen kann, das Verweigern der Mitnahme von Einheiten in die weitere Vertragslaufzeit ist auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgebrachten Umstände sachlich nicht gerechtfertigt, da aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung die Beklagte auch zulasten der Nutzer agieren könnte.

2.6 Klausel 6

Nach Ablauf der Laufzeit verlängert sich der Vertrag um ein weiteres Paket zu denselben Konditionen (Einheiten, Zeitraum und Preis). Sollte das vom Nutzer nicht erwünscht sein, kann ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis spätestens 7 Tage vor Ende der Vertragslaufzeit das offizielle Kündigungsformular ausgefüllt werden und somit die anschließende Verlängerung verhindert werden. Andernfalls wird der Lehrervertrag um ein weiteres Paket zu denselben Konditionen (Einheiten, Zeitraum und Preis) verlängert. Für die Bezahlung gilt die im ursprünglichen Lehrervertrag gewählte Vereinbarung (siehe dazu auch Punkt 5.3). Durch eine ausgebliebene Kündigung verlängert sich der laufende Vertrag ohne neuerliches Widerrufsrecht.

Die Klägerin bringt vor, die in der Klausel normierte Vertragsverlängerung via Erklärungsfiktion enthalte entgegen der Vorgabe von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG keinen Hinweis über die Dauer der Frist, die Bedeutung des Verhaltens von Verbraucher und darüber, dass Verbraucher bei

Beginn der vorgesehenen Frist besonders darüber informiert werden. Die Klausel stelle auch die Rechtslage falsch dar, weil sie den Eindruck vermittele, dass der Konsument „kündigen“ müsse, um eine Verlängerung des Vertrages zu verhindern, was schon rein logisch – und selbstverständlich auch juristisch – einen Widerspruch darstelle. Die Klausel verstoße daher gegen § 6 Abs 3 KSchG. Zudem verbiete § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, Verbrauchern für eine abzugebende Anzeige oder Erklärung eine strengere Form als die Schriftform oder besondere Zugangserfordernisse vorzuschreiben. Dagegen verstoße diese Klausel, indem sie vorsehe, dass für eine Verhinderung der Vertragsverlängerung das „offizielle Kündigungsformular“ ausgefüllt werden müsse. Auch der letzte Satz der Klausel sei gesetzwidrig. Auch bei einer Vertragsverlängerung im Fernabsatzgeschäft stehe Konsumenten ein (neuerliches) Rücktrittsrecht zu. Das Rücktrittsrecht sei auch nicht dispositiv, so dass es durch diese Klausel auch nicht abbedungen werden könne. Die Klausel stelle auch deshalb die Rechtslage falsch dar und verstoße damit gegen § 6 Abs 3 KSchG iVm § 11 FAGG.

Die Beklagte bringt vor, nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG seien für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, der Verbraucher werde bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und habe zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Entgegen den Ausführungen der Klägerin enthalte die in Punkt 5.4 der AGB enthaltene Klausel sehr wohl einen Hinweis auf die Dauer der Frist, werde doch festgehalten, dass die Vertragsverlängerung „ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis spätestens 7 Tage vor Ende der Vertragslaufzeit“ verhindert werden könne. Da im Allgemeinen eine Frist von 14 Tagen genügen werde (siehe nur Kathrein/Schoditsch in KBB6 § 6 KSchG Rz7), sei die von der Beklagten vorgesehene Frist sogar sehr großzügig bemessen. Eine Verlängerung des Vertrages könne in der gesamten Zeit zwischen Vertragsabschluss bis spätestens 7 Tage vor Ende der Vertragslaufzeit verhindert werden. Die Klausel enthalte entgegen den Ausführungen der Klägerin auch einen Hinweis über die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers (Verlängerung des Lehrervertrags zu denselben Konditionen). Auch eine gröbliche Benachteiligung liege schon deshalb nicht vor, weil es aus Sicht des Verbrauchers keinen Unterschied mache, ob er ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis kündige oder der Verlängerung eines befristeten Dauerschuldverhältnisses widerspreche. Die Formulierung 'Kündigung' werde für ihn sogar leichter verständlich sein und werde auch deshalb bewusst gewählt. Die Klausel verstoße daher auch nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Beurteilung der Klausel 6:

Isd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG muss der Unternehmer seiner Hinweispflicht nicht nur de facto vor

Beginn der Frist nachkommen, er muss sich vielmehr in der vorher vereinbarten Vertragsbestimmung selbst unter Angabe der Frist zur Abgabe eines klaren und deutlichen Hinweises verpflichten und dann den Verbraucher vor Beginn der Frist noch einmal über die Folgen seines Verhaltens aufklären (siehe *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁶ § 6 KSchG Rz 7 mWN). Dem Konsumenten soll so die Bedeutung seines Verhaltens noch einmal bewusst gemacht werden. Dass diese Vorgabe erfüllt ist, ist weder der Klausel noch dem Vorbringen der Beklagten zu entnehmen, die Klausel verstößt folglich gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Ob auch ein Verstoß gegen die weiteren geltend gemachten Bestimmungen vorliegt, braucht daher nicht mehr beurteilt zu werden.

2.7 Klausel 7:

Wenn Guthaben verfällt, weil es vom Nutzer nicht innerhalb des dafür vorgesehenen Zeitraums verbraucht wird, wird es ebenfalls vom Konto des Nutzers abgezogen.

Die Klägerin verwies auf das Vorbringen zur Klausel 5.

Die Beklagte bringt vor, die Klägerin gehe von einer unzutreffenden Darstellung des Geschäftsmodells der Beklagten aus. Es werde dazu auf die Erläuterungen zu Klausel 5 verwiesen.

Beurteilung der Klausel 7:

Verwiesen wird auf die Beurteilung der Klausel 5. Die Unzulässigkeit von Klausel 5 führt notwendig auch zur Unzulässigkeit der Klausel 7, weil ein so enger Regelungszusammenhang zwischen diesen Klauseln besteht, dass Klausel 7 ohne Klausel 5 keinen vernünftigen Anwendungsbereich mehr hätte.

2.8 Klausel 8:

Der Nutzer ist für alle Aktivitäten, die von seinem Benutzerkonto ausgehen, selbst verantwortlich.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend, weil sie vorsehe, dass der Nutzer für alle Aktivitäten, die von seinem Benutzerkonto ausgehen, verantwortlich sei. Das gelte auch, wenn den Benutzer kein Verschulden an einem unberechtigten Zugriff auf sein Konto treffe, etwa weil sich ein Dritter die Nutzerdaten von den Servern der Beklagten gestohlen habe oder auf andere unberechtigte Weise Zugriff auf das Konto erhalten habe. Konsumenten sollten auch in solchen Fällen verantwortlich sein, was jedenfalls gröblich benachteiligend iSd§ 879 Abs 3 ABGB sei. Zudem schließe die Beklagte damit für jede

unberechtigte Nutzung der Plattform über ein bestehendes Nutzerkonto die Haftung aus. Die Klausel verstoße damit gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil sie nicht für in solchen Fällen durchgeführte Transaktionen haften will. Zudem schränke die Klausel auch das Gewährleistungsrecht des Verbrauchers ein, da die Beklagte nach dem Text der Klausel auch keine Haftung für ungenügend technisch gesicherte und verschlüsselte Nutzerkonten übernehme. Die Klausel verstoße damit auch gegen § 9 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte bringt vor, die Klausel sei im Kontext der übrigen Bestimmungen der AGB, insbesondere Punkt 6.4 und Punkt 8, zu lesen und dürfe nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden. Dem Nutzer werden in den AGB bestimmte Rahmenbedingungen seiner Nutzungsrechte vorgegeben. Sofern der Nutzer diese Rahmenbedingungen nicht einhalte, sei er im Rahmen der Klausel 8 verantwortlich. Die Rüge der Klausel 8 durch die Klägerin werfe die Frage nach den Grenzen der kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590) im Verhältnis zu den §§ 914f ABGB auf. Eine völlig unbeschränkte Haftung des Nutzers wäre klar gesetzwidrig und werde von Klausel 8 nach dem Parteiwillen nicht vorgesehen. Dies sei für den verständigen Durchschnittskunden klar erkennbar und entspreche seinem redlichen Empfängerhorizont. Nach den §§ 914 f ABGB komme man damit zum Ergebnis, dass die Nutzungsregeln laut AGB die Haftung des Kunden einschränken und Klausel 8 nicht gröblich benachteiligend sei. Auch bei kundenfeindlichster Auslegung sei die Klausel nicht benachteiligend, da auch bei dieser Auslegung die gesetzlichen Auslegungsregeln für Verträge nicht gänzlich außer Acht gelassen werden dürfen. Beziehe man diese mit ein, ergebe insbesondere die teleologische Auslegung der Klausel gemeinsam mit der systematischen Auslegung mit den übrigen Bestimmungen der AGB gerade keine unbeschränkte Garantiehafung. Eine gegenteilige Auffassung wäre nicht mit den Regeln der §§ 914 f ABGB vereinbar. Es dürfe den Parteien auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht unterstellt werden, eine klar gesetzwidrige Vereinbarung getroffen zu haben, der damit angesichts des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (EuGH14.6.2012, C-618/ 10) kein Anwendungsbereich zukäme. Wenn damit also die kundenfeindlichste Auslegung nur unter der alleinigen Berücksichtigung des Wortlauts unter Außerachtlassung aller sonstigen Auslegungsmaßstäbe zum Ergebnis der Klägerin führe, so sei dies von den Auslegungsregeln des ABGB – auch bei kundenfeindlichster Auslegung – nicht mehr gedeckt.

Beurteilung der Klausel 8:

Eine völlig unbeschränkte Haftung des Nutzers kann auch bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel nicht angenommen werden, die Klausel ist weiters im Zusammenhang mit den sie umgebenden und mit ihr in Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu lesen. Der verständige Durchschnittsverbraucher, der als Maßstab heranzuziehen ist, kann die Klausel

nur so verstehen, dass vom Nutzer selbst ausgehende Handlungen seines Benutzerkontos erfasst sind, oder Fälle, in denen der Nutzer Dritten den Zugang zu seinem Konto ermöglichte. Auch bei kundenfeindlichster Auslegung würde ein verständiger Durchschnittsverbraucher die Klausel nicht so verstehen, dass der Nutzer unverschuldet für theoretisch technisch mögliche Szenarien wie einen Hackerangriff auf das Benutzerkonto und daraus hervorgehende Aktivitäten verantwortlich wäre.

2.9 Klausel 9

Liegt der Verdacht einer unberechtigten Nutzung eines Benutzerkontos vor oder verstößt ein Nutzer gegen geltende gesetzliche Bestimmungen oder gegen diese AGB, so ist GoStudent berechtigt, das Benutzerkonto zu sperren.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel sei schon deshalb intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil vollkommen unklar ist, wann der Verdacht einer unberechtigten Nutzung eines Benutzerkontos vorliegen solle. Zudem lege die Klausel in Zusammenschau mit den anderen Verstößen nahe, dass das Konto generell und auf unbefristete Zeit gesperrt werden solle. Die Klausel stelle es der Beklagten damit vollkommen frei, ein Nutzerkonto zu sperren, wenn sie den Verdacht einer unberechtigten Nutzung habe, ohne dass der Konsument die Möglichkeit hätte, dieser Einschätzung zu widersprechen. Die Klausel ist damit auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Auch dass bereits geringfügige Verstöße gegen geltende gesetzliche Bestimmungen oder vor allem gegen diese AGB, also auch gegen gesetzwidrige Bestimmungen, zur Sperre des Nutzerkontos führen können, sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB .

Die Beklagte bringt vor, die Klausel sei in Punkt 6.4 der AGB enthalten. Punkt 6.4 der AGB enthalte vor dem inkriminierten Abschnitt die Regelung „*Der Nutzer verpflichtet sich, GoStudent unverzüglich zu benachrichtigen, sobald der Verdacht einer unberechtigten Nutzung seines Benutzerkontos besteht.*“ Die Beklagte wolle jene Fälle, in denen der Verdacht einer unberechtigten Nutzung des Benutzerkontos vorliege, möglichst im Einvernehmen mit dem Nutzer lösen. Eine Sperre des Benutzerkontos diene in solchen Fällen auch dem Schutz des Nutzers. Die Klausel sei auch nicht schon deshalb intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die Möglichkeiten einer unberechtigten Nutzung des Benutzerkontos nicht aufzähle. Eine solche Aufzählung könne nie alle denkbaren Konstellationen erfassen, die einen solchen Verdacht begründen könnten, und erscheine daher auch mit Blick auf das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG wenig sinnvoll. Verstoße ein Nutzer selbst gegen geltende gesetzliche Bestimmungen oder gegen die AGB, müsse eine Sperre des Benutzerkontos zum Schutz der Beklagten vor weiteren Nachteilen möglich sein. Ein Nutzer könne einer Sperre widersprechen.

Beurteilung der Klausel 9:

Der Beklagten ist zuzustimmen, dass eine Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG nicht angenommen werden kann, weil nicht alle erdenklich möglichen Fälle einer unberechtigten Nutzung aufgezählt werden. Eine solche Aufzählung kann tatsächlich nie abschließend sein, da es aufgrund der Konstruktion als Online Plattform zahlreiche nicht vorhersehbare Fälle geben kann, in denen eine unberechtigte Nutzung vorliegt. Jedoch ist diese Klausel unbestimmt, weil aus dem verfahrensgegenständlichen Klauselwerk nicht ersichtlich ist, von welcher die Dauer der Sperre ist, noch sind die Möglichkeiten ihrer Aufhebung umrissen, weshalb die Klausel intransparent ist und gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt. Ein sachlicher Grund für diese Regelung und vorbestimmte Prämissen oder Parameter zur Determinierung der Sperre fehlen ohne nachvollziehbaren Grund.

Ob auch ein Verstoß gegen die weiteren geltend gemachten Bestimmungen vorliegt, braucht daher nicht mehr beurteilt zu werden.

2.10 Klausel 10

Wenn von Nutzern Anfragen für Video-Unterricht in einem relevanten Fachbereich über die Plattform eingehen, kann GoStudent einen Lehrer benachrichtigen; eine Verpflichtung dazu besteht nicht.

Die Klägerin bringt vor, da monatlich ein gewisser Betrag vom Konto der Konsumenten abgebucht werde (und ausgegeben werden müsse, damit er nicht in kürzester Zeit verfalle), liege in einer freiwilligen Vermittlung von Lehrern eine grobe Benachteiligung. Gerade wenn keine Lehrkräfte verständigt werden, steige das Risiko der Schüler, dass ihre Beiträge verfallen – während die Beklagte, ohne jegliche Gegenleistung zu erbringen, bereichert wäre. Zudem werde auf der Homepage der Beklagten versprochen: „Ersatzlehrer - Wir finden immer in kürzester Zeit einen passenden Ersatz.“ Von diesem Versprechen wolle sich die Beklagte mithilfe dieser Klausel offensichtlich befreien. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte bringt vor, es werde auf das Geschäftsmodell der Beklagten verwiesen. Die Klausel beschreibe die Situation, dass noch kein Lehrervertrag (Vertrag zwischen Lehrer und Nutzer) bestehe. Es gehe daher um die Anbahnung einer solchen Vertragsbeziehung und nicht darum, was passiere, wenn bereits ein Lehrervertrag abgeschlossen worden sei. Die von der Klägerin zitierte Werbeaussage auf der Website der Beklagten betreffe hingegen die Situation, dass bereits ein Lehrervertrag abgeschlossen worden sei, der Lehrer allerdings ausfalle. Könne die Beklagte dann keinen Ersatzlehrer finden, sei der Nutzer zur außerordentlichen Kündigung berechtigt (siehe ausdrücklich Punkt 9.3 und Punkt 13 der AGB).

Beurteilung der Klausel 10:

Nach der vom erkennenden Gericht getroffenen Beurteilung, wonach gerade nicht zwischen den Konsumenten und den Lehrern Verträge geschlossen werden, ist die Bestimmung jedenfalls gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da es nach dieser Regel – im kundenfeindlichsten Sinn ausgelegt – der Beklagten frei steht, ob sie ihren Vertragspartnern die von ihnen gebuchten und bezahlten Nachhilfestunden ermöglicht oder nicht. Ein sachlicher Grund für diese Regelung ohne vorbestimmte Prämissen oder Parameter zur Determinierung von Gründen zur Unterlassung der Benachrichtigung von Lehrern fehlen ohne nachvollziehbaren Grund.

2.11 Klausel 11

Der Nutzer gewährt GoStudent das unentgeltliche, nicht ausschließliche, zeitlich unbefristete und räumlich uneingeschränkte Recht, in die Plattform eingestellte Bewertungen, Fotos, Grafiken, Texte, Audionachrichten und Videos zur Bereitstellung auf der Plattform und zur Bewerbung der Plattform zu verwenden, zu bearbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Die Klägerin bringt vor, diese Klausel sei überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Kein Nutzer rechne damit, dass Inhalte, die er im Zuge von Nachhilfestunden – oder zur Bewertung dieser hochlädt –, uneingeschränkt von der Beklagten verwendet und verändert werden könnten. Mit einer solch gravierenden Einschränkung der eigenen (Urheber-)Rechte müsse kein Konsument rechnen. Die Klausel sei darüber hinaus aber auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung gelte das auch für Inhalte, für die der Konsument gar keine Rechte übertragen dürfe. Lade er beispielsweise Lehrunterlagen aus Schulbüchern hoch, um sie in der Nachhilfestunde mit dem Lehrer zu besprechen, dann könne er der Beklagten gar kein Nutzungsrecht einräumen. Die Klausel würde aber dazu führen, dass er dennoch für eine Nutzung durch die Beklagte hafte. Zudem gelte diese Klausel auch für personenbezogene Daten. Sie verstoße daher gegen das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot. Die Anforderung an eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung richte sich nach Art 4 Z 11 sowie Art 7 Abs 2 DSGVO und setze - wie auch schon vom EuGH zu Planet 49 (C-673/17) ausgeführt habe - ein aktives Verhalten des Betroffenen voraus. Die Klausel 11 erfülle nicht die Kriterien einer freiwilligen Einwilligung. Die Klausel verletzt Art 5 DSGVO und ist daher nichtig.

Die Beklagte bringt vor, die Urheberrechte des Kunden würden nicht beschränkt, weil der Beklagten nur ein (nicht ausschließliches) Nutzungsrecht eingeräumt werde. Weiters verbleibe der Kernbereich des Urheberrechts (Urheberpersönlichkeitsrecht) beim Nutzer, weshalb auch ein Widerruf dieser Zustimmung zulässig bleibe und die Übertragung an die Beklagte nicht unwiderruflich erfolge. Der Kunde hafte nicht für die unzulässige Übertragung von Rechten:

Zu einer solchen Übertragung von Rechten könne sich der Kunde nicht wirksam verpflichten, weshalb auch eine Haftung nicht in Betracht komme. Es sei auch die Verarbeitung der in Klausel 11 angegebenen Daten für die Durchführung des Geschäftsmodells unbedingt erforderlich. Die Leistung der Beklagten bestehe in der Vermittlung von anbietenden und nachfragenden Marktteilnehmern. Es sei erforderlich, sowohl eine Vielzahl an Lehrern als auch eine Vielzahl an Nutzern zu gewinnen, um für Nutzer ein entsprechendes Angebot und eine entsprechende Auswahl und für Lehrer eine entsprechende Nachfrage anbieten zu können. Dafür sei es ua notwendig, in die Plattform eingestellte Bewertungen zur Bewerbung der Plattform zu verwenden. Die Veröffentlichung der Bewertungen einzelner Nutzer auf der Plattform hänge damit mit der Vertragserfüllung notwendig zusammen. Im Ergebnis stehe der Zulässigkeit der Klausel 11 auch aus Sicht des Datenschutzrechts nichts entgegen. Ähnliche Vertragsbestimmungen seien im Geschäftsverkehr üblich.

Beurteilung der Klausel 11:

Wie oben dargelegt, ist eine Klausel objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein „Überrumpelungseffekt“ innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren (RIS-Justiz RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln; eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Auf den Inhalt der Klausel allein kommt es aber nicht an. Er spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (RS0014659 [T2]). Die Bestimmung darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner – ein durchschnittlich sorgfältiger Leser – dort nicht vermutet, wo sie sich befindet und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte ([RS0014646](#)) [T14]; RS0105643 [T2]). Gegen die für die Art des Rechtsgeschäfts typischen Vertragsbestimmungen kann auch ein unerfahrener Vertragspartner nicht ins Treffen führen, er sei von ihnen überrascht worden (RS0014610). Die Ungewöhnlichkeit eines Inhalts ist nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen (RS0014627).

Die Klausel befindet sich in Punkt 8. der AGB „NUTZUNG DER PLATTFORM“. Für den Nutzer der Plattform sind daher Bestimmungen, die die von ihm hochgeladenen bzw. auf die Plattform übertragenen Inhalte betreffen und die Nutzung dieser Inhalt durch die Beklagte regeln, jedenfalls nicht überraschend, sodass eine Anwendung von § 864a ABGB ausscheidet.

Das Gericht vermag aber auch keine gröbliche Benachteiligung des Kunden darin

erkennen, dass der Beklagte ein unentgeltliches Nutzungsrecht an den hochgeladenen Inhalten eingeräumt wird. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass diese Regelung nur solche Inhalte betreffen kann, für die der Kunden auch entsprechende Nutzungsrechte einräumen kann. Denn selbst bei kundenfeindlichster Auslegung ist es nicht geboten, einer beanstandeten Klausel einen unvernünftigen Inhalt zu unterstellen. Dies wäre aber der Fall, ginge man davon aus, dass die beanstandete Klausel zu einer Haftung des Kunden für Eingriffe in fremde Urheberrechte führe.

Auch der Hinweis der Beklagten, dass ähnliche Regelungen, die eine Übertragung von Nutzungsrechte vorsehen, bei der Nutzung von Internet-Plattformen verschiedenster Branchen weitgehend üblich sind, trifft zu.

Eine gröbliche Benachteiligung des Kunden ist daher für das Gericht nicht erkennbar.

2.12 Klausel 12

GoStudent ist jederzeit berechtigt, die über die Plattform angebotenen Services ohne Angabe von Gründen einzuschränken oder ganz einzustellen. Wesentliche Änderungen oder Einschränkungen der angebotenen Services werden rechtzeitig auf der Plattform bekannt gemacht.

Die Klägerin bringt vor, dass gerade bei Dauerschuldverhältnissen eine einseitige Änderung des gebotenen Leistungsangebots – bei kundenfeindlichster Auslegung wäre auch ein Einstellen der Leistungen möglich – gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei. Die Beklagte erhalte durch diese Klausel zudem die Möglichkeit, eine von ihr zu erbringende Leistung einseitig zu ändern oder von ihr abzuweichen. Dabei nehme die Klausel keinerlei Einschränkungen vor, etwa auf dem Verbraucher zumutbare Abweichungen, die geringfügig und sachlich gerechtfertigt seien. Die Klausel verstoße daher gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Zudem sei die Klausel vollkommen unbestimmt: Weder das Ausmaß einer möglichen Leistungsänderung, nach der Umfang oder der Zeitpunkt sei erkennbar. Zudem bleibe auch offen, wann einen Bekanntgabe „rechtzeitig“ erfolge. Die Klausel genügt deshalb schon dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG nicht.

Die Beklagte bringt vor, Klausel 12 ergebe sich aus der Rolle der Beklagten als Vermittlerin, die flexible, an den Bedürfnissen der Nutzer (und Lehrer) orientierte Rahmenbedingungen (im Wesentlichen: einen geordneten Markt) für den Austausch von Angebot und Nachfrage an Nachhilfeleistungen bieten wolle. Die erforderliche Flexibilität (die essenzieller Bestandteil des Geschäftsmodells der Beklagten ist) werde durch Klausel 12 sichergestellt. Kunden sollen auf mögliche Veränderungen beim Aufbau der Plattform oder eine Veränderung einzelner Funktionen hingewiesen werden und damit rechnen können. Eine gröbliche Benachteiligung sei damit nicht verbunden. Auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sei aus diesen

Gründen nicht gegeben. Zu § 6 Abs 3 KSchG werde auf die Ausführungen zu Klausel 2 verwiesen.

Beurteilung der Klausel 12:

Nach dem ersten Satz dieser Klausel kann die Beklagte ihre Leistungen den Nutzern gegenüber jederzeit ohne Angabe der Gründe einstellen oder einschränken, was zweifellos gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist. Die von der Beklagten argumentierte Flexibilität kann keinesfalls rechtfertigen, dass sie ihre „Services“, die im Übrigen nicht näher beschrieben sind, einseitig nicht nur einschränken, sondern auch einstellen kann. Nach dem zweiten Satz der Klausel bleibt völlig offen, welche Änderungen oder Einschränkungen als „wesentlich“ gewertet werden, auch ist unklar, was die Beklagte unter „rechtzeitig“ versteht. Der zweite Satz verstößt folglich gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Ob auch ein Verstoß gegen die weiteren geltend gemachten Bestimmungen vorliegt, braucht daher nicht mehr beurteilt zu werden.

2.13 Klausel 13

Eine Einschränkung oder Einstellung der angebotenen Services durch GoStudent bewirkt keine Änderung dieser AGB. Eine Änderung der AGB durch GoStudent kann nur gemäß dem in Punkt 1.4 vorgesehenen Prozedere erfolgen.

Die Klägerin bringt vor, der Bedeutungsgehalt dieser Klausel bleibe vollkommen offen. Da diese Klausel aber auf zwei unzulässige Klauseln Bezug nehme, sei sie schon aus diesem Grund unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung sei eine Klausel dann intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, wenn sie auf eine unzulässige Klausel verweise. Dieser Fall liege hier vor.

Die Beklagte bringt vor, die Klausel diene nur der Klarstellung, dass es durch eine Änderung der angebotenen Services durch die Beklagte (natürlich) nicht automatisch zu einer Änderung der AGB komme. Mit dieser Klausel gehe es der Beklagten nur um die Aufklärung und den Schutz der Nutzer. Eine Änderung der AGB könne eben nur gemäß dem in Punkt 1.4 vorgesehenen Prozedere erfolgen (zu dem auf die Ausführungen zu Klausel 2 verwiesen werde). Die Klägerin beanstande diese Klausel aber ohnehin nur, weil sie nach ihrer Ansicht auf zwei unzulässige Klauseln Bezug nehme. Es werde daher auf die Ausführungen zu Klausel 2 und Klausel 12 verwiesen.

Beurteilung der Klausel 13:

Durch den Verweis auf zwei unzulässige Klauseln (Klausel 2 und Klausel 12) ergibt sich auch die Unzulässigkeit der verweisenden Klausel, sodass diese gemäß § 6 Abs 3 KSchG gegen das Transparenzgebot verstößt (RIS-JUSTIZ RS0122040 [T4]).

2.14 Klausel 14

Der Nutzer und der Lehrer sind schon jetzt damit einverstanden, dass GoStudent über das Bestehen und die Höhe eines etwaigen Anspruchs auf Guthabentrückstellung entscheidet. Erachtet GoStudent die Beschwerde des Nutzers für berechtigt, erhält der Nutzer das Guthaben für eine Einheit Video-Unterricht auf seinem Guthabenkonto gutgeschrieben und dem Lehrer wird ein allenfalls für die Einheit bereits auf das Guthabenkonto des Lehrers gebuchtes Guthaben wieder abgezogen.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 10 KSchG. Der Unternehmer werde mit bindender Wirkung für den Verbraucher ermächtigt, darüber zu entscheiden, ob die vom Unternehmer erbrachten Leistungen der Vereinbarung entsprechen. Selbst wenn diese Klausel der Beklagten nicht das Recht einräume, über ihre eigene Leistung zu entscheiden, sei damit nichts gewonnen: Wenn die Beklagte nämlich eine Leistung als mangelhaft anerkenne, dann verliere sie in gleicher Weise den Entgeltanspruch wie der Lehrer, womit eine gleichwertige Interessenslage vorliege. Daraus folge, dass eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 10 KSchG analog zu bejahen sei. Die Klausel könne zudem auch nur so verstanden werden, dass sie eine Schiedsvereinbarung zwischen einem Unternehmer (Lehrer) und einem Verbraucher beinhaltet, sehe sie doch eine bindende Entscheidung über strittige Rechtsverhältnisse vor. Eine solche Vereinbarung könne nach § 617 ZPO nur wirksam für bereits entstandene Streitigkeiten vereinbart werden. Die Klausel sei daher unwirksam. Im Übrigen wäre die Klausel nach § 6 Abs 2 Z 7 KSchG unzulässig, da dort festgelegt ist, dass Schiedsvereinbarungen nur im Einzelnen ausgehandelt wirksam vereinbart werden können. Eine Schiedsvereinbarung, die eine der Vertragsparteien zum Schiedsrichter mache, widerspreche fundamentalen Grundsätzen der Objektivität und sei daher gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte bringt vor, dass aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ein Nutzer kein frei ausübbares Recht auf Rückerstattung des Guthabens habe. Ihm stünden damit die gesetzlichen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche zu. Klausel 14 regle zusätzliche, einvernehmliche Kulanzlösungen. Zudem sei die Beklagte nicht Vertragspartnerin der Lehrerverträge, sondern nehme auch im hier relevanten Bereich einer Schlechterfüllung nur eine unterstützende Vermittlerrolle ein. Die inkriminierte Klausel werde auch ausschließlich in diesem Sinne – als Lösung für Kulanzfälle– angewandt. Über Kulanzlösungen entscheide – wie weithin am Markt üblich– der Unternehmer. Alles andere sei nicht sachlich zu rechtfertigen, weil hier immerhin ein Vergleich über – rechtlich nicht mit Sicherheit bestehende – Ansprüche des Kunden geschlossen werde. Für einen Vergleich sei die Zustimmung beider Seiten und damit auch eine positive Entscheidung der Beklagten als Unternehmerin

erforderlich. Die Klausel bilde schlicht das dispositive Recht ab und schildere weiters dem Kunden die Rechtsfolgen einer abgeschlossenen vergleichswisen Einigung über die Rückerstattung von Guthaben. Die Ansicht der Klägerin, dass die Klausel nur so verstanden werden könne, dass eine Schiedsvereinbarung vorliege, entbehre einer Grundlage in der Klausel.

Beurteilung der Klausel 14:

§ 6 Abs 1 Z 10 KSchG verbietet Vertragsbestimmungen, nach denen der Unternehmer oder eine seinem Einflussbereich unterliegende Stelle oder Person bindend über die Erfüllung der Leistungspflicht des Unternehmers entscheiden kann. Das sichert dem Verbraucher die Entscheidungsfreiheit bei der Bewertung der Leistungen des Unternehmers und erhält ihm den Zugang zu Gericht. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 10 KSchG liegt nach Ansicht des Gerichts vor, da die Beklagte die einzige Vertragspartnerin der Nutzer ist und so selbst über Ansprüche auf Guthabentrückstellung entscheidet.

2.15 Klausel 15

GoStudent haftet, gleich aus welchem Rechtsgrund, nur, wenn ein Schaden durch GoStudent grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurde. Die Haftung von GoStudent für leichte Fahrlässigkeit ist – ausgenommen für Personenschäden – ausgeschlossen.

Die Klägerin bringt vor, entsprechend der vorliegenden Klausel übernehme die Beklagte die Haftung nur für grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführte Schäden. § 6 Abs 1 Z 9 KSchG erlaube nicht jegliche Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit (OGH 4 Ob 221/06p; OGH 1 Ob 105/14v). Eine Klausel, welche den Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit – Personenschäden ausgenommen – umfasse und die nicht zuletzt auch eine Freizeichnung bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten für die von einem Unternehmer oder seinen Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden vorsehe, sei gröblich benachteiligend (RIS-Justiz RS0130673). Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit sei insbesondere dann unzulässig, wenn er, wie hier, auch bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen komme und eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen weitgehenden Haftungsausschluss nicht zu erkennen sei (vgl RIS-Justiz RS0129623; siehe OGH 4 Ob 228/17h). Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, zumal keine sachliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Klausel ersichtlich sei.

Die Beklagte bringt vor, die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sei auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig (RS0050109). Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit sei nach der Rsp des OGH nur dann unzulässig, wenn er Fälle umfasst, für welche der Haftungsausschluss nicht sachlich rechtfertigbar sei (4 Ob 228/17h mwN). Die Klausel könne beim Geschäftsmodell der Beklagten nicht zu einer

Konstellation führen, in welcher ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit (ausgenommen Personenschäden) zu unbilligen Ergebnissen führe. Eine Vermittlung eines Nachhilfelehrers könne keinen finanziellen Schaden verursachen, der über Ansprüche nach Leistungsstörungenrecht hinausginge. Im aufrechten Nachhilfeverhältnis könnten unter Umständen technische Gebrechen oder verspätete Buchungen vorkommen, wie sie bei jeder Art von Digitalunternehmen zwangsläufig hin und wieder passieren könnten. Eine Website, die stets ohne Gebrechen zu 100% verfügbar ist, sei technisch nicht möglich. Dennoch sei darauf hinzuweisen, dass sich das allgemeine Risiko für die Nutzer maximal darauf beschränke, einzelne Nachhilfeeinheiten an einem anderen Tag in Anspruch zu nehmen. Der Haftungsausschluss sei daher sachlich gerechtfertigt.

Beurteilung der Klausel 15:

Wenngleich eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in AGB grundsätzlich zulässig ist (RIS-Justiz RS0050109), lässt sich aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht ableiten, diese Bestimmung erlaube jegliche Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit (4 Ob 221/06p; 1 Ob 105/14v). Nach der Rechtsprechung können vielmehr generelle Freizeichenerklärungen als Vorausverzicht auf Schadenersatzansprüche als anstößig empfunden werden. Demnach kann eine weitergehende Abweichung vom dispositiven Gesetz unter den besonderen Verhältnissen Allgemeiner Geschäftsbedingungen rechtlich nicht toleriert werden. Eine solche Abweichung ist im Zweifel auch nicht als vereinbart anzusehen bzw einschränkend auszulegen (RIS-Justiz RS0016567). Eine Klausel, nach der der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit – Personenschäden ausgenommen – umfassend sein soll und nicht zuletzt auch eine Freizeichnung bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten für die von einem Unternehmer oder seinen Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden erfasst, ist gröblich benachteiligend (RIS-Justiz RS0130673). Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist insbesondere dann unzulässig, wenn er auch bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen kommt und eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen weitgehenden Haftungsausschluss nicht zu erkennen ist (vgl RIS-Justiz RS0129623). Eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen weitgehenden Haftungsausschluss ist nicht zu erkennen.

2.16 Klausel 16

Hinsichtlich der Rückerstattung des für eine Einheit Video-Unterricht verbrauchten Guthabens hat ein Nutzer gemäß Punkt 9.2 vorzugehen.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel verweise auf eine unzulässige Klausel und sei aus diesem Grund unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Klausel dann intransparent iSd § 6

Abs 3 KSchG, wenn sie auf eine unzulässige Klausel verweist.

Die Beklagte bringt vor, dass auf die Ausführungen zu Klausel 14 (Kulanzlösung) verwiesen werde. Dass es sich um rein gesetzeseergänzendes Vertragswerk und nicht um vom dispositiven Recht abweichende Bestimmungen handle, ergebe sich schon daraus, dass der letzte Satz von Punkt 10.2 der AGB den Nutzer für alle Ansprüche, die nicht im Rahmen der Kulanzlösung geklärt werden können, auf das dispositive Recht verweise (Geltendmachung gegenüber dem jeweiligen Lehrer).

Beurteilung der Klausel 16:

Durch den Verweis auf eine unzulässige (Klausel 14) ergibt sich auch die Unzulässigkeit der verweisenden Klausel, sodass diese gemäß § 6 Abs 3 KSchG gegen das Transparenzgebot verstößt (RIS-JUSTIZ RS0122040 [T4]).

2.17 Klausel 17

Der Nutzer verpflichtet sich, GoStudent vollständig schad- und klaglos zu halten, wenn GoStudent von Lehrern wegen Ansprüchen aus Lehrerverträgen oder von anderen Nutzern, Lehrern oder Dritten wegen der vom Nutzer auf der Plattform eingestellten Inhalte zivil- oder strafrechtlich, gerichtlich oder außergerichtlich in Anspruch genommen wird. Die Freistellung umfasst auch Strafen, Schadenersatz und sämtliche Kosten der Rechtsverteidigung.

Die Klägerin bringt vor, die Klausel sei vor allem dann unzulässig, wenn man in Betracht ziehe, welche weitreichendes Nutzungsrecht sich die Beklagte an den eingestellten Inhalten einräume. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung seien auch Ansprüche, die gegen die Beklagte erhoben werden, weil sie das im Zuge einer Nachhilfeeinheit verwendete Material weiterverbreite, von der Klausel umfasst. Die Klausel sei deshalb gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Zudem sei die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil sie kein Verschulden voraussetze. Selbst wenn jemand die Beklagte offensichtlich unberechtigt für ein Verhalten eines Konsumenten in Anspruch nehmen möchte, solle der Konsument für sämtliche (also gerade auch nicht notwendige und zweckentsprechende) Rechtsverteidigungskosten aufkommen. Von jemandem ungerechtfertigt juristisch belangt zu werden gehöre zum allgemeinen Lebensrisiko, das nicht generell auf Konsumenten übertragen werden könne.

Die Beklagte bringt vor, sie sei als als Betreiberin der Plattform berechtigt, die Bedingungen der Nutzung der Plattform in den AGB zu regeln. Sie sei (aus Vorsichtsgründen) auch berechtigt, den Nutzern zu verbieten, dass diese jegliche von Lehrern erhaltene Inhalte auf der Plattform einstellen (insb um sich vor einer Inanspruchnahme durch Lehrer zu schützen).

Nicht erklärlich ist, warum die Beklagte bei Verstoß gegen diese Bestimmung keinen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen solle. Auch der Umstand, dass die Beklagte von jemandem ungerechtfertigt juristisch belangt werde, sei in diesem Fall einem Nutzer zuzurechnen, der gegen die Nutzungsbedingungen der Plattform verstoßen habe. Weiters stelle die Klausel 17 in zulässigem Ausmaß fest, welche Ersatzansprüche in Betracht kämen. In die gesetzlichen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs (insb Verschulden, Adäquanz) greife die Bestimmung nicht ein. Sie sei daher insbesondere auch nach § 879 Abs 3 ABGB zulässig.

Beurteilung der Klausel 17:

Nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung normiert die beanstandete Klausel eine Haftung des Nutzes auch dann, wenn die Beklagten im Zusammenhang mit vom Inhalt hochgeladenen Inhalten zu Unrecht von Dritten in Anspruch genommen wird. Eine solche Haftung ist jedenfalls gröblich benachteiligend, weil sie – wie der Kläger zu Recht darlegt – auch bei rechtskonformem Verhalten des Nutzers zu einem Ersatzanspruch führen kann. Für eine einschränkende Interpretation der beanstandeten Bestimmung in dem Sinne, dass diese Haftung nur dann eintritt, wenn der Nutzer die Geltendmachung von Rechten Dritter schuldhaft veranlasst, kommt im vorliegenden Fall schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klausel ganz allgemein eine „vollständige“ Schadloshaltung vorsieht, die auch „sämtliche Kosten der Rechtsverteidigung“ umfassen soll. Ausgehend vom Wortlaut ist also gerade auch eine Haftung des Nutzers in solchen Fällen bezweckt, in denen Ansprüche Dritter zu Unrecht erhoben werden und auf diese Weise der Beklagten Kosten der Rechtsverteidigung entstehen.

2.18 Klausel 18

Der Nutzer kann dafür das Muster-Widerrufsformular herunterladen, ausfüllen und übermitteln oder eine andere eindeutige Erklärung per E-Mail an widerruf@gostudent.org oder per Post an Ernst-Melchior-Gasse 20, 6. Stock, 1020 Wien senden (die Abwicklung des Widerrufs erfolgt besonders rasch, wenn der Nutzer das Formular benutzt oder eine E-Mail sendet).

Die Klägerin bringt vor, diese Belehrung über das Widerspruchsrecht sei falsch, sie genüge daher nicht dem Richtigkeitsgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Nach § 13 Abs 1 FAGG sei die Erklärung des Rücktritts an keine bestimmte Form gebunden. Der Verbraucher könne, aber müsse dafür nicht das Muster-Widerrufsformular verwenden. Die Klausel vermittele den unrichtigen Eindruck, dass der Widerruf nur per Post oder E-Mail erklärt werden könne. Die Klausel stelle zudem die Rechtslage auch bezüglich § 14 Abs 1 FAGG falsch dar, indem sie den Eindruck erwecke, dass die Abwicklung des Widerrufs prioritär behandelt werden würde, wenn ein E-Mail oder das Formular benutzt werde. Das lasse § 14 Abs 1 FAGG aber gerade

nicht zu, wenn er normiere, dass „der Unternehmer alle vom Verbraucher geleisteten Zahlungen, gegebenenfalls einschließlich der Lieferkosten, unverzüglich, spätestens jedoch binnen 14 Tagen ab Zugang der Rücktrittserklärung zu erstatten“ hat. Von „unverzüglich“ könne nicht mehr gesprochen werden, wenn gewisse Rücktrittserklärungen absichtlich langsamer behandelt werden als andere.

Die Beklagte bringt vor, sie wolle mit der inkriminierten Klausel nicht bestimmte Formen des Widerrufs ausschließen, sondern schlicht alle Varianten aufzählen, wie sie erreicht werden könne. So besitzt die Beklagte etwa keine allgemeine Telefonnummer, unter der sie erreicht werden und ihr ein Widerruf mitgeteilt werden könne. Die gewählte Formulierung stelle keinen Verstoß gegen § 13 Abs 1 FAGG dar. Zudem liege auch kein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor, weil nicht die gewählte Formulierung, sondern ganz im Gegenteil die Aufzählung von Kontaktmöglichkeiten, die faktisch nicht bestehen, intransparent wäre. Die Abwicklung des Widerrufs erfolge besonders rasch und nicht prioritär, wenn der Nutzer das Formular benutze oder eine E-Mail sende. Durch diese Formulierung weise die Beklagte lediglich auf das Faktum hin, dass die Abwicklung eines per Post eingegangenen Widerrufs aufgrund fehlender Automatisierungsmöglichkeiten länger dauere.

Beurteilung der Klausel 18:

Richtig ist das Vorbringen der Klägerin, dass die Widerrufserklärung gemäß § 13 FAGG an keine bestimmte Form gebunden ist. Dem Verbraucher wird jedoch durch die von der Beklagten gewählte Formulierung nicht die Möglichkeit genommen, sein Widerrufsrecht im Wesentlichen unter denselben Bedingungen wie bei Mitteilung der zusätzlichen Information auszuüben, dass der Widerruf auch mündlich erfolgen kann. Die Beklagte könnte sich nicht auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Konsumenten von § 13 FAGG abweicht, berufen, konkret könnte die Beklagte also für den Fall eines mündlichen Widerrufs nicht auf die Einhaltung der Schriftform bestehen, der Konsument könnte folglich mündlich oder telefonisch ungeachtet der Klausel wirksam widerrufen. Zudem ist im Alltag für eine Vielzahl von (rechtsgeschäftlichen) Erklärungen die Schriftform auch bei Privaten (Verbrauchern) eine geradezu typische und faktisch regelmäßig praktizierte Mitteilungsform, die für jedermann einfach und ohne besonderen Aufwand durchzuführen ist. Die Schriftform beseitigt – im Unterschied zu mündlichen oder fernmündlichen Erklärungen – jeden Zweifel über Zeitpunkt und Inhalt einer Rücktrittserklärung und dient insofern dem Schutz des Verbrauchers bei der Wahrnehmung des Nachweises eines Widerrufs (OGH 7 Ob 16/20h; OGH 7 Ob 4/20v so zur Frage der unrichtigen Belehrung nach § 165a VersVG im Hinblick auf die Schriftlichkeit).

Auch wird die Rechtslage nach § 14 FAGG nicht falsch dargestellt, da die Beklagte lediglich drauf verweist, dass die Abwicklung besonders rasch – jedoch nicht prioritär – erfolge, wenn das Formular benutzt oder eine Email geschrieben wird. Die Beklagte erweckt

nicht den Eindruck, dass anders eingebrachte Rücktrittserklärungen langsamer behandelt werden.

2.2 Klausel 19

Ausnahme vom Widerrufsrecht: Das Widerrufsrecht entfällt, sobald bereits innerhalb der 14-tägigen Frist die erste bezahlte Tutor-Einheit stattfindet. Es entfällt unabhängig davon, ob der Nutzer die Einheit tatsächlich in Anspruch genommen hat oder nicht erschienen ist.

Die Klägerin bringt vor, diese Belehrung sei falsch und genüge nicht dem Richtigkeitsgebot des § 6 Abs 3 KSchG. In dem von der Beklagten genannten Fall liege keine Ausnahme vom Rücktrittsrecht gem § 18 FAGG vor. Auch die Voraussetzungen des § 18 Abs 1 Z 1 KSchG fehlen: Ein ausdrückliches Verlangens des Verbrauchers nach § 10 FAGG, eine Bestätigung des Verbrauchers über dessen Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung und die vollständige Erfüllung der Dienstleistung. Durch eine Klausel in den AGB sei § 10 FAGG nicht genügt.

Die Beklagte bringt vor, die Klausel kläre den Nutzer nur darüber auf, wann ein Widerrufsrecht bestehe und wann es entfalle. Zur Kritik, Klausel 19 entspreche nicht § 10 FAGG, sei festzuhalten, dass der OGH (8 Ob 122/17z) ausdrücklich entgegen verbraucherfreundlicheren Ansichten in der Lehre ausgesprochen habe, dass der Ausschluss des Widerrufsrechts bzw Rücktrittsrechts nicht die Einhaltung von in § 18 Abs 1 Z 1 FAGG nicht genannten Informationspflichten voraussetze, sondern dass die Wirkungen eines "ausdrücklichen Verlangens" im Sinne der Bestimmung auch dann zum Tragen kämen, wenn der Verbraucher von sich aus eine Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist verlange, weil der Aufforderung in diesem Fall kein eigenständiger Wert zukomme. Zusammengefasst sei ein ausdrückliches Verlangen des Verbrauchers sowie dessen Bestätigung über die Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung erforderlich. Es sei eine maßvolle Auslegung des "ausdrücklichen Verlangens" geboten. Beide Voraussetzungen betreffen nicht den Moment der Einwilligung in die AGB (welcher für dieses Verfahren maßgeblich sei), sondern erst jenen Moment, in welchem ein Nutzer vor dem Ablauf von zwei Wochen eine Einheit in Anspruch nehmen möchte. Erst dann werde tatsächlich ein ausdrückliches Verlangen auf eine vorzeitige Leistungserbringung geäußert. Die inkriminierte Klausel 19 der AGB sei dagegen eine rein flankierende Bestimmung, die die Rechtsfolgen einer späteren, wirksamen vorzeitigen Vertragserfüllung im Sinne des § 10 FAGG und im Sinne der OGH-Rechtsprechung ergänze und diese voraussetze. Werde zu einem späteren Zeitpunkt keine wirksame Erklärung abgegeben, dass eine vorzeitige Vertragserfüllung gewünscht werde, sei auch Klausel 19 ohne Weiteres gegenstandslos. Sie sei schon aus

diesem Grund nicht unzulässig.

Beurteilung der Klausel 19:

Dem Kläger ist zuzustimmen, dass die beanstandete Klausel die Regelungen des FAGG über den Verlust des Rücktrittsrechts bei vorzeitiger Leistungserbringung unvollständig bzw. unrichtig wiedergibt. Der Verbraucher kann auf diese Weise den Eindruck gewinnen, dass sein Rücktrittsrecht bereits dann erlischt, wenn eine erste Tutor-Einheit innerhalb der Rücktrittsfrist stattgefunden hat, auch wenn der Verbraucher dem nicht ausdrücklich zugestimmt hat und seine Kenntnis vom Verlust des Rücktrittsrechts nicht bestätigt hat.

Damit widerspricht die Klausel § 6 Abs 3 KSchG und ist unzulässig.

2.20 Klausel 20

Der Lehrervertrag kann nur unter offiziellem Nachweis der folgenden Gründe außerordentlich gekündigt werden:

- *bei schwerer, andauernder Krankheit des Nutzers, die die Teilnahme an den Einheiten unzumutbar macht.*
- *bei mindestens 3 monatiger Arbeitslosigkeit und damit einhergehender Gehaltseinbußen.*
- *bei Umzug ins Ausland mit einer derart großen Zeitverschiebung, dass eine Teilnahme an den Einheiten nicht zumutbar ist.*
- *wenn kein Ersatzlehrer in einem angemessenen Zeitrahmen gefunden werden kann gemäß Punkt 9.3.*

Die Klägerin bringt vor, die Klausel erwecke den Eindruck als könnte der Lehrvertrag nur aus bestimmten, taxativ aufgezählten Gründen außerordentlich gekündigt werden. Damit täusche die Klausel über die Rechtslage, da ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund jederzeit gekündigt werden könne und wichtige Gründe sich nicht nur auf die von der Beklagten aufgezählten Gründe beschränken lassen. Ein wichtiger Grund könnte etwa auch der Abbruch der Ausbildung sein, ein Schulwechsel, nach dem das Schulfach nicht mehr benötigt werde, ein nicht eintretender Erfolg der Nachhilfe usw. Auch sei nicht davon auszugehen, dass bei einem Umzug die Zeitverschiebung derart groß sein muss, dass eine Teilnahme an der Nachhilfe nicht mehr möglich ist. Es werde wohl auch ausreichend sein, wenn das Fach nicht mehr benötigt wird. Die Klausel stelle die Rechtslage jedenfalls falsch dar, weil eine Vielzahl an darüber hinausgehenden Situationen bestehe, bei denen ebenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht möglich sei. Die Klausel verstoße damit gegen § 6 Abs 3 KSchG und sei gröblich benachteiligend, weil das außerordentliche Kündigungsrecht eingeschränkt werden soll.

Die Beklagte brachte vor, die vertragliche Konkretisierung von Kündigungsgründen sei– auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen – zulässig (s nur Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 987 Rz 6). Grenze sei die Sittenwidrigkeit bzw § 879 Abs 3 ABGB (Aichberger-Beig aaO). Um eine solche Konkretisierung handle es sich im Fall der Klausel 20. Die Bestimmung sehe nur für einen Ausschnitt aller möglichen Kündigungsgründe Konkretisierungen insofern vor, als zB Krankheit eine Kündigung nur dann rechtfertige, wenn sie schwer und andauernd sei oder eine Arbeitslosigkeit mindestens 3 Monate andauern und Gehaltseinbußen damit einhergehen müssten. Eine solche Konkretisierung sei nur dann unzulässig, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigte (gröblich benachteiligende) Einschränkungen nach sich ziehe. Es werde schon aufgrund des Gesetzes nicht jede (kurzfristige) Erkrankung oder jede (kurzfristige, geplante) Arbeitslosigkeit zwischen zwei Jobs einen wichtigen Grund darstellen, der zu einem Kündigungsrecht führe. Die Klausel lege nur fest, wann die genannten Gründe aus Sicht der Parteien ausreichend schwerwiegend und damit als wichtiger Grund zu verstehen seien. Eine taxative Einschränkung auf die genannten Gründe sehe die Klausel nicht vor. Umstände aus der Sphäre des Kunden stellten kein außerordentliches Kündigungsrecht dar.

Beurteilung der Klausel 20:

Bei Anwendung des Grundsatzes der „kundenfeindlichsten“ Auslegung ergibt sich im Kontext der Klausel tatsächlich der Eindruck, dass eine außerordentliche Auflösung nur aus den ausdrücklich genannten Gründen zulässig ist. Der Verbraucher kann die Klausel nur so verstehen, dass ihn andere als die aufgezählten Gründe nicht zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen. Eine bloße Konkretisierung von Kündigungsgründen liegt entgegen dem Vorbringen der Beklagten nicht vor. Das Wort „nur“ ist sprachlich jedenfalls als Einschränkung zu verstehen. Darin ist eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB zu sehen.

2.21 Klausel 21

Sollten einzelne Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein oder werden, so berührt dies den übrigen Inhalt der AGB nicht. Die unwirksame Bestimmung ist durch eine solche zu ersetzen, die rechtswirksam ist und dem wirtschaftlichen Zweck des Nutzers und von GoStudent am nächsten kommt.

Die Klägerin bringt vor, dass nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH bei Vorliegen von missbräuchlichen Klauseln der Gesamtwegfall des Vertrages nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sei, wenn der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht mehr bestehen könne und der Gesamtwegfall im Interesse des Verbrauchers sei. Die Klausel sei

intransparent und unzulässig nach § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte bringt vor, salvatorische Bestimmungen seien auch in Verbraucherverträgen und AGB zulässig, sofern sie den gesetzlichen Bestimmungen für das Füllen von Vertragslücken bei Verbraucherverträgen entsprächen. Der OGH habe eine Klausel für zulässig erklärt, die schlicht Lückenfüllung durch eine solche Bestimmung vorsehe, die „im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist“ (8 Ob 132/15t mwN; 7 Ob 84/12x). Die Klausel gebe lediglich die Rechtslage wieder und sei entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen nicht intransparent. Genau dies sei auch Zweck und Inhalt der hier beanstandeten Klausel, wenn sie auf die Rechtswirksamkeit der neuen Klausel abstelle. Die Klausel 21 sei sogar näher an der geltenden Rechtslage als jene in der zitierten Entscheidung 8 Ob 132/15t, weil sie nicht auf die Lückenfüllung durch dispositives Recht (Gesetz) eingeschränkt sei, sondern auch die ergänzende Vertragsauslegung – dort wo diese nach der Rechtsprechung des EuGH und OGH zu Vertragslücken bei Verbraucherverträgen vorgesehen sei – möglich und vorgesehen sei. Eine geltungserhaltende Reduktion könne auf Basis der Klausel 21 entgegen der Ansicht der Klägerin gerade nicht stattfinden, weil eine solche nicht rechtswirksam wäre. Wo Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung zulässigerweise stattfinde ("rechtswirksam"), komme es auf den wirtschaftlichen Zweck der ursprünglichen Bestimmung (Parteiwillen) an (7 Ob 236/02k; RS0017758).

Beurteilung der Klausel 21:

Der OGH hielt in 8Ob132/15t fest: Eine sogenannte salvatorische Klausel ist iSd § 6 Abs 3 KSchG dann intransparent, wenn sie beispielsweise den AGB nur soweit Geltung zubilligt, als ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstünden, oder wenn sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung eines Vertrags verpflichten soll, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar wird und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (vgl 7 Ob 173/10g [Klausel 5] mwN; RIS-Justiz RS0122045; *Krejci* in *Rummel* ABGB3 § 30 KSchG Rz 16). Nach ständiger Rechtsprechung hat die Nichtigkeit einer Klausel aber nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge (RIS-Justiz RS0016420). Scheidet eine nichtige Bestimmung aus dem Vertragstext aus, hat eine Vertragsanpassung zu erfolgen, die sich anhand des dispositiven Rechts, des hypothetischen Parteiwillens und mangels dessen Feststellbarkeit nach redlicher Verkehrsübung orientiert (7 Ob 84/12x; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*³, § 879 Rz 38 mwN). Die Klausel 21 ist folglich nicht intransparent.

2.22 Klausel 22

Soweit in diesen AGB nichts anderes bestimmt ist, dürfen weder ein Nutzer noch GoStudent die Bestimmungen und Rechte aus diesen AGB ohne schriftliche Zustimmung der anderen

Partei an Dritte übertragen oder abtreten.

Die Klägerin bringt vor, § 10 Abs 3 KSchG siehe vor, dass die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. Die Klausel siehe aber vor, dass eine Abtretung nur erlaubt sei, wenn GoStudent schriftlich zugestimmt hat, weshalb sie unzulässig sei. Die inkriminierte Klausel verbiete zudem Abtretungen und weiche damit gröblich benachteiligend – da sachlich nicht gerechtfertigt – vom dispositiven Recht ab. Die (sachlich nicht gerechtfertigte) Benachteiligung ergebe sich aus dem Umstand, dass ein Zessionsverbot die Abtretung von Ansprüchen des Verbrauchers zur Geltendmachung an einen in § 29 KSchG genannten Verband verhindere und der Verbraucher damit an der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert werde (vgl dazu bereits OGH 7 Ob 201/05t). Das in der inkriminierten Klausel enthaltene Zessionsverbot sei damit gröblich benachteiligend iSd§ 879 Abs 3 ABGB und unzulässig.

Die Beklagte bringt vor, das Vorbringen der Klägerin enthalte keine hinreichenden Argumente für eine gröbliche Benachteiligung. Vielmehr behaupte die Klägerin nur, dass es für die Klausel keine sachliche Rechtfertigung gebe, ohne sich in der gebotenen Gesamtbetrachtung mit möglichen Argumenten für die Klausel (Rechtfertigungsgründen) zu befassen. Eine sachliche Rechtfertigung liege insbesondere in der Gestaltung der Plattform der Beklagten als Vermittlungsplattform. Die Beklagte biete über diese Plattform maßgeschneiderte Nachhilfe an. Bei einer Übertragung sei unter anderem ein Lehrerwechsel erforderlich, damit dieselbe, maßgeschneiderte Leistung weiterhin erbracht werden könne. Dies sei für die Beklagte nicht umsetzbar bzw wäre mit extremen Vorhaltekosten verbunden. Die Klausel nütze auch den Nutzern, weil die Beklagte andernfalls die damit verbundenen Kosten allen Nutzern überwälzen müsse. Die Zielgenauigkeit der Kostentragung nach dem Verursacherprinzip ist ein wiederkehrendes Argument in der Klauselkontrolle (6 Ob 13/16d mwN ua). Unabhängig davon sei die beklagte Partei ohnehin stets darum bemüht, im Einzelfall eine Lösung zu finden. Warum gerade in der Verhinderung einer Abtretung von Ansprüchen des Verbrauchers an einen in § 29 KSchG genannten Verband eine gröbliche Benachteiligung liegen soll, sei nicht ersichtlich.

Beurteilung der Klausel 22:

Der Beklagten ist zwar darin zuzustimmen, dass ein vertragliches Verbot der Übertragung bestimmter Rechte des Kunden aus dem mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag sachlich gerechtfertigt sein kann.

Für Zahlungsansprüche können diese Erwägungen jedoch nicht gelten. Die Regelung des § 1396a ABGB erklärt vertraglichen Zessionsverbote sogar unter Unternehmens für unwirksam,

wenn sich nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden und den Gläubiger unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligen.

Geht man von diesen Wertungen des Gesetzgebers aus, so muss ein generelles Abtretungsverbot, das wegen seiner Aufnahme in Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht im Einzelnen ausgehandelt werden konnte, zumindest für Zahlungsansprüche als gröblich benachteiligend gelten, weshalb die Klausel als Ganzes mangels ausreichender Differenzierung unzulässig ist.

3. Zur Wiederholungsgefahr:

Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Dabei darf nach der Rechtsprechung „nicht engherzig“ vorgegangen werden. Schon ein bloß einmaliger Verstoß reicht im Allgemeinen aus (s 7 Ob 68/11t JBI 2012, 310 P. Bydlinski = ÖBA 2012, 249 Koziol), und nur die vollständige Unterwerfung unter das Unterlassungsbegehren kann sie beseitigen (1 Ob 146/15). Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht jedenfalls im Fall der Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG keinesfalls aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Dies stünde im Widerspruch zum Normzweck des § 28 Abs 2 KSchG (RIS-JUSTIZ RS0124304). Die Wiederholungsgefahr ist folglich auch im Hinblick auf die „gelöschten“ bzw geänderten Klauseln weiterhin gegeben.

4. Leistungsfrist:

Die Verpflichtung, die AGB zu ändern, ist keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO – von Amts wegen – eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (RS0041265 [T3]). Dabei wird in der Rechtsprechung üblicherweise eine Leistungsfrist von drei Monaten zur Umgestaltung von Klauseln als angemessen angesehen (7 Ob 202/21p mwN). Nach der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist bei der Beurteilung, ob einer beklagten Partei für die Einhaltung des Verbots, sich auf unzulässige Klauseln zu berufen, eine Leistungsfrist einzuräumen ist oder nicht, darauf abzustellen, ob es bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedarf, um zu verhindern, dass die Klauselwerke weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden (7 Ob 202/21p; 9 Ob 76/18v; 1 Ob 57/18s; 6 Ob 56/18f; 9 Ob 82/17z; aA 3 Ob 202/20g). Die Beklagte hat nicht behauptet, dass und warum ihr für die Umsetzung eines von der Klägerin allenfalls erwirkten Unterlassungstitels eine längere Leistungsfrist eingeräumt werden sollte. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum der Beklagten nicht mit sofortiger Wirkung untersagt werden sollte, sich auf diese unzulässigen Klauseln zu berufen.

5. Zur Urteilsveröffentlichung:

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 4 UWG) in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]). Die begehrte Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteils in der Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“ in einer bundesweit erscheinenden Ausgabe entspricht diesen Kriterien.

6. Kostenentscheidung:

Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 1 iVm § 54 Abs 1a ZPO. Die Einwendungen der Beklagten im Hinblick auf die Vertagungsbitte sowie die Replik der Klägerin sind berechtigt, die Klägerin hätte das Vorbringen der Replik auch mündlich in der vorbereitenden Tagsatzung erstatten können. Das Kostenverzeichnis war folglich um die beiden genannten Positionen (EUR 1.364,10 zuzüglich EUR 272,82 USt) zu kürzen.

Das gesamte Unterlassungsbegehren wurde mit EUR 30.500,-- bewertet, es waren insgesamt 22 Klauseln zu prüfen. Das Veröffentlichungsbegehren wurde mit EUR 5.500,-- bewertet. Die Klägerin drang mit dem Unterlassungsbegehren im Hinblick auf 17 Klauseln durch, weiters mit dem Veröffentlichungsbegehren. Unter Zugrundelegung des Gesamtunterlassungsstreitwerts und des Streitwerts des Veröffentlichungsbegehrens obsiegte die Klägerin mit 80,74% (fiktiv EUR 29.068,18), folglich hat ihr die Beklagte 61,49% der Verfahrenskosten und 80,74% der Barauslagen zu ersetzen.

Handelsgericht Wien, Abteilung 19
Wien, 20.2.2023
Mag. Anna-Verena Kulka, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG