



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin Mag. Waldstätten und den Richter Mag. Böhm in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **GoStudent GmbH**, FN 447118b, Ernst Melchior-Gasse 20, 6. OG, 1020 Wien, vertreten durch die Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufungen der klagenden (Berufungsinteresse: EUR 8.182) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 29.068,18) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 20.2.2023, 19 Cg 69/21z-16, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen (I.) und zu Recht erkannt (II):

I.

Der Antrag der beklagten Partei auf Unterbrechung dieses Verfahrens bis zur Entscheidung bzw Publikation des EuGH in der Rechtssache C-565/22 wird zurückgewiesen.

II.

1. Den Berufungen der klagenden und der beklagten Partei wird jeweils **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil, das hinsichtlich seines Ausspruchs über die Urteilsveröffentlichung (Spruchpunkt 3.) unverändert bleibt, wird im Ausspruch über das Unterlassungsbegehren und in der Kostenentscheidung **teilweise abgeändert**, sodass die Spruchpunkte 1., 2. und 4. wie folgt lauten:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen drei Monaten 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 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. [...] 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.

[Pkt. 4.3. AGB, Satz 3]

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.

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

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.

11. Der Nutzer gewährt GoStudent das unentgeltliche, nicht ausschließliche, zeitlich unbefristete und räumlich uneingeschränkte Recht, in die Plattform einge-

stellte 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.

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 Guthabenrückerstattung entscheidet. Erachtet GoStudent die Beschwerde des Nutzers für berechtigt, erhält der Nutzer das Guthaben für eine Einheit Video-Unterricht auf seinem Guthabekonto gutgeschrieben und dem Lehrer wird ein allenfalls für die Einheit bereits auf das Guthabekonto 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.

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).

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.

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.

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. Das **Mehrbegehren**, die beklagte Partei 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.

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). [...] [Pkt.

4.3. AGB, Sätze 1 und 2]

wird **abgewiesen**.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 8.353,32 (darin EUR 1.260,22 USt und EUR 792 Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.704,49 (darin enthalten EUR 121,55 USt sowie EUR 975,20 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens über die Berufung der klagenden Partei sowie die mit EUR 2.613,79 (darin enthalten EUR 435,63 USt) bestimmen Kosten des Verfahrens über die Berufung der beklagten Partei binnen 14 Tagen zu ersetzen.

3. Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

4. Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein Verein iSd § 29 KSchG. Die Beklagte betreibt ua auf der Website www.gostudent.org eine Onlineplattform für Nachhilfeunterricht und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie 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 haben neben den im abgeänderten Urteilsspruch unter den Punkten 1. und 2. aufgelisteten Klauseln auszugsweise folgenden Inhalt:

„Unsere AGB´s

Allgemeine Geschäftsbedingungen

...

der

GoStudent GmbH

für Nutzer

...

1. GELTUNGSBEREICH

...

1.2. Diese AGB gelten für alle auf der Plattform als Nutzer registrierten Personen (nachfolgend jeweils ein oder gemeinsam die "Nutzer"). Sie regeln die Rechte und Pflichten der Nutzer beim Besuch der Plattform und bei der Nutzung der darauf angebotenen Funktionen und Dienstleistungen.

...

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.

...

4.4. 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.

...

5.1. Lehrerverträge können (insbesondere in der Form von unterschiedlichen Stunden-Paketen) abgeschlossen werden, die vom Nutzer innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu verbrauchen sind.

...

5.2. Die jeweils aktuellen Preise werden auf der Plattform kundgemacht. GoStudent behält sich die jederzeitige Änderung der Preise vor. Solche Änderungen gelten nur für Einheiten/Pakete, die nach einer solchen Änderung erworben werden.

...

6.4. Der Nutzer verpflichtet sich, GoStudent unverzüglich zu benachrichtigen, sobald der Verdacht einer unberechtigten Nutzung seines Benutzerkontos besteht. 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.

...

8.8. 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 bekanntgemacht.

...

9.2. Wenn ein Lehrer einen Lehrervertrag oder Teile davon (zB einzelne Einheiten) nicht oder schlecht erfüllt hat (zB Nichterscheinen oder Zuspätkommen des Lehrers, fehlende fachliche Kompetenz, unangemessener Umgang mit dem Nutzer), kann der Nutzer eine begründete Beschwerde an info@gostudent.at richten. GoStudent kann in diesen Fällen die Qualität des Video-Unterrichts überprüfen und zunächst versuchen, zwischen dem Nutzer und dem Lehrer zu vermitteln. 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.

9.3. Bei schwerwiegenden Verstößen eines Lehrers oder bei Nichterfüllung des Lehrervertrags wird auf Wunsch des Nutzers versucht, einen Ersatzlehrer für den Nutzer zu finden. Wird ein Ersatzlehrer gefunden, wird der Lehrervertrag auf den Ersatzlehrer übertragen und das noch nicht verbrauchte Guthaben steht für Video-Unterricht mit dem Ersatzlehrer zu den ursprünglich vereinbarten Konditionen (offene Einheiten / vereinbarter Zeitraum) zur Verfügung. Sollte kein Ersatzlehrer in einem angemessenen Zeitrahmen gefunden werden, steht ihm das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Lehrervertrags gemäß Punkt 12.8. zu. ..."

Ad I.

Der Eventualantrag auf Unterbrechung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Rechtssache C-565/22 des EuGH ist unzulässig. Wird nach Abweisung eines im Berufungsverfahren gestellten Unterbrechungsantrags dieser Antrag im Revisionsverfahren neuerlich gestellt, ist er nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs als Umgehung der Unanfechtbarkeit (§ 192 Abs 2 ZPO) zurückzuweisen (RIS-Justiz RS0036985). Die Lehre kommt mit der Begründung, die Zurückweisung folge aus der Rechtskraft des Abweisungsbeschlusses, die eine Wiederholung des Unterbrechungsantrags ohne Sachverhaltsänderung unzulässig mache, zum selben Ergebnis (etwa *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 192 ZPO Rz 21). Gleiches muss im vorliegenden Fall gelten, weil das Erstgericht den Unterbrechungsantrag der Beklagten unanfechtbar abgewiesen und die Beklagte diesen Antrag im Berufungsverfahren wiederholt hat, ohne vorzubringen, dass sich der Sachverhalt geändert hat.

Ad II.

Der **Kläger** begehrt, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung der oder Berufung auf die als Klauseln 1 bis 22 bezeichneten und im abgeänderten Urteilsspruch unter Punkt 1. und 2. aufgelisteten Klauseln sowie sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern zu untersagen (bewertet pauschal mit EUR 30.500). Weiters stellt er das Begehren, ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ zu erteilen (bewertet mit pauschal EUR 5.500).

Die Beklagte sei hinsichtlich aller beanstandeten Klauseln als deren Verwenderin iSd § 28 Abs 1 KSchG passivlegitimiert. Eine Trennung in zwei unterschiedliche Vertragsteile („Lehrervertrag“ und „Plattformvertrag“) sei verfehlt. Einzige Vertragspartnerin der Konsumenten sei die Beklagte. Selbst bei Vorliegen zweier verschiedener Verträge gebe die Beklagte den Inhalt der Regelungen für den Lehrervertrag im Rahmen ihres Geschäftsmodells vor und habe ein erhebliches Eigeninteresse an der Verwendung dieser Klauseln. Jedenfalls empfehle die Beklagte ihre Klauseln aber für den geschäftlichen Verkehr, sodass zu allen Klauseln auch das Eventualbegehren gestellt werde, die Beklagte habe die Empfehlung der beanstandeten Klauseln zu unterlassen.

Die beanstandeten Klauseln würden gegen gesetzliche Verbote oder Gebote oder gegen die guten Sitten verstoßen oder seien nicht ausreichend transparent. Wiederholungsgefahr bestehe weiterhin; eine bloße Änderung der AGB ohne jede eingegangene Verpflichtung führe nicht zu deren Wegfall. Es bestehe ein schutzwürdiges Interesse an der Aufklärung des Publikums in einer Samstags-Ausgabe der „Kronen Zeitung“.

Die **Beklagte** beantragte Klagsabweisung und brachte vor, die Klauseln seien zulässig. Als Nutzer und als Lehrer registrierte Personen könnten über die Plattform der Beklagten Online-Video-Unterricht vereinbaren. Sie trete dabei bloß als Vermittlerin auf, biete darüber hinaus bestimmte Services iZm dem „Onboarding“ der Nutzer an und unterstütze bei der Abwicklung der Lehrerverträge. Sie werde aber selbst nicht Vertragspartei der zwischen den Nutzern und Lehrern geschlossenen Lehrerverträge. In Bezug auf jene Klauseln, die bloß im Rahmen des Lehrervertrags zwischen Nutzern und Lehrern vereinbart

würden, sei die Beklagte daher nicht Verwenderin der AGB iSd § 28 Abs 1 KSchG.

Hinsichtlich eines Teils der beanstandeten Klauseln habe die Beklagte ihre AGB bereits geändert oder die Klauseln überhaupt gelöscht. Dadurch sei die Wiederholungsgefahr bereits weggefallen. Die begehrte Urteilsveröffentlichung entspreche nicht dem Talionsprinzip und sei überschießend.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20 und 22 jeweils statt (Spruchpunkt 1. und 3.), wies das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 3, 8, 11, 18 und 21 dagegen ab (Spruchpunkt 2.) und verpflichtete die Beklagte zum Ersatz der Verfahrenskosten. Dieser Entscheidung legte es neben dem eingangs dieser Entscheidung wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt, der vom Berufungsgericht zum Teil durch die Wiedergabe des unstrittigen Wortlauts weiterer Klauseln der AGB (Beilage ./A) ergänzt wurde (RIS-Justiz RS0121557), die auf den Seiten 11 bis 13 der Urteilsausfertigung ON 16 ersichtlichen Feststellungen zugrunde, auf die verwiesen wird. Nachstehende Feststellungen werden hervorgehoben, wobei die von der Beklagten bekämpften Feststellungen fettgedruckt dargestellt werden:

Der Konsument [REDACTED] ließ sich Ende 2020/Anfang 2021 von seiner Schwester bei der Beklagten registrieren. In weiterer Folge wurde er von einer Mitarbeiterin der Beklagten telefonisch kontaktiert. Bei dem Telefonat wurden ihm 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. Auf Nachfrage teilte er seinen IBAN mit. Er erhielt keine Vertrags- oder Bestellbestätigung nach diesem Telefonat und auch keine Zugangsdaten für die Plattform der Beklagten.

Nach dem Telefonat wurde zur Koordinierung und Unterstützung in eine WhatsApp-Gruppe mit einem Lehrer und einer Betreuerin der Beklagten hinzugefügt. Diese Betreuerin war für ihn zuständig und seine Ansprechpartnerin. Die Nachhilfestunden fanden in der von ihm gewünschten Frequenz zur gleichen Uhrzeit und am gleichen Wochentag statt. Die Organisation der Stunden lief so ab, dass er kurz vor Beginn der Stunde von der Beklagten ein SMS mit dem Zoom Link für die Nachhilfestunde erhielt.

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

Die im 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 nicht statt.

hatte außerhalb der Whatsapp-Gruppe und der Zoom-Nachhilfestunden keinen Kontakt mit dem Lehrer; die Ausgestaltung der Stunden, deren Dauer, Frequenz und Kosten wurden mit der Mitarbeiterin der Beklagten 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. [F1]

In rechtlicher Hinsicht erachtete das Erstgericht die Beklagte hinsichtlich sämtlicher beanstandeter Klauseln als Verwenderin iSd § 28 Abs 1 KSchG. Dem Einwand, die Beklagte sei nur hinsichtlich jener Klauseln passivlegitimiert, die den Plattformvertrag und nicht den Lehrervertrag betreffen, hielt es in Anlehnung an die in der Entscheidung 1 Ob 193/19t zitierten Fälle der Erweiterung der Eigenschaft als „Verwender“ von AGB oder Vertragsformblättern entgegen, dass im vorliegenden Fall in Wahrheit bloß ein Vertrag mit der Beklagten zustande komme, weil sie durchgehenden, entscheidenden Einfluss auf die gesamte Vertragsgestaltung habe. Selbst unter der Annahme zweier verschiedener Verträge (Plattformvertrag und Lehrervertrag) habe die Beklagte an der Verwendung, Einbeziehung und Geltung der AGB in den von den Lehrern mit den Nutzern abgeschlossenen Lehrerverträgen ein erhebliches - nicht bloß wirtschaftliches - Eigeninteresse, was dazu führe, sie als Verwenderin der AGB im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG zu behandeln. Auch die Wiederholungsgefahr bejahte das Erstgericht und

ermächtigte den Kläger zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“.

Das wesentliche Vorbringen der Parteien zu den einzelnen Klauseln und die weiteren Rechtsausführungen des Erstgerichts dazu werden bei der Behandlung der einzelnen Klauseln dargestellt.

Gegen den klagsabweisenden Teil der Entscheidung (Klauseln 3, 8, 11, 18, 21) wendet sich die **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf gänzliche Klagsstattgebung gerichteten Abänderungsantrag.

Gegen den klagsstattgebenden Teil der Entscheidung (Klauseln 1, 2, 4 bis 7, 9, 10, 12 bis 17, 19, 20, 22) wendet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf gänzliche Klagsabweisung gerichteten Antrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Parteien beantragen, der Berufung der anderen Seite jeweils nicht Folge zu geben.

Beide Berufungen sind teilweise berechtigt.

A. Grundsätze des Verbandsprozesses:

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (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 (RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftstyp üblich ist und ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (RS0105643 [T3]). Allein der Umstand, dass eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, ist aber noch nicht geeignet, sie aus der Sicht eines Vertragspartners als im redlichen Verkehr üblich anzusehen. (RS0014646 [T15]). Auf ihren Inhalt 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 besonders 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]). 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). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln; eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234). Die Geltungskontrolle ist nicht allein auf Nebenabreden beschränkt, sondern umfasst auch Vertragsbestimmungen über die Begründung, Umgestaltung bzw Erweiterung der Hauptpflichten (RS0014603).

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nich-

tig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (RS0016914). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914 [T3, T4, T6]). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RS0014676 [T7, T13, T43]).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Klausel-RL 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0037107; RS0115217 [T41]). Das setzt die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden kön-

nen. Das können auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht. Der durch ihre Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2]). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht werden, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein falsches oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Es soll verhindert werden, dass er dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegt werden. Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RS0115219 [T1, T14, T21]; RS0115217 [T8]; RS0121951 [T4]).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RS0016590; RS0038205 [insb T20]). Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist dabei nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (8 Ob 119/08w;

Binder/Keiler in Keiler/Klauser, Verbraucherrecht §§ 28-30 KSchG Rz 26 mwN).

B. Berufung der Beklagten:

a. Zur Verfahrensrüge:

1. Die Beklagte macht als Verfahrensmangel geltend, das Erstgericht habe bei Beurteilung des Fernbleibens ihres Geschäftsführers von der zu seiner Vernehmung anberaumten Tagsatzung am 10.10.2022 zu Unrecht die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 381 ZPO bejaht und das Fernbleiben zu ihrem Nachteil gewürdigt. Der Geschäftsführer der Beklagten habe an der Tagsatzung nicht teilnehmen können, weil er an diesem Tag die „GITEX Global“, eine der größten internationalen Tech-Konferenzen, in Dubai besucht habe. Dies sei unerlässlich gewesen, um den künftigen Finanzierungsbedarf und damit einen stabilen Geschäftsbetrieb der Beklagten sicherzustellen. Richtigerweise hätte das Erstgericht von der Anwendung des § 381 ZPO absehen, der gerechtfertigten Vertagungsbitte stattgeben und den Geschäftsführer der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt einvernehmen müssen.

2. Sofern das Beweisanbot nicht unerheblich ist oder die Vernehmung der Partei nicht aus dem Grunde des § 372 ZPO unzulässig ist, kann ihr Unterbleiben trotz eines darauf gerichteten Beweisanbots - je nach den Umständen des Einzelfalls - einen Verfahrensmangel darstellen (RS0042221 [T3]; RS0107383 [T5]; *Spenling in Fasching/Konecny*³ III/1 § 371 ZPO Rz 16). Wurde eine Partei zu ihrer Einvernahme ordnungsgemäß geladen, ist dazu aber ohne ausreichende Entschuldigung nicht erschienen, ist das Gericht berechtigt, das unbegründete Nichterscheinen der Partei - als Säumnisfolge - nach § 381 ZPO frei zu

würdigen und überdies von ihrer Vernehmung endgültig Abstand zu nehmen. Die unterbliebene Einvernahme stellt diesfalls keinen Verfahrensmangel dar (*Spenling in Fasching/Konecny*³ III/1 § 371 Rz 19, § 380 ZPO Rz 9 und § 381 ZPO Rz 1; RS0040738 [T2]). Allerdings kann auch die unberechtigte Anwendung des § 381 ZPO einen Verfahrensmangel begründen (RS0040679).

3. Voraussetzung für die Anwendung des § 381 ZPO ist die gehörige Ladung der Partei und ein darin enthaltener Hinweis auf die drohende Rechtsfolge. Der Beklagtenvertreter nahm in der vorbereitenden Tagsatzung zur Kenntnis, dass nach dem Prozessprogramm der Erstrichterin die Einvernahme des Geschäftsführers der Beklagten am 10.10.2022 stattfinden sollte, verzichtete zugleich auf Ladung und sagte zu, ihn zu diesem Termin stellig zu machen. Unter diesen Voraussetzungen war es für die Erstrichterin weder erforderlich, den Geschäftsführer der Beklagten gesondert zu seiner Einvernahme zu laden, noch ihn über die prozessualen Folgen seines Nichterscheins zu belehren, um für den Fall, dass er ohne genügende Gründe nicht erscheint, nach § 381 ZPO vorgehen zu können (*Spenling in Fasching/Konecny*³ III/1 § 371 Rz 19 und § 380 ZPO Rz 3 ff).

4. Aus § 381 ZPO ergibt sich, dass das Gesetz an die Verpflichtung der Partei zum Erscheinen vor Gericht zur Ablegung der Aussage strenge Anforderungen stellt. Es ist nicht bloß darauf abzustellen, ob eine entsprechende Entschuldigung erfolgt, sondern auch 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

(RS0040670). Die Beklagte gesteht in der Berufung zu, dass der Termin für die Konferenz in Dubai schon seit längerem publik gewesen sei. Sie argumentiert aber, die Notwendigkeit, daran teilzunehmen, habe sich für ihren Geschäftsführer erst sehr kurzfristig ergeben und sei vor Einbringung der Vertagungsbitte vom 7.10.2022 noch nicht absehbar gewesen, was sich auch aus der sehr kurzfristigen Flugbuchung vom 30.9.2022 ergebe. Dabei übersieht sie aber, dass sie derartiges Vorbringen weder in ihrer Vertagungsbitte ON 13 noch in der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2022 erstattet hat, sodass die Erstrichterin darauf auch nicht weiter Bedacht nehmen konnte. Die Gründe für das Nichterscheinen des Geschäftsführers der Beklagten sind aber schlüssig zu behaupten und über Verlangen des Gerichtes zu bescheinigen (*Spenling in Fasching/Konecny*³ III/1 § 371 Rz 19 und § 380 ZPO Rz 10). Auf Basis der gegenüber dem Erstgericht aufgestellten Behauptungen über das Fernbleiben des Geschäftsführers der Beklagten ging das Erstgericht - aufgrund der naheliegenden Annahme, dass der Beklagten die Konferenz schon vor Oktober oder September 2022 bekannt gewesen sei - zu Recht davon aus, dass die Entschuldigung des Geschäftsführers der Beklagten nicht ausreichend war. Im Übrigen ist auch die Argumentation, die Teilnahme sei vor Einbringen der Vertagungsbitte am 7.10.2022 nicht absehbar gewesen, nicht schlüssig, ergab sich die Notwendigkeit zur Teilnahme an der Konferenz doch auch nach den Ausführungen zur Mängelrüge spätestens zum 30.9.2022 (= Flugbuchungsdatum). Es ist also nicht ersichtlich, weshalb die Vertagungsbitte nicht zumindest schon zu diesem Zeitpunkt erfolgte.

5. Wie das Gericht das unentschuldigete Ausbleiben einer zur Parteienvernehmung geladenen Partei würdigt,

ist eine Frage der Beweiswürdigung (RS0040661). Darauf ist bei der Behandlung der Beweisrüge zurückzukommen.

b. Zur Beweisrüge:

1. Die Beklagte bekämpft den Feststellungskomplex [F1] und zielt mit den stattdessen begehrten Ersatzfeststellungen (Berufung, Seite 7) im Wesentlichen darauf ab, dass ihr im Verhältnis zwischen Nutzern und Lehrern bloß eine „Vermittlerrolle“ zukomme und nach dem Vertragsabschluss ganz klar der Kontakt zwischen Nutzern und Lehrern im Vordergrund stehe. Dazu führt sie (zusammengefasst) aus, dass aus der ausgebliebenen Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten nicht ohne weiteres zu schließen sei, dass das Vorbringen der Klägerin den Tatsachen entspreche. Zudem habe das Beweisverfahren durchaus Beweisergebnisse zum Geschäftsmodell der Beklagten - insbesondere zu ihrer Vermittlerrolle - ergeben. Sowohl die AGB (Beilage./A; konkret die Klausel 2.4) als auch die Aussage des Zeugen [REDACTED] würden dies unterstreichen. Das entspreche auch dem Verständnis eines durchschnittlich verständigen Verbrauchers.

Es gehört zum Wesen der freien Beweiswürdigung, dass sich die Tatsacheninstanz für eine von mehreren widersprechenden Darstellungen auf Grund ihrer Überzeugung, dass diese mehr Glaubwürdigkeit beanspruchen kann, entscheidet. Für eine erfolgreiche Bekämpfung der Beweiswürdigung genügt es nicht, aufzuzeigen, dass auch Beweisergebnisse für andere, aus der Sicht des Rechtsmittelwerbers günstigere, Feststellungen vorliegen, sondern es ist vielmehr darzulegen, dass die getroffenen Feststellungen unzweifelhaft oder zumindest überwiegend wahrscheinlich unrichtig sind. Dies gelingt der Beklagten zusammengefasst nicht:

Zutreffend ist zwar, dass in die freie Würdigung nach § 381 ZPO das Verhalten der Partei im gesamten Verfahren mit einzubeziehen ist. Alle aus dem Akt bekannten Umstände sind relevant und zu würdigen. Das Nichterscheinen oder die Aussageverweigerung kann, muss aber nicht dazu führen, die Behauptungen der Gegenseite für wahr zu halten. Eine entsprechende Rechtsvermutung kann aus § 381 ZPO nicht abgeleitet werden (*Spenling in Fasching/Konecny*³ III/1 § 381 Rz 14; *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 381 ZPO Rz 5; je mwN). Allerdings ist die Schlussfolgerung des Erstgerichts, das Fernbleiben des Geschäftsführers der Beklagten sei dahingehend zu würdigen, dass er das Vorbringen der Klägerin zum Abschluss des Vertrags sowie zur Abwicklung der Nachhilfestunden nicht hätte entkräften können, weil er andernfalls Grund genug dafür gehabt hätte, durch seine Aussage den Beweis für das - gegenteilige - Vorbringen der Beklagten anzutreten, durchaus plausibel. Denn das aus seinem Verhalten im Verfahren ableitbare, fehlende Interesse am Erscheinen vor Gericht und an seiner Einvernahme legt im vorliegenden Fall doch nahe, durch seine Aussage nichts Wesentliches für den Prozessstandpunkt der Beklagten beitragen zu können. Gegenteiliges wird von der Beklagten in der Berufung auch nicht aufgezeigt.

Aber auch für die Unrichtigkeit der Annahme, dass keine aussagekräftigen Beweisergebnisse in Bezug auf die angefochtenen Negativfeststellungen bestünden, führt die Beklagte keine überzeugenden Argumente an: Aus dem „Verständnis“ des Zeugen [REDACTED], wonach sich Lehrer und Schüler bei der Plattform der Beklagten anmelden und die Beklagte diese dann vermittle (ON 14, Seite 3), kann nicht zwingend darauf geschlossen werden, dass die

Beklagte tatsächlich generell nur als Vermittler von Lehrerverträgen zwischen Lehrern und Nutzern ihrer Plattform auftrat. Jedenfalls legen seine Angaben betreffend seine Erfahrungen mit der Plattform der Beklagten dies nicht nahe. Wenn sich das Erstgericht durch den Text von Punkt 2.4 der AGB, wonach sie Lehrer an Nutzer der Plattform vermittele und auch bei der Abwicklung dieser Verträge unterstütze, nicht veranlasst sah, im Allgemeinen bei ihren Nutzern bloß von einer Vermittlerrolle der Beklagten auszugehen, ist dies nachvollziehbar. Immerhin muss sich die tatsächliche Umsetzung eines Vertragsverhältnisses nicht notwendigerweise mit seiner schriftlichen Ausgestaltung decken.

2. Die gesetzmäßige Ausführung der Beweisrüge setzt - unter anderem - die Angabe voraus, welche konkrete Feststellung bekämpft und welche ersatzweise Feststellung begehrt wird (RS0041835). Daher erfordert sie auch, dass ein inhaltlicher Gegensatz bzw ein Widerspruch zwischen der bekämpften und der ersatzweise gewünschten Feststellung besteht; die eine Feststellung muss die andere ausschließen.

Dies ist in Bezug auf die im Feststellungskomplex [F1] enthaltene Feststellung *„Es kann nicht festgestellt werden, dass die Nutzer der Plattform der Beklagten mit den Lehrern Kontakt außerhalb der Nachhilfestunden haben“* und die stattdessen beehrten Ersatzfeststellungen *„Es steht Nutzern und Lehrern jederzeit frei, auch außerhalb von Nachhilfestunden miteinander direkt zu kommunizieren.“* (Berufung, Seite 7) sowie *„Nutzer/Schüler und Lehrer können jederzeit, also auch außerhalb von Nachhilfestunden, frei miteinander kommunizieren. Das kann insbesondere über den von der Beklagten unabhängigen Kommuni-*

kationsdienst "WhatsApp", aber auch über jeden sonstigen zwischen Nutzer/Schüler und Lehrer vereinbarten Weg (Telefon, Email etc) erfolgen." (Berufung, Seite 9) aber nicht der Fall. Dass nach den Ersatzfeststellungen ein Kontakt zwischen Nutzern und Lehrern außerhalb von Nachhilfestunden möglich ist, schließt die getroffene Negativfeststellung zum Bestehen tatsächlicher Kontakte nämlich nicht aus. Insofern ist auf die Beweistrüge also nicht näher einzugehen.

c. Zur Rechtsrüge:

aa. Zur Passivlegitimation:

1. Nach stRsp ist hinsichtlich der Verbandsklage nach § 28 KSchG der „Verwender“ passiv legitimiert (10 Ob 28/14m). Verwender der AGB im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG ist grundsätzlich (nur) derjenige, der Partei des Vertrags ist, der unter Zugrundelegung der AGB oder Vertragsformblätter geschlossen wurde oder werden soll (RS0124305, insb [T5]). Dabei wird mit dem Begriff des „Zugrundelegens“ (von AGB) und jenem des „Verwendens“ (von Formblättern) keine Unterscheidung getroffen; vielmehr geht es in beiden Fällen darum, dass AGB bzw Formblätter im Rahmen des geschäftlichen Verkehrs zur Gestaltung des Vertragsinhalts herangezogen werden. Das bloße „Verfassen“ oder „Auflegen“ von AGB oder Vertragsformblättern reicht demgegenüber für die Passivlegitimation (als „Verwender“) nicht aus (RS0065718 [T4]). Verwender iSd § 28 KSchG können aber auch gewillkürte Vertreter einer Vertragspartei sein, die ein erhebliches Eigeninteresse an der Verwendung der Klauseln haben (RS0129535). So wurde etwa 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, als „Verwenderin“ behandelt (10 Ob 28/14m). Darüber hinaus hat der OGH auch in anderen Konstellationen eine Erweiterung der Eigenschaft als „Verwender“ von AGB oder Vertragsformblättern vorgenommen. So wurde etwa auch 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 Textbausteinen betrachtet (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). All den Fällen, in denen der OGH das Tatbestandsmerkmal des „Verwendens“ von AGB oder Vertragsformblättern ausdehnend interpretierte, lag als besonderes „Zurechnungsmoment“ ein erhebliches Eigeninteresse der jeweils beklagten Partei an der Verwendung der AGB oder Formblätter zugrunde, weshalb eine Gleichstellung mit der Vertragspartei des Verbrauchers als gerechtfertigt angesehen worden war (1 Ob 193/19t; RS0129535; *Binder/Keiler in Keiler/Klauser*, Verbraucherrecht [1. Lfg 2015] §§ 28 - 30 KSchG Rz 49; *Kathrein/Schoditsch in KBB*⁵ § 28 KSchG Rz 2; ua). Ein bloßes Provisionsinteresse oder ein sonstiges wirtschaftliches Eigeninteresse am Abschluss eines Vertrags zwischen dem

Kunden und einer anderen Rechtsträgerin reicht für die Qualifikation als Verwender iSd § 28 KSchG dagegen nicht aus (RS0129535 [T5]; 1 Ob 193/19t).

2. Die Berufung (Seite 10 ff) wendet sich gegen die Passivlegitimation der Beklagten für die den Lehrervertrag betreffenden Klauseln bloß insofern, als sie ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und den Nutzern über die Erbringung der Nachhilfeleistungen in Abrede stellt. Ob die Beklagte hinsichtlich dieser Klauseln deshalb „Verwenderin“ der AGB iSd § 28 Abs 1 KSchG ist, weil sie selbst auch hinsichtlich dieser Leistungen Vertragspartei ist, kann aber im Ergebnis dahingestellt bleiben, weil sich - wie das Erstgericht zutreffend dargelegt hat - selbst unter der Annahme eines eigenen Plattformvertrags zwischen Nutzern und Lehrern, bei dem die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen als Vertreterin der Lehrer handelt, aus der konkreten Vertragskonstruktion zwischen Nutzern, Lehrern und der Beklagten ein erhebliches Eigeninteresse der Beklagten an der Verwendung der von ihr verfassten AGB auch für die Erbringung der Nachhilfeleistungen ergibt:

2.1. Zum einen ist die Erbringung der Dienstleistungen der Beklagten gegenüber den Nutzern im Rahmen der Nutzung der Plattform eng mit der Erbringung der Nachhilfeleistungen verschränkt und die Beklagte übernimmt bei der Abwicklung der Lehrerverträge einen Großteil der eigentlich auf die Lehrer entfallenden Aufgaben: So kann zunächst schon nach Pkt 4.2 AGB mit einem Lehrer ein Lehrervertrag (nur) abgeschlossen werden, indem Guthaben für den Video-Unterricht über die von der Beklagten betriebene Plattform erworben wird. Damit wird die Nutzung der Plattform im Rahmen des Plattformvertrags zur Vorausset-

zung für den Bezug von Unterrichtsleistungen im Rahmen eines Lehrervertrags. Durch die vertragliche Festlegung von Einheiten für das aufgeladene Guthaben wird von der Beklagten im Wesentlichen auch der Preis für die in Anspruch genommenen Nachhilfeleistungen bestimmt (Pkt 4.3. AGB). Zudem erfolgt die Auszahlung von Guthaben an den Lehrer über die Beklagte (Pkt 4.2. AGB). Auf Wunsch des Nutzers übernimmt es die Beklagte, einen Ersatzlehrer zu finden und den Lehrervertrag auf diesen zu „übertragen“ (Pkt 9.3. AGB). Neben der zentralen Organisation der Nachhilfestunden übernimmt die Beklagte somit im Wesentlichen die Abwicklung des Vertragsverhältnisses - und zwar sowohl hinsichtlich des Lehrer- als auch des Plattformvertrags, deren Inhalte überdies in vielfältiger Weise miteinander verbunden sind und einander auch teilweise bedingen. Die von ihr entworfenen AGB dienen daher selbst unter der Annahme eigener Lehrerverträge vor allem auch der Erleichterung ihrer administrativen Tätigkeit im Verhältnis zwischen Lehrern und Nutzern, woraus sich ihr Eigeninteresse ergibt (vgl 7 Ob 78/06f).

2.2. Zum anderen werden der Beklagten aufgrund der verwendeten AGB betreffend die Abwicklung des Verhältnisses zwischen Nutzern und Lehrern aber auch weitreichende Rechte eingeräumt: So behält sie sich die jederzeitige Änderung der Preise vor (Pkt 5.2. AGB), ist jederzeit berechtigt, die über die Plattform angebotenen Services ohne Angabe von Gründen einzuschränken oder ganz einzustellen (Pkt 8.8. AGB) und kann im Falle einer vom Nutzer behaupteten Nicht- oder Schlechterfüllung des Lehrervertrags die Qualität des Video-Unterrichts überprüfen und einen Vermittlungsversuch vornehmen und letztlich sogar

über das Bestehen und die Höhe eines etwaigen Anspruchs auf Guthabenrückerstattung entscheiden (Pkt 9.2. AGB).

3. Die Beklagte ist daher nach § 28 Abs 1 KSchG hinsichtlich aller beanstandeten Klauseln für das Unterlassungsbegehren passivlegitimiert. Dem vermag die Beklagte in der Berufung nichts Stichhaltiges entgegenzustellen. Dass sie hinsichtlich der im Rahmen des Lehrervertrags erbrachten Dienstleistungen Vertreterin der Lehrer ist, behauptet sie selbst (vgl etwa Berufung, Seite 11). Ihr erhebliches Eigeninteresse an der Verwendung der AGB zwischen Nutzern und Lehrern ergibt sich schon aus den unstrittigen AGB-Klauseln. Auf die von ihr behauptete unrichtige Anwendung von Beweislastregeln (Berufung, Seite 13), die nur die Rechtsfrage betrifft, ob die Beklagte auch hinsichtlich des Lehrervertrags Vertragspartner der Nutzer ist, ist somit nicht näher einzugehen.

bb. Zu den einzelnen Klauseln:

Klausel 1, 2, 4, 12, 13, 15, 19 und 20:

Zu diesen Klauseln hat die Beklagte die Rechtsrüge nicht ausgeführt. Insoweit kann eine rechtliche Überprüfung der angefochtenen Entscheidung durch das Berufungsgericht nicht erfolgen (vgl RS0043338, insb [T20]; ua).

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). Gutgeschrie-

bene 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."

1. Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als gröblich benachteiligend. Gegenstand der Prüfung sei hier nur die Art der Gutschreibung und des Verfalls von Einheiten, weshalb die Klausel nicht der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen sei. Da nicht genutzte Einheiten keinesfalls mitgenommen werden könnten, liege eine gröbliche Benachteiligung der Nutzer vor. Es seien zahlreiche Szenarien möglich, aufgrund derer ein Nutzer seine monatlichen Einheiten nicht verbrauchen könne. Das Verweigern der Mitnahme von Einheiten in die weitere Vertragslaufzeit sei sachlich nicht gerechtfertigt, da aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung die Beklagte auch zulasten der Nutzer agieren könnte.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Beklagte vertritt in der Berufung, die Klausel 5 konkretisiere lediglich eine der beiden aus dem Lehrervertrag zu erbringenden Hauptleistungen, nämlich die Zurverfügungstellung einer gewissen Zahl von Nachhilfestunden zum Abruf innerhalb einer bestimmten Zeiteinheit. Die Bestimmung sei daher der Kontrolle des § 879 Abs 3 ABGB entzogen. Auch wenn diese Ausnahme von der Inhaltskontrolle eng auszulegen sei, falle eine solche Beschreibung der Leistung jedenfalls darunter. Die Klausel sei auch nicht gröblich benachteiligend; das Geschäftsmodell der Beklagten („Bereitstellung von X Nachhilfestunden zum Verbrauch binnen Zeiteinheit Y“) sei vielmehr mit dem zulässigen Angebot von Mobilfunkbetreibern vergleichbar.

2.2. Voranzustellen ist, dass die bekämpfte Klausel aus den ersten drei Sätzen von Pkt 4.3. der AGB besteht. Die Klausel enthält zwei materiell eigenständige Regelungsbereiche, die einer gesonderten Prüfung zugänglich sind:

2.2.1. Satz 3 der Klausel 5 regelt den endgültigen Verfall von dem Nutzer bereits gutgeschriebener Einheiten über das nächste Aufladungsdatum hinaus.

Aufgrund der bereits oben behaupteten Passivlegitimation der Beklagten für sämtliche vom Kläger beanstandeten Klauseln wegen ihres erheblichen Eigeninteresses an deren Verwendung gegenüber den Nutzern spielt die nähere Ausgestaltung ihres Geschäftsmodells - insbesondere, ob die Nutzer tatsächlich neben dem Plattformvertrag mit der Beklagten noch separate Lehrerverträge mit den jeweiligen Lehrern abschließen - für die Zulässigkeit der Klausel 5 keine Rolle.

Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle ist nach ständiger Rechtsprechung möglichst eng zu verstehen (RS0016908; RS0128209). Unter die Ausnahme des § 879 Abs 3 ABGB fallen daher nur die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“, also diejenigen Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag (§ 869 ABGB) zustande kommt. Nicht jede Vertragsbestimmung, die die Leistung oder das Entgelt betrifft, ist damit von der Inhaltskontrolle ausgenommen, sondern lediglich die individuelle ziffernmäßige Umschreibung der Hauptleistungen (RS0016908 [T1, T5]). Nicht erfasst sind aber etwa Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben (RS0016931). Auch Klau-

seln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, sind davon nicht erfasst (JBl 1988, 118 = SZ 60/148 mwN). Verfallsklauseln fallen daher nicht unter die Ausnahme von der Inhaltskontrolle im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB (RS0016908 [T3] = 4 Ob 112/04f; vgl auch 2 Ob 50/05z).

Selbst wenn man der Rechtsansicht der Beklagten folgt, dass das Zurverfügungstellen der Nutzungsmöglichkeit einer gewissen Anzahl an Nachhilfestunden für eine bestimmte Zeiteinheit (ein Monat oder ein Jahr) die gegenüber dem Nutzer zu erbringende Hauptleistung aus dem Lehrervertrag darstelle, handelt es sich bei Satz 3 der Klausel 5 nicht um eine bloße Beschreibung der gegenüber dem Nutzer zu erbringenden Hauptleistung. Eine solche könnte - wenn überhaupt - nur in den Sätzen 1 und 2 der Klausel 5 erblickt werden. Selbst dann würde die Hauptleistung aber nur in der regelmäßigen Bereitstellung von Nachhilfestunden pro vereinbarter Zeiteinheit (dh X Nachhilfestunden pro Monat oder Jahr) liegen. Dies übersieht die Beklagte mit ihrer Argumentation, es liege außerhalb des vertraglich Vereinbarten, ob der Nutzer seine monatlichen Einheiten tatsächlich verbrauche oder nicht. Die - den Verfall von bereits erworbenem Guthaben regelnde - Bestimmung in Satz 3 der Klausel 5 sieht dagegen vor, dass der Nutzer die ihm zur Verfügung gestellten Einheiten innerhalb einer bestimmten Zeit zu verbrauchen hat (siehe auch 5.1. AGB). Sie stellt daher eine das eigentliche Leistungsversprechen aushöhlende Bestimmung dar, die sehr wohl der Kontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unterliegt.

Verfallsklauseln in AGB oder Vertragsformblättern sind nach stRsp dann sittenwidrig, wenn sie die Geltend-

machung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren. Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, desto triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein. Ein sachlicher Grund ist insbesondere die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten (RS0016688; 2 Ob 50/05z; 9 Ob 40/06g mwN). Jedenfalls ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (RS0016688 [T37]; ua). Dreimonatige Verfallsfristen werden dabei grundsätzlich nicht als sittenwidrig angesehen (RS0016688 [T1, T10, T28]). Eine Verfallsfrist von 2 Monaten bei der Abrechnung von Gutscheinen wurde dagegen als gröblich benachteiligend erachtet (2 Ob 50/05z).

Bei kundenfeindlichster Auslegung könnte der Verbraucher die bereits erworbenen und bezahlten Nachhilfeeinheiten über das nächste Aufladedatum hinaus selbst dann nicht mitnehmen, wenn deren Verbrauch bis dahin allein aus von der Beklagten zu vertretenden Umständen verunmöglicht würde, wobei er für den Verbrauch generell nur eine Frist von einem Monat zur Verfügung hat.

Die Beklagte vertritt jedoch, das Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung sei in einer ökonomischen Betrachtungsweise zu beurteilen (7 Ob 137/14v). Könnten Einheiten gesammelt werden, bestünde die Gefahr, dass sie nicht mehr in der Lage wäre, die Nachfrage zu decken, sodass sie mit Ersatzforderungen großen Ausmaßes konfrontiert würde. Zudem könne der Erfolg von Nachhilfestunden nur durch kontinuierliches Lernen bei regelmäßigen Unterrichtseinheiten gewährleistet werden, was im Falle eines beliebigen Transferierens und Ansammelns von Unterrichtseinheiten nicht sichergestellt wäre. Diese Gründe rechtfertigen aber nicht, warum der Verfall ohne Rücksicht darauf, warum die Einheiten nicht verbraucht wurden, aus-

gestaltet sein muss, noch, warum eine derart kurze Verfallsfrist von bloß einem Monat vorgesehen wird. Denn den von der Beklagten ins Treffen geführten Bedenken könnte auch durch eine großzügigere Verfallsregelung immer noch ausreichend Rechnung getragen werden.

Aufgrund der Vielzahl an Möglichkeiten, die zu einer Verhinderung bei der Wahrnehmung der Nachhilfestunden führen können, der kurzen Frist zur Wahrnehmung der Leistungen und dem Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung teilt das Berufungsgericht die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass Satz 3 der Klausel 5 gröblich benachteiligend ist.

2.2.2. Aus den Sätzen 1 und 2 der Klausel 5 ergibt sich dagegen - unabhängig davon, ob man darin eine bloße Beschreibung einer der Hauptleistungspflichten erblickt - kein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Dieser Teil der Klausel regelt nur den Erwerb der Einheiten zum Aufladungsdatum und die Abbuchung des Entgelts und hat losgelöst von der Verfallsklausel in Satz 3 Bestand; nur auf diese beziehen sich auch die Ausführungen des Klägers zur Unzulässigkeit der Klausel 5.

Das Klagebegehren war daher im Umfang von Satz 1 und 2 der Klausel 5 im Ergebnis abzuweisen.

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 verhin-

dert 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."

1. Das Erstgericht ging davon aus, dass die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstößt. Nach dieser Bestimmung müsse der Unternehmer seiner Hinweispflicht nicht nur de facto vor Beginn der Frist nachkommen, er müsse 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. Dem Konsumenten solle so die Bedeutung seines Verhaltens noch einmal bewusst gemacht werden. Dass diese Vorgabe erfüllt sei, sei weder der Klausel noch dem Vorbringen der Beklagten zu entnehmen.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. § 6 Abs 1 Z 2 KSchG betrifft vertragliche Erklärungsfiktionen, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gewertet wird. Hauptfall ist die Unterstellung der Zustimmung des Verbrauchers für den Fall, dass er schweigt (*Kathrein/Schoditsch* in KBB⁶ § 6 KSchG Rz 7). Dabei kommt § 6 Abs 1 Z 2 KSchG insbesondere auch bei der Verlängerung von Vertragsverhältnissen in Betracht (RS0065536). Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die Klausel 6 die Zustimmung des Verbrauchers zur Vertragsverlängerung durch sein Schweigen fingiert. Sie ver-

tritt aber, dass auch nach dem KSchG ein Hinweis auf die Bedeutung des Verhaltens eines Verbrauchers grundsätzlich an keine Form gebunden sei, solange der Hinweis geeignet sei, den Verbraucher hinreichend auf die Folgen seines Verhaltens hinzuweisen. Eine „De-facto-Hinweispflicht“ reiche daher aus. Dieser entspreche die Beklagte bereits im Zuge des Vertragsabschlusses. Den Verbrauchern werde somit ausreichend Zeit und Gelegenheit geboten, die entsprechende Erklärung abzugeben.

2.2. Dem ist entgegenzuhalten, dass es nach stRsp für die Wirksamkeit einer Verlängerungsfiktion erforderlich ist, dass die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehene Hinweispflicht des Verwenders in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter selbst aufgenommen werden muss. Es genügt nicht, dass der Unternehmer ohne eine solche Vereinbarung de facto unter Einhaltung einer angemessenen Frist bei deren Beginn auf die Erklärungsbedeutung des Verbraucherverhaltens und auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinweist (7 Ob 52/17y mit ausführlicher Darstellung der Rsp). Die Bestimmung soll nämlich gewährleisten, dass dem Verbraucher die Bedeutung seines Verhaltens noch einmal vor Augen geführt wird (RS0065536 [T2]). Zu Recht hat das Erstgericht daher die Klausel 6, weil sie nicht die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehene Hinweispflicht enthält, als unwirksam erachtet.

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.“

1. Das Erstgericht erkannte in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und verwies dazu auf seine

rechtliche Beurteilung zur Klausel 5. Die Unzulässigkeit der zuletzt genannten Klausel führe notwendig auch zur Unzulässigkeit der Klausel 7, weil zwischen den beiden Bestimmungen ein so enger Regelungszusammenhang bestehe, dass für die Klausel 7 ohne die Klausel 5 kein vernünftiger Anwendungsbereich mehr verbliebe.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Beklagte argumentiert, dass das Erstgericht abermals von einer unzutreffenden Darstellung ihres Geschäftsmodells ausgehe, und verweist zu Klausel 7 auf ihre Ausführungen zu Klausel 5, wonach sich ergebe, dass auch die gegenständliche Klausel zulässig sei.

2.2. Auch wenn die Klausel 7 nicht ausdrücklich auf die Klausel 5 verweist, steht sie mit dieser doch in einem untrennbaren inhaltlichen Zusammenhang, weil die Klausel 7 lediglich der Umsetzung (Abzug des Guthabens vom Konto des Nutzers) jener Rechtsfolge dient, die Satz 3 der Klausel 5 anordnet (Verfall von Guthaben, das nicht innerhalb des dort genannten Zeitraums verbraucht wird). Die Unzulässigkeit von Satz 3 der Klausel 5 schlägt damit auf die Klausel 3 durch (9 Ob 46/21m [21]; vgl auch RS0122040 zur Unzulässigkeit verweisender Klauseln).

2.3. Dabei wurde bereits oben zu Klausel 5 dargelegt, dass es für die Zulässigkeit ihres Satzes 3 nicht auf die nähere Ausgestaltung des Geschäftsmodells der Beklagten ankommt.

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.“

1. Das Erstgericht verneinte die vom Kläger behauptete Intransparenz aus dem Grund, dass die Klausel nicht alle erdenklich möglichen Fälle einer unberechtigten Nutzung aufzähle. Eine solche Aufzählung könne nie abschließend sein; immerhin könne es zahlreiche nicht vorhersehbare Fälle geben, in denen eine unberechtigte Nutzung vorliege. Die Klausel sei aber unbestimmt, weil nicht ersichtlich sei, von welcher Dauer die Sperre sei, und die Möglichkeiten zur Aufhebung der Sperre nicht umrissen würden. Ein sachlicher Grund für diese Regelung ohne vorbestimmte Prämissen oder Parameter zur Determinierung der Sperre würde ohne nachvollziehbaren Grund fehlen. Ob die Klausel - wie vom Kläger geltend gemacht - auch gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße, könne dahingestellt bleiben.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Beklagte erachtet die Beurteilung des Erstgerichts, wonach zwar einerseits eine Aufzählung aller erdenklichen Fälle unberechtigter Nutzung unmöglich sei, zugleich aber die Dauer der Sperre sehr wohl abstrakt festgelegt werden könne, als widersprüchlich. Die Dauer einer Sperre sei von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Zudem sei der Bestimmung nicht zu entnehmen, dass eine Sperre ungeachtet der Situation unbeschränkt und permanent aufrechterhalten werde. Dem durchschnittlichen Verbraucher müsse klar sein, dass eine Aufhebung der Sperre jederzeit möglich sei. Eine Aufhebung ergebe sich auch, wenn kein Grund mehr für eine Sperre bestehe. Zudem sei dem Durchschnittsverbraucher durch die verschiedenen Kontaktkanäle, über die mit der Betreiberin der Plattform üblicherweise kommuniziert werde (zB E-Mail, Telefon),

ersichtlich, wer zur Aufhebung einer Sperre kontaktiert werden könne.

2.2. Die Klausel 9 ermöglicht der Beklagten bereits beim „Verdacht“ einer „unberechtigten“ Nutzung eines Benutzerkontos dessen Sperre. Aus dieser undeutlichen Formulierung ergibt sich aber für den typischen Durchschnittsverbraucher weder, worin eine „unberechtigte“ Nutzung liegt, noch, wann bereits ein entsprechender „Verdacht“ begründet wird. Dies kann die Beklagte auch in der Berufung nicht darlegen. Eine Beschränkung auf die von ihr im vorbereitenden Schriftsatz - auch nur beispielhaft - erwähnte Verletzung von Persönlichkeitsrechten Dritter oder das Einstellen von rechtswidrigen Inhalten ergibt sich aus dem umfassenden Wortlaut der Klausel jedenfalls nicht. Schon deshalb verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG. Ob für eine transparente Ausgestaltung der Klausel - wie das Erstgericht und die Beklagte meinen - zwangsläufig die Notwendigkeit zur Aufzählung aller denkmöglichen Fälle einer unberechtigten Nutzung bestünde, ist vom Gericht nicht zu beurteilen. Es ist nämlich ausschließlich Sache der Beklagten als Verwenderin der AGB, für deren gesetzmäßige Ausgestaltung zu sorgen; diese Aufgabe kann nicht auf das Gericht überwältigt werden (RS0038205 [T3, T15]). In der konkret zu beurteilenden Fassung ist sie jedenfalls unbestimmt.

2.3. Zudem hat das Erstgericht die Unbestimmtheit der Klausel 9 auch zutreffend daraus abgeleitet, dass ihr weder Angaben über die Dauer einer verhängten Sperre des Benutzerkontos noch über die Möglichkeiten zu ihrer Aufhebung entnommen werden können. Damit wird dem Verbraucher aber letztlich ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt, das ihn von der Durchsetzung

seiner Rechte abhalten kann (RS0037107 [T3, T6]). Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten ist der Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung auch nicht zu entnehmen, dass eine einmal verhängte Sperre „jederzeit“ - oder zumindest dann, wenn kein Grund mehr für die Sperre besteht - wieder aufgehoben werden kann. Über die Möglichkeit zur Sperre des Benutzerkontos hinaus trifft die Klausel nämlich dazu keinerlei Aussage. Dass dem Verbraucher die üblicherweise verwendeten Kontaktmöglichkeiten zum Erreichen der Betreiberin bekannt sein mögen, befreit die Beklagte nicht von der sie nach § 6 Abs 3 KSchG treffenden Pflicht, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung ihrer AGB sicherzustellen (vgl. RS0037107 [T5]).

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.“

1. Das Erstgericht verwies auf die von ihm vertretene Rechtsansicht, wonach zwischen Verbrauchern und Lehrern keine Verträge geschlossen würden, und erachtete die Klausel als gröblich benachteiligend, weil es danach - bei kundenfeindlichster Auslegung - der Beklagten freistehe, ob sie ihren Vertragspartnern die von ihnen gebuchten und bezahlten Nachhilfestunden ermögliche oder nicht. Ein sachlicher Grund für diese Regelung ohne vorbestimmte Prämissen oder Parameter zur Determinierung von Gründen zur Unterlassung der Benachrichtigung von Lehrern fehle ohne nachvollziehbaren Grund.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Beklagte hält dem entgegen, dass die Klausel bloß die Situation der Vertragsanbahnung regle, in der noch kein Lehrervertrag bestehe. Sie beschreibe bloß das für Online-Plattformen völlig übliche und dem Durchschnittsverbraucher auch geläufige Prozedere, dass Nutzer im Fernabsatzweg (Kauf-)Anfragen stellen, ein Vertrag aber erst anschließend mit der Annahme dieser Anfragen oder dem Versand der bestellten Ware durch den präsumtiven Vertragspartner entstehe. Es stehe der Beklagten daher kein Wahlrecht zu, sich bereits entstandener vertraglicher Verpflichtungen zu entledigen. Die Klausel verstoße daher nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB.

2.2. Auch hier kommt es für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klausel nicht darauf an, ob die Nutzer einen Gesamtvertrag mit der Beklagten über die Benützung der Plattform und die Erbringung von Nachhilfedienstleistungen, oder einen Plattformvertrag mit der Beklagten und einen Lehrervertrag mit dem jeweiligen Lehrer abschließen:

Die Klausel 10 regelt den Fall, dass Nutzer Anfragen für Video-Unterricht in einem relevanten Fachbereich über die Plattform der Beklagten stellen. Selbst wenn man mit der Beklagten vom Vorliegen zweier Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern ausginge, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Gesamtzusammenhang der AGB, dass die Klausel 10 ausschließlich Situationen betrifft, in denen der Kunde nach Pkt. 4.2. der AGB noch kein Guthaben für Video-Unterricht über die Plattform erworben hat (und damit einen Lehrervertrag abgeschlossen hat). Bei kundenfeindlichster Auslegung fallen unter die Klausel vielmehr auch Anfragen betreffend die Vereinbarung konkreter Nachhilfestunden mit einem Lehrer nach

Abschluss eines Lehrervertrags. Der Vergleich zu anderen Online-Plattformen, bei denen Nutzer jedenfalls vor Abschluss eines Vertrags bloße (Kauf-)Anfragen stellen, geht daher fehl. Bei Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinn läge es aber tatsächlich allein in der Willkür der Beklagten, zu entscheiden, ob sie dem Verbraucher durch die Weiterleitung der Anfrage an den jeweiligen Lehrer die bereits gebuchten und bezahlten Nachhilfestunden ermöglicht. Wie das Erstgericht bereits zutreffend festgehalten hat, fehlt es einer derart weitreichenden Beschneidung der Vertragsposition des Verbrauchers an einer sachlichen Rechtfertigung. Die Bestimmung ist daher gröblich benachteiligend.

2.3. Die von der Beklagten im Zusammenhang mit der Klausel 10 geltend gemachten Feststellungsmängel liegen nicht vor (Berufung, Seite 20 bis 22):

2.3.1. Soweit die Beklagte Feststellungen dazu vermisst, dass Lehrer und Nutzer die Termine für die Nachhilfestunden gemeinsam bestimmen und diese auch jederzeit gemeinsam absagen oder verschieben können, übersieht sie, dass das Erstgericht zu diesem Themenkreis ohnedies (Negativ-)Feststellungen getroffen hat: So konnte es etwa nicht feststellen, dass die Nutzer der Plattform der Beklagten mit den Lehrern Kontakt außerhalb der Nachhilfestunden haben oder dass die Nutzer die Frequenz, Dauer und Anzahl der Nachhilfestunden mit den Lehrern vereinbaren (Ersturteil, Seite 13). Insofern kann die Beklagte also keine rechtlichen Feststellungsmängel erfolgreich geltend gemacht werden (vgl RS0053317 [T1, T5]).

2.3.2. Aus der weiters begehrten Feststellung, wonach die Lehrer die Unterrichtsinhalte bzw die Art und Weise des Unterrichts frei nach den Bedürfnissen der Nut-

zer gestalten, erwartet sich die Beklagte eine Änderung der rechtlichen Beurteilung dahingehend, dass das Vertragsverhältnis direkt zwischen den Nutzern und den Lehrern abgeschlossen wird und die Beklagte sich auf die Vermittlung dieses Vertragsverhältnisses und ergänzende Serviceleistungen beschränkt. Wie bereits oben unter 2.2. ausgeführt, kommt es für die Gültigkeit der Klausel 10 aber nicht entscheidend darauf an, ob die Nutzer neben einem Plattformvertrag mit der Beklagten auch einen getrennten Lehrervertrag mit dem jeweiligen Lehrer abschließen, oder ob sämtliche Leistungen Teil eines Gesamtvertrages mit der Beklagten sind. Die Rüge eines sekundären Feststellungsmangels scheidet insofern schon daran, dass die begehrten Feststellungen nicht entscheidungswesentlich sind (vgl. *Lovrek in Fasching/Konecny*³ IV/1 § 503 ZPO Rz 157).

Klausel 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.“

1. Das Erstgericht erkannte in der Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 10 KSchG. Damit würden Vertragsbestimmungen verboten, nach denen der Unternehmer oder eine seinem Einflussbereich unterliegende Stelle oder Person bindend über die Erfüllung der Leistungs-

pflicht des Unternehmers entscheiden kann. Die Beklagte sei einzige Vertragspartnerin der Nutzer und entscheide so selbst über Ansprüche auf Guthabenrückerstattung.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Ausführung der Rechtsrüge zu dieser Klausel beschränkt sich auf den Hinweis, dass mit den oben zu Klausel 10. 2.3.2. wiedergegebenen ergänzenden Feststellungen die Klausel als rechtskonform zu beurteilen gewesen wäre. Die Beklagte habe nämlich nicht über eigene, sondern über fremde Ansprüche entschieden.

2.2. Auch zur Beurteilung der Gültigkeit von Klausel 14 ist aber nicht entscheidend, ob die Nutzer hinsichtlich der konkreten Erbringung der Nachhilfeleistungen einen Vertrag unmittelbar mit der Beklagten oder mit einem Lehrer abschließen. Auch in letzterem Fall wäre die Beklagte durch die Klausel 14 dazu berufen, über das Bestehen und die Höhe eines etwaigen Anspruchs auf Guthabenrückerstattung zu entscheiden. Entgegen der von der Beklagten vor dem Erstgericht vertretenen Rechtsansicht ergibt sich aus dieser Klausel nicht, dass damit nur neben gesetzlichen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen zusätzlich bestehende „Kulanzlösungen“ erfasst würden. Vielmehr zeigen sowohl die Überschrift der Bestimmung („9. Gewährleistung, Rücktritt vom Lehrervertrag“) als auch das unter Pkt. 9.2. AGB unmittelbar vor der angefochtenen Klausel geregelte Prozedere, wonach ein Nutzer bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrags durch einen Lehrer eine begründete Beschwerde an die Beklagte richten und diese dann die Qualität des Video-Unterrichts überprüfen und einen Vermittlungsversuch unternehmen kann, dass - bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung - von dieser Bestimmung auch die Ent-

scheidung über Gewährleistungsansprüche bei Schlechterfüllung erfasst wird. Der unter Pkt 9.1. AGB enthaltene Hinweis, dass zwischen Nutzer und der Beklagten die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen gelten, kann daran schon deshalb nichts ändern, weil die Klausel 14 nach der Rechtsauffassung der Beklagten ja den davon getrennt zu behandelnden „Lehrervertrag“ betrifft.

Die Einräumung einer derart weitgehenden (bindenden) Entscheidungsbefugnis über das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen bei Schlechterfüllung zugunsten eines Dritten ist aber jedenfalls iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend, weil damit deutlich von der dem Verbraucher durch das dispositive Recht iZm der gerichtlichen Geltendmachung seiner Gewährleistungsansprüche eingeräumten Rechtsposition zu seinen Lasten abgewichen wird und sich keine sachliche Rechtfertigung dafür findet. Ob die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 10 KSchG, gegen § 6 2 Z 7 KSchG oder gegen § 617 ZPO verstößt, kann daher dahingestellt bleiben.

Klausel 16:

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

1. Das Erstgericht beurteilte die Klausel deshalb für unzulässig, weil sie bloß auf die - ebenfalls - unzulässige Klausel 14 verweise.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Ausführung der Rechtsrüge zu dieser Klausel beschränkt sich auf den Hinweis, dass die Klausel 16 dann nicht rechtswidrig sei, wenn die Klausel 14, auf die sie verweise, ebenfalls rechtskonform sei.

2.2. Auf die Ausführungen zur Ungültigkeit der Klausel 14 darf verwiesen werden. Deren Unzulässigkeit führt zwingend auch zur Unzulässigkeit der darauf verweisenden Klausel 16 (RS0122040).

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.“

1. Das Erstgericht beurteilte die Klausel in Übereinstimmung mit dem Kläger als gröblich benachteiligend. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung normiere sie eine Haftung des Nutzers auch dann, wenn die Beklagte im Zusammenhang mit hochgeladenen Inhalten zu Unrecht von Dritten in Anspruch genommen werde. Dies könne daher auch bei rechtskonformem Verhalten des Nutzers zu einem Ersatzanspruch gegenüber der Beklagten führen. Für eine einschränkende Interpretation dahingehend, dass die Haftung nur dann eintrete, wenn der Nutzer die Geltendmachung von Rechten Dritter schuldhaft veranlasse, bestehe nach dem Wortlaut der Klausel kein Raum.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, die Klausel greife in die gesetzlichen Voraussetzungen von Schadenersatzansprüchen nicht ein und setze daher implizit auch ein Verschulden der Nutzer für deren Inanspruch-

nahme voraus. Selbst wenn die Klausel eine verschuldensunabhängige Haftung des Verbrauchers vorsehe bzw die Haftung auch ungerechtfertigte Ansprüche Dritter umfasse, wäre sie nicht gröblich benachteiligend, weil die Zuordnung des Risikos einer ungerechtfertigten Rechtsverfolgung durch Dritte an den Verbraucher seine sachliche Rechtfertigung darin finde, dass die Inhalte vom Nutzer stammen, dem die Beklagte die freie Äußerung auf ihrer Plattform ermögliche.

2.2. Dem Erstgericht und dem Kläger ist darin beizupflichten, dass die Klausel 17 - bei kundenfeindlicher Auslegung - den Verbraucher gegenüber der Beklagten unabhängig davon zur Schad- und Klagloshaltung verpflichtet, ob ihn ein Verschulden im Zusammenhang mit den Ansprüchen aus den Lehrerverträgen oder den von ihm auf der Plattform eingestellten Inhalten trifft. Woraus sich ergeben soll, dass die Klausel „implizit“ auf ein Verschulden des Verbrauchers abstellt, erschließt sich dem Berufungsgericht nicht. Damit wird eine pauschale und verschuldensunabhängige Haftung des Kunden begründet. Schuldloses vertragswidriges Verhalten macht nach dispositivem Recht aber grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig. Die Vereinbarung einer solchen Erfolgshaftung in AGB betrifft keinen „Hauptpunkt“ des Vertrags und ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB (1 Ob 77/22p [33] mwN; 1 Ob 201/20w [50]; RS0129621 [T1]). Ob sich die gröbliche Benachteiligung der Klausel auch daraus ergibt, dass der Verbraucher wegen Ansprüchen belangt wird, die von Dritten gegenüber der Beklagten - aus anderen Gründen als einem fehlenden Verschulden des Verbrauchers - ungerechtfertigt verfolgt wurden, kann dahingestellt bleiben.

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.“

1. Das Erstgericht stimmte dem in erster Instanz erstatteten Beklagtenvorbringen zwar insoweit zu, dass ein vertragliches Verbot der Übertragung bestimmter Rechte des Kunden aus dem geschlossenen Vertrag sachlich gerechtfertigt sein könne. Dies gelte aber nicht für Zahlungsansprüche. § 1396a ABGB erkläre vertragliche Zessionsverbote sogar zwischen Unternehmern für unwirksam, wenn sie nicht im Einzelnen ausgehandelt worden seien oder den Gläubiger unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligen. Ausgehend von diesen Wertungen des Gesetzgebers müsse ein generelles - nicht im Einzelnen ausgehandeltes - Abtretungsverbot zumindest für Zahlungsansprüche gröblich benachteiligend sein, weshalb die Klausel - mangels ausreichender Differenzierung - als Ganzes unzulässig sei.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Die Beklagte argumentiert, dass im vorliegenden Fall aus § 1396a ABGB kein Größenschluss geboten sei. Vielmehr sei, weil die Bestimmung ausdrücklich nur den Unternehmerbereich erfasse, *e contrario* davon auszugehen, dass in allen nicht von § 1396a ABGB erfassten Rechtsbeziehungen diese Bestimmung nicht gelten soll. In diesen Fällen seien Zessionsverbote nach Maßgabe der allgemeinen Regeln sogar zulässig und absolut wirksam. Von einer gröblichen Benachteiligung sei daher nicht auszugehen.

2.2. Das Berufungsgericht pflichtet der vom Kläger im Verfahren erster Instanz vertretenen Auffassung bei, dass nach der Klausel 22 eine Abtretung von Rechten des Nutzers an einen Dritten nur zulässig sei, wenn die Beklagte dem schriftlich zustimmt. Nach § 10 Abs 3 KSchG kann aber die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Die Bestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in den AGB in Abrede stellt (RS0121954). § 10 Abs 3 KSchG wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers, insbesondere auch Schriftformvorbehalte. Dabei liegt die Übertragung der Rechte und Pflichten aus einem Vertrag grundsätzlich im Interesse des Verbrauchers und wird behindert, wenn der Unternehmer einen Formvorbehalt setzt (7 Ob 84/12x [Klausel 6]); 8 Ob 132/15d [Klausel 1.d) = RS0121954 [T8]; *Neumayr in Keiler/Klauser, Verbraucherrecht* [6. Lfg 2020] § 10 KSchG Rz 22 mwN).

2.3. Auch im vorliegenden Fall ist der in der Klausel 22 vorgesehene Schriftformvorbehalt zugunsten der Beklagten für die Übertragung oder Abtretung von Bestimmungen und Rechten des Verbrauchers aus den AGB daher schon nach § 10 Abs 3 KSchG unwirksam. Dieser vom Kläger bereits in der Klage vertretenen Rechtsansicht hat die Beklagte weder vor dem Erstgericht noch in der Berufung etwas entgegengesetzt. Ob die inkriminierte Klausel auch gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, ist vom Berufungsgericht nicht mehr zu prüfen.

cc. Zur Urteilsveröffentlichung:

1. Die Beklagte bekämpft die Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil der bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“. Zielgruppe der Beklagten seien primär Eltern von 10 bis 17-jährigen Kindern, wobei dem Zweck der Urteilsveröffentlichung in einer Tageszeitung mit weniger Reichweite und ohne Wochenend-/Samstagsausgabe jedenfalls entsprochen hätte werden können. Die zugesprochene Urteilsveröffentlichung sei daher überschießend.

2. 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. In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden. Bei der Verbandsklage nach dem KSchG besteht das berechnigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung auch darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RS0121963 [T2, T7, T9]).

3. Davon ausgehend ist nicht ersichtlich, weshalb es nicht notwendig sein sollte, die Entscheidung den Lesern der bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der auflagenstärksten österreichweit vertriebenen Zeitung zur Kenntnis zu bringen, zumal die Beklagte ihre Leistungen nach den Feststellungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet anbietet und sie auch nicht darlegen kann, warum die maßgeblichen Verkehrskreise durch die Veröf-

fentlichung in einer Tageszeitung mit weniger Reichweite und ohne Wochenend-/Samstagsausgabe ausreichend über die Unzulässigkeit der von der Beklagten verwendeten Klauseln aufgelärt würden.

4. Eine - von der Beklagten offenbar in eventu angestrebte - Abänderung auf die Anordnung einer Veröffentlichung in einem anderen Medium käme aufgrund der Beantragung der Urteilsveröffentlichung bloß in der „Kronen Zeitung“ ohnehin nicht in Betracht (vgl RS0079615).

5. Eine Abänderung des Urteilsspruchs betreffend das Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich jener Klauseln, bei denen das Unterlassungsbegehren vom Berufungsgericht abgeändert wurde, ist nicht erforderlich, weil dieser wie das Klagebegehren auf „den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs“ verweist.

C. Berufung des Klägers:

a. Zu den einzelnen Klauseln:

Klausel 3:

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

1. Das Erstgericht erachtete die Klausel für zulässig. Sie regle keinen Bestandteil des Vertrags mit den Nutzern, sondern sehe vor, wer sich als Lehrer auf der Plattform registrieren könne. Ein Auswahlverfahren welcher Art auch immer zur Überprüfung der Kompetenzen und Qualifikationen der Lehrer müsse nicht in den AGB geregelt sein. Die Beklagte könne die vom Kläger zitierten Werbeversprechungen über die Qualität der Lehrer auch durch nicht in den AGB der Beklagten festgelegte Vorgänge sicherstellen. Im Ergebnis beanstandete der Kläger somit

nicht die Unzulässigkeit der Klausel 3, sondern das Fehlen eines bestimmten Inhalts der AGB. Es sei aber nicht Gegenstand eines Verbandsverfahrens, einem Unternehmen einen bestimmten Inhalt seiner AGB vorzuschreiben. Auch eine Qualitätskontrolle der Leistungen eines Unternehmens sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Dem hält der Kläger entgegen, dass die Klausel 3 jedenfalls eine rechtliche Bedeutung im Verhältnis zwischen Verbrauchern und der Beklagten entfalten solle. Die Beklagte spreche das Thema, wer sich als Lehrer registrieren könne, aus Eigenem in ihren AGB an, die das Vertragsverhältnis zu den Nutzern regeln. Sie habe daher auch sicherzustellen, dass die Regelung transparent und nicht überraschend sei. Die Klausel sei so zu verstehen, dass sich jeder als Lehrer bei der Beklagten registrieren könne, der dies möchte, unabhängig davon, ob er diese Aufgabe auch könne. Wolle ein Kunde Ansprüche gegenüber der Beklagten geltend machen, weil er mit der Leistung eines Lehrers nicht zufrieden sei, könne er durch die intransparente Klausel davon abgehalten werden, weil die Beklagte keine Qualifikation für Lehrer verspreche. Aus demselben Grund sei die Klausel auch nachteilig und überraschend iSd § 864a ABGB.

2.2. Die Klausel 3 sieht für den Nutzer weder Pflichten vor, noch schränkt sie seine Rechte unmittelbar ein. Ob sie daher die vertragliche Rechtsposition des Nutzers gegenüber der Beklagten selbst gar nicht regelt und somit nur rechtsdeklaratorisch ist, kann aber dahingestellt bleiben. Selbst wenn man der Klausel nämlich eine unmittelbare rechtliche Bedeutung für das Verhältnis

zwischen Nutzer und Beklagter zubilligt, ändert dies nichts an der Zulässigkeit der Klausel:

2.2.1. Dass sich als Lehrer alle Personen registrieren können, die Video-Unterricht über die Plattform anbieten möchten, ist nicht objektiv ungewöhnlich iSv verkehrsüblich. Im Bereich des privat organisierten Nachhilfeunterrichts kann generell nicht davon ausgegangen werden, dass nur Personen, die einem bestimmten vordefinierten Qualitätsstandard entsprechen, ihre Dienstleistungen in diesem Segment anbieten dürfen. Die Klausel ist aber auch im konkreten Zusammenhang bei Einordnung der Klausel in das Gesamtgefüge des Textes (RS0014646 [T4]; RS0014627 [T2]) nicht überraschend. Dies leitet der Kläger offenbar daraus ab, dass Nutzer an der Geltendmachung von Schlechterfüllungsansprüchen iZm der Leistung eines Lehrers gehindert werden könnten. Die diesbezüglichen Rechte des Verbrauchers sind aber zum einen an eigener Stelle (Pkt 9. AGB) geregelt; zum anderen hat das Erstgericht bereits darauf hingewiesen, dass die Klausel 3 nur die „Registrierung“ von Lehrern auf der Plattform regelt, nicht dagegen, wer konkret für einen Nutzer als Lehrer eingesetzt werden darf. Eine Verletzung von § 864a ABGB liegt somit nicht vor.

2.2.2. Aus diesen Überlegungen ist die Klausel aber auch nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Auch ein typischer Durchschnittsverbraucher wird aus der Klausel 3 nicht ableiten, dass er bei Schlechterfüllung der Nachhilfeleistungen keine Gewährleistungsansprüche hätte.

Klausel 8:

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

1. Das Erstgericht beurteilte die Klausel als zulässig. Sie sei im Zusammenhang mit den sie umgebenden und mit ihr in Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu lesen. Ein verständiger Durchschnittsverbraucher könne die Klausel nur so verstehen, dass vom Nutzer selbst ausgehende Handlungen seines Benutzerkontos oder Fälle, in denen der Nutzer Dritten den Zugang zu seinem Konto ermögliche, erfasst seien. Auch bei kundenfeindlichster Auslegung könne der Klausel keine völlig unbeschränkte Haftung entnommen werden, etwa dahin, dass der Nutzer unverschuldet für theoretisch technisch mögliche Szenarien wie einen Hackerangriff auf das Benutzerkonto und daraus hervorgehende Aktivitäten verantwortlich wäre.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Der Kläger steht in der Berufung auf dem Standpunkt, die Klausel sei gröblich benachteiligend, weil der Nutzer nach ihr auch dann verantwortlich sein solle, wenn ihn an einem Zugriff auf sein Konto kein Verschulden träfe.

2.2. Die vom Erstgericht und von der Beklagten in der Berufungsbeantwortung vertretene einschränkende Interpretation der Klausel 8 kann nicht geteilt werden: Der Wortlaut der Klausel ist denkbar weit gefasst („[...] alle Aktivitäten, die von seinem Benutzerkonto ausgehen [...]“) und bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Nutzer nur für eigene Handlungen oder Handlungen Dritter, die er durch die Gewährung von Zugang zu seinem Konto ermöglicht hat, verantwortlich sein soll. Auch der Begriff „Aktivitäten“ kann nicht als Beleg dafür dienen,

ist dieser doch zwanglos auch im Sinne von „technischen Vorgängen“, die von seinem Benutzerkonto ausgehen, zu verstehen. Auch eine systematische Betrachtung der Klausel im Gesamtkontext der übrigen AGB-Bestimmungen spricht - entgegen der Rechtsansicht der Beklagten in der Berufungsbeantwortung - nicht dafür, dass mit der Klausel 8 bloß eine verschuldensabhängige Haftung statuiert wird. Die in Pkt. 6.4. AGB vorgesehene Benachrichtigungspflicht schließt keineswegs aus, dass Nutzer nach der Klausel 8 nicht auch für Aktivitäten, die aus einer unberechtigten Nutzung seines Benutzerkontos resultieren, haften müssen. Die Benachrichtigung hat offensichtlich nur den Sinn, der Beklagten zu ermöglichen, das betroffene Benutzerkonto zu sperren. Aus ihr kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Klausel 8 nur bei schuldhafter Herbeiführung einer unberechtigten Nutzung des Kontos greifen soll. Ebenso nicht, dass eine Haftung des Nutzers nur bei Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen Bestimmungen der AGB in Betracht kommt. Dieser Wortlaut wird nur in Pkt. 6.4. AGB als Rechtfertigung für eine Sperre des Benutzerkontos herangezogen, nicht dagegen für die davon zu trennende Frage der Verantwortlichkeit des Nutzers.

2.3. Auch unter Berücksichtigung der Systematik der AGB wird ein typischer Durchschnittsverbraucher bei der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung die Klausel 8 daher so verstehen, dass er auch für von ihm nicht verschuldete Aktivitäten, die von seinem Benutzerkonto ausgehen, verantwortlich ist, also haftet. Die Vereinbarung einer pauschalen und unverschuldeten Haftung in AGB ist aber gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB (1 Ob 77/22p [33] mwN; 1 Ob 201/20w [50]; RS0129621 [T1]).

2.4. Dem Klagebegehren war daher hinsichtlich der Klausel 8 im Ergebnis stattzugeben.

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.“

1. Das Erstgericht beurteile die Klausel als zulässig. Die Klausel befinde sich in Pkt. 8. AGB („Nutzung der Plattform“). Für den Nutzer seien daher Bestimmungen, die die von ihm hochgeladenen bzw auf die Plattform übertragenen Inhalte betreffen und die Nutzung dieser Inhalte durch die Beklagte regelten, jedenfalls nicht überraschend. Deshalb scheidet eine Anwendung von § 864a ABGB aus. Die Einräumung eines unentgeltlichen Nutzungsrechts an hochgeladenen Inhalten sei aber auch nicht gröblich benachteiligend. Die Bestimmung betreffe nur Inhalte, für die der Kunde auch entsprechende Nutzungsrechte einräumen könne. Auch bei kundenfeindlichster Auslegung könne der Klausel nicht unterstellt werden, dass sie eine Haftung des Kunden für Eingriffe in fremde Urheberrechte anordne. Mit dem ebenfalls erhobenen Einwand des Klägers, die Klausel erfülle die für die Verarbeitung personenbezogener Daten erforderliche Freiwilligkeit der Einwilligung nicht, setzte sich das Erstgericht nicht auseinander.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Der Kläger argumentiert in der Berufung - wie schon vor dem Erstgericht - damit, dass die Klausel auch

für personenbezogene Daten gelte. Sie verstoße daher gegen das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot. Die Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung würden sich nach Art 4 Nr 11 sowie Art 7 Abs 2 DSGVO richten. Eine in einem Absatz der AGB enthaltene Klausel erfülle nicht die Kriterien einer freiwilligen Einwilligung. Die Klausel verletze Art 5 DSGVO und sei daher nichtig.

2.2. Dem Kläger ist darin beizupflichten, dass die Klausel 11 aufgrund ihrer weiten Formulierung jedenfalls auch personenbezogene Daten des Nutzers iSd Art 4 Nr 1 DSGVO erfasst. Dabei handelt es sich um alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Dazu reicht eine Identifizierbarkeit der Person anhand der Information aus, wenn also die Information zwar für sich genommen nicht ausreicht, um sie einer Person zuzuordnen, dies aber gelingt, sobald sie mit weiteren Informationen verknüpft wird (*Hödl in Knyrim, DatKomm Art 4 DSGVO Rz 12*). Nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO besteht eine Möglichkeit zur Rechtfertigung der Verarbeitung von personenbezogenen Daten darin, dass der Betroffene in diese einwilligt. Aus Art 4 Nr 11 DSGVO folgt, dass diese Einwilligung freiwillig zu erfolgen hat. Soweit mit der Klausel 11 das Recht zur Verwendung, Bearbeitung, Vervielfältigung und Verbreitung an personenbezogenen Daten übertragen wird, liegt darin die Erteilung einer Einwilligung zu einer Verarbeitung dieser Daten durch die Beklagte.

2.3. Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss ist aber grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht

freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen. Eine Klausel in AGB, nach der der Vertragspartner der Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu Zwecken zustimmt, die für die Vertragsabwicklung nicht erforderlich sind, ist daher unzulässig bzw intransparent (RS0132251). Daher ist die Klausel 11, mit der die Verwendung von (auch) personenbezogenen Daten zur Bereitstellung auf der Plattform und zur Bewerbung der Plattform - somit für eine nicht zur Durchführung des Vertrags mit dem Nutzer erforderlichen Verarbeitung - erlaubt wird, unzulässig, weil sie gegen Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 4 Nr 11 iVm Art 7 Abs 4 DSGVO verstößt, und intransparent, weil sie keine wirksame Einwilligung herstellen kann (6 Ob 140/18h [4.4.6.]). Soweit die Beklagte meint, ihre Plattform könne ohne Weiteres auch dann genutzt werden, wenn keine Bewertungen, Fotos, Videos oder dergleichen eingestellt werden, übersieht sie Folgendes: Maßgeblich ist allein, ob der Vertragsabschluss von der Einwilligung in eine (dafür nicht erforderliche) Datenverarbeitung abhängig gemacht wird. Eine solche Kopplung liegt mit der Klausel 11 aber jedenfalls bereits vor. Dass vom Nutzer zum Zeitpunkt, zu dem er diese Einwilligung erteilen muss, um den Vertrag abzuschließen, noch gar keine Daten eingestellt wurden, die verarbeitet werden können, ändert nichts daran, dass es der Erteilung der Einwilligung bereits an der erforderlichen Freiwilligkeit iSd Art 4 Z 11 DSGVO fehlt. Andere besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung hat die Beklagte weder vor dem Erstgericht noch in der Berufungsbeantwortung dargelegt. Ob die

Klausel auch gegen §§ 864a oder 879 Abs 3 ABGB verstößt, war vom Berufungsgericht somit nicht mehr zu prüfen.

2.4. Dem Klagebegehren war daher hinsichtlich der Klausel 11 stattzugeben.

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).“

1. Das Erstgericht erachtete die Klausel als zulässig. Eine Widerrufserklärung sei gemäß § 13 FAGG zwar an keine bestimmte Form gebunden. Dem Verbraucher werde durch die von der Beklagten gewählten Formulierung aber nicht die Möglichkeit genommen, sein Widerrufsrecht im Wesentlichen unter denselben Bedingungen auszuüben, wie bei Mitteilung der zusätzlichen Information, dass der Widerruf auch mündlich erfolgen könne. Die Beklagte könnte sich nicht auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Konsumenten von § 13 FAGG abweiche, berufen, dh für den Fall eines mündlichen Widerrufs nicht auf die Einhaltung der Schriftform bestehen. Im Übrigen sei im Alltag für eine Vielzahl von (rechtsgeschäftlichen) Erklärungen die Schriftform auch bei Verbrauchern eine geradezu typische und faktisch regelmäßig praktizierte Mitteilungsform. Auch werde die Rechtslage nach § 14 FAGG nicht falsch dargestellt, weil die Beklagte lediglich darauf verweise, dass die Abwicklung besonders rasch - jedoch

nicht prioritär - erfolge, wenn das Formular benutzt oder eine E-Mail geschrieben werde.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Der Kläger hält dem - wie schon im erstinstanzlichen Verfahren - entgegen, die Klausel 18 vermittele den unrichtigen Eindruck, dass der Widerruf nur per Post oder E-Mail erklärt werden könne. Damit stelle sie die Rechtslage hinsichtlich § 13 FAGG falsch dar und sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

2.2. § 13 Abs 1 FAGG ordnet an, dass der Verbraucher seine Rücktrittserklärung in jeder beliebigen Form abgeben kann, also etwa mündlich, fernmündlich, schriftlich, per Telefax, E-Mail, SMS oder über eine Website des Unternehmers. Damit kann zwischen den Parteien ein Formvorbehalt nicht wirksam vereinbart werden. Das Rücktrittsrecht kann auch unter Verwendung des Muster-Widerrufsformulars aus Anhang I Teil B des VRUG ausgeübt werden. Dieses Formular muss vom Unternehmer jedenfalls zur Verfügung gestellt werden (§ 4 Abs 1 Z 8 FAGG), seine Nutzung ist dem Verbraucher jedoch nicht vorgeschrieben. Er kann stattdessen auch auf andere, individuelle Weise seinen Rücktritt vom Vertrag erklären (*Schwarzenegger in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 13 FAGG Rz 1, 2*).

2.3. Bietet ein Unternehmer - wie hier die Beklagte - in seinen AGB dem Verbraucher eine dem Muster-Widerrufsformular entsprechende schriftliche Widerrufserklärung an, muss dieses Angebot dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG insofern entsprechen, als es den Verbraucher nicht im Unklaren darüber lassen darf, dass dieses Anbot nur eine von mehreren Möglichkeiten ist, den Widerruf zu erklären. Insbesondere darf der Verbraucher nicht im Unklaren darüber gelassen werden, dass der Widerruf - wie

in § 13 Abs 1 FAGG normiert - an keine bestimmte Form gebunden ist. Dem Kläger ist beizupflichten, dass der Text der Klausel 18 gerade diese Gefahr schafft. Wenn neben dem Muster-Widerrufsformular auch eine „andere eindeutige Erklärung per E-Mail [...] oder per Post [...]“ für den Widerruf umschrieben wird, aber kein Hinweis auf die Möglichkeit einer mündlichen Kündigung erfolgt, wird der durchschnittliche verständige Verbraucher nicht davon ausgehen, dass auch eine formlose (etwa eine mündliche oder fernmündliche) Erklärung zulässig ist. Soweit die Beklagte einwendet, mit der Aufzählung in der Klausel 18 führe sie nur alle ihr gegenüber faktisch bestehenden Kontaktmöglichkeiten an, ist ihr entgegenzuhalten, dass ein Verbraucher - zumindest theoretisch - auch ihre Geschäftsräumlichkeiten aufsuchen und dort mündlich den Rücktritt nach § 11 Abs 1 FAGG erklären könnte. Zudem ist die Beklagte nicht gehindert, in der Zukunft auch eine telefonische Kontaktmöglichkeit zu ihren Kunden zu schaffen. Da die Klausel dem Verbraucher im erörterten Punkt keine vollständige Auskunft über die Rechtslage bietet, ist sie intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG (9 Ob 81/21h; RS0115217 insb [T14, T48, T52]). Ob sich ihre Intransparenz auch daraus ergibt, dass sie die Rechtslage in Hinblick auf § 14 Abs 1 FAGG unrichtig darstellt, muss nicht mehr untersucht werden.

2.4. Dem Klagebegehren war daher hinsichtlich der Klausel 18 stattzugeben.

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 sol-

che zu ersetzen, die rechtswirksam ist und dem wirtschaftlichen Zweck des Nutzers und von GoStudent am nächsten kommt."

1. Das Erstgericht erachtete die Klausel nicht als intransparent. Dazu referierte es die E 8 Ob 132/15t und hielt fest, dass nach stRsp die Nichtigkeit einer Klausel nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge habe. Scheide eine nichtige Bestimmung aus dem Vertragstext aus, habe eine Vertragsanpassung zu erfolgen, die sich anhand des dispositiven Rechts, des hypothetischen Parteiwillens und mangels dessen Feststellbarkeit nach redlicher Verkehrsübung orientiere.

2. Berufungsentscheidung:

2.1. Der Kläger wendet dagegen in der Berufung – wie schon in erster Instanz – ein, dass die Unwirksamkeit einer Klausel auch Auswirkungen auf die verbleibenden Bestimmungen haben könne, wenn der Vertrag ohne die Klausel nicht fortbestehen könne und im Interesse des Verbrauchers ein Gesamtwegfall des Vertrags geboten sei. Jedenfalls habe eine unwirksame Klausel nach der Rsp des EuGH und des OGH schlicht unangewendet zu bleiben und sei nicht durch eine andere Bestimmung zu ersetzen. Das berücksichtige die Klausel jeweils nicht. Sie gebe daher die Rechtslage insofern unrichtig wieder und sei intransparent.

2.2. In den Entscheidungen 8 Ob 132/15t und 4 Ob 228/17h wurden ähnliche Klauseln wie die vorliegende nicht beanstandet. Zu 8 Ob 132/15t wurde ausgeführt, dass dann, wenn eine nichtige Bestimmung aus dem Vertragstext ausscheide, eine Vertragsanpassung zu erfolgen habe, die sich anhand des dispositiven Rechts, des hypothetischen Parteiwillens und mangels dessen Feststellbarkeit nach

redlicher Verkehrsübung orientiere, und sodann beurteilt, dass die Klausel lediglich die Rechtslage wiedergebe. Zu 4 Ob 228/17h wurde unter Hinweis auf die Vorjudikatur (7 Ob 84/12x; 8 Ob 132/15t) dieser Rechtsansicht beigetreten.

2.3. Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH und des OGH ist die geltungserhaltende Reduktion unzulässiger Klauseln auch im Individualprozess grundsätzlich (abgesehen vom Ausnahmefall, dass der Vertrag dann nicht mehr durchführbar wäre und die Lückenfüllung für den Verbraucher keine nachteiligen Folgen hat) nicht mehr zulässig (siehe dazu EuGH C-618/10, *Banco Español de Crédito SA*; C-421/14, *Banco Primus SA*; C-26/13, *Kásler und Káslerné Rábai*; 9 Ob 85/17s; 8 Ob 1/18g). Auch ein Lückenschluss durch Anwendung dispositiven Rechts und eine ergänzende Vertragsauslegung kommen im Lichte der Rs *Unicaja Banco SA und Caixabank SA*, C-482/13, C-484/13, C485/13 und C-487/13, nur bei sonstiger Undurchführbarkeit des Vertrags zum Nachteil des Verbrauchers in Frage (9 Ob 85/17s). Ansonsten hat das Gericht eine missbräuchliche Vertragsklausel schlicht unangewendet zu lassen, damit sie den Verbraucher nicht binde, ohne dass es befugt wäre, deren Inhalt abzuändern (Rs *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15 Rn 57). Liegt kein solcher Fall vor, in dem das Gericht eine missbräuchliche Klausel durch eine dispositive nationale Vorschrift ersetzen darf, damit der betreffende Vertrag weiterhin Bestand hat, kann eine nach der Klausel-RL missbräuchliche Klausel auch dazu führen, dass der Vertrag insgesamt nicht aufrechtzuerhalten ist, was stets das nationale Gericht zu beurteilen hat (Rs *Dunai*, C-118/17 Rn 52, 54, 56).

2.4. Es entspricht daher weder die generelle Bezugnahme auf die Vertragsanpassung im Falle einer unwirksamen (missbräuchlichen) Klausel (vgl 4 Ob 63/21z) noch der generelle Verweis darauf, dass bei Unwirksamkeit einzelner AGB-Klauseln der übrige Inhalt der AGB nicht berührt werde, der Rechtslage. Insofern gibt die Klausel 21 diese also unrichtig wieder.

2.5. Im Übrigen ergibt sich die Intransparenz der Bestimmung aber auch daraus, dass für den durchschnittlichen Verbraucher ein allfälliger Widerspruch zwischen einzelnen AGB-Klauseln und den gesetzlichen Bestimmungen nicht durchschaubar und ohne Gerichtsverfahren nicht überprüfbar ist und er auch nicht zu beurteilen vermag, welche „rechtswirksam[e] [...] und dem wirtschaftlichen Zweck des Nutzers und [der Beklagten] am nächsten komm[ende]“ Bestimmung in einem solchen Fall an die Stelle der gesetzwidrigen Klausel treten soll. Er kann sich aufgrund der Klausel also kein klares Bild von seiner Rechtsposition verschaffen, sondern sie bürdet ihm das Risiko auf, seine Rechte selbst zu ermitteln (RS0122045 [T3]; vgl 4 Ob 63/21z; 10 Ob 19/21y).

2.6. Dem Klagebegehren war daher hinsichtlich der Klausel 21 stattzugeben.

b. Berufung im Kostenpunkt:

Die vom Kläger erhobene Berufung im Kostenpunkt ist aufgrund ihres Eventualcharakters und der - zumindest teilweisen - Berechtigung der Berufungen in der Hauptsache nicht gesondert zu behandeln (vgl *Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.90). Vielmehr ist auf die dortigen Ausführungen bei der neu zu treffenden Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren einzugehen.

D. Kostenentscheidung

1. Die Abänderung des erstgerichtlichen Urteils macht eine Abänderung der Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren erforderlich:

1.1. Der Kläger hat das Unterlassungsbegehren zu den insgesamt 22 Klauseln mit EUR 30.500 und das Urteilsveröffentlichungsbegehren mit EUR 5.500 bewertet. Der Kläger ist von insgesamt 22 Klauseln bei einer Klausel zur Gänze und bei einer weiteren zur Hälfte unterlegen. Sein Misserfolg übersteigt damit jedenfalls nicht 10% des Gesamtschuldentwerts. Da durch diese abgewiesene Teilforderung auch kein besonderer Verfahrensaufwand verursacht wurde, ist von einem geringfügigen Unterliegen im Sinn des § 43 Abs 2 erster Fall ZPO auszugehen. Der Kläger hat also Anspruch auf Ersatz der gesamten Kosten (*M. Bydlinski in Fasching/Konecny*³ II/1 § 43 ZPO Rz 17 und 25) auf Basis des ersiegten Betrags von EUR 33.545,45 (= EUR 36.000 / 22 x 20,5).

1.2. Zu Recht sprach sich die Beklagte aber gegen die Honorierung der - ihre Ursache in der Sphäre des Klägers habende - Vertagungsbitte vom 21.2.2022 aus (*Obermaier, Kostenhandbuch*³ Rz 1.273).

1.3. In dem von § 257 Abs 3 ZPO gesteckten zeitlichen Rahmen ist die Einbringung bzw der Wechsel vorbereitender Schriftsätze zwischen den Parteien unbeschränkt zulässig; die Parteien können in dieser Zeit also auch mehrere Schriftsätze wechseln. Über die Zweckmäßigkeit mehrfacher Schriftsätze im Sinne des § 41 ZPO ist damit freilich noch nichts gesagt. Diese ist in diesem Fall streng zu prüfen. Eine Honorierung mehrerer Schriftsätze wird in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn in

einem Schriftsatz auf neues, insbesondere unerwartetes Vorbringen des Gegners repliziert wird (Kodek in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 257 ZPO Rz 23). Der Kläger verweist in seiner Berufung zutreffend darauf, dass sich seine noch innerhalb der Frist des § 257 Abs 3 ZPO eingelangte Replik vom 14.4.2022 mit der von der Beklagten erstmals in ihrem Schriftsatz ON 9 aufgeworfenen Frage ihrer mangelnden Passivlegitimation hinsichtlich einzelner Klauseln sowie dem Einwand des Wegfalls der Wiederholungsfahr auseinandersetzte und er dort neben neuem Vorbringen auch ergänzendes Beweisanbot erstattete, aber auch ergänzend auf Argumente zur Unzulässigkeit mehrerer Klauseln einging. Vor dem Hintergrund des Umfangs des Prozessstoffs und der Umstände des konkreten Einzelfalls ist der Schriftsatz zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig und nach TP 3 RATG zu honorieren (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*³ Rz 1.249; 3 Ob 12/09z).

1.4. Unter Heranziehung der für den ersiegten Betrag nach TP3A RATG anwendbaren Ansätze und der nach TP1 GGG anwendbaren Pauschalgebühr hat der Kläger daher Anspruch auf Ersatz von EUR 8.353,32 (darin enthalten EUR 1.260,22 USt und EUR 792 Barauslagen). Der Kläger hat somit Anspruch auf Ersatz von Verfahrenskosten iHv EUR 9.397,64 (darin enthalten EUR 1.306,94 USt und EUR 1.556 Barauslagen).

2. Die Kostenentscheidung im Verfahren über die Berufung des Klägers gründet sich auf § 43 Abs 1 iVm § 50 ZPO. Der Kläger hat die Entscheidung des Erstgerichts hinsichtlich 5 Klauseln angefochten (Berufungsinteresse: EUR 8.181,82) und drang bei vier Klauseln mit der Berufung durch. Dies entspricht einem Obsiegen von 80%. Nach Quotenkompensation steht ihm somit der Ersatz von

60% seiner Verfahrenskosten sowie 80% der Pauschalgebühr zu (EUR 1.704,49 [darin enthalten EUR 121,55 USt und EUR 975,20 Pauschalgebühren]).

3. Die Kostenentscheidung im Verfahren über die Berufung der Beklagten gründet sich auf § 43 Abs 2 erster Fall iVm § 50 ZPO. Im Berufungsverfahren drang die Beklagte nur bei einer Klausel - und auch hier nur etwa zur Hälfte - mit der Berufung durch, obwohl sie das Unterlassungsbegehren hinsichtlich 17 Klauseln und das Veröffentlichungsbegehren überhaupt zur Gänze anfocht (Berufungsinteresse: EUR 29.068,18; Unterlassung: EUR 23.568,18 [= EUR 30.500 / 22 x 15] + Veröffentlichung: EUR 5.500). Es ist daher nur von einem geringfügigen Unterliegen des Klägers auszugehen, sodass ihm die gesamten Kosten seiner Berufungsbeantwortung auf Basis des ersiegten Betrags von EUR 28.250 (= [EUR 23.568,18 / 34 x 33] + [EUR 5.500 / 44 x 43]) zuzusprechen waren. Hier kommt es zu keinem Tarifsprung, sodass der Kläger Anspruch auf Ersatz von EUR 2.613,79 (darin enthalten EUR 435,63 USt) hat.

E. Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO ergibt sich aus den hinter den Klauseln stehenden wirtschaftlichen Interessen und folgt der unbedenklichen Bewertung des Klägers.

F. Da das Berufungsgericht auch Klauseln zu beurteilen hatte, zu denen noch keine (explizite) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Verbandsverfahren vorliegt, diese aber regelmäßig einen größeren Personenkreis betreffen, war die ordentliche Revision zuzulassen (§ 502

Abs 1 ZPO; RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 30. Juni 2023

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

	Datum/Zeit	2023-07-18T12:26:42+02:00
	Hinweis	Dieses Dokument wurde elektronisch signiert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.
	Prüfinformation	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter: http://kundmachungen.justiz.gv.at/justizsignatur



Schmerlingplatz 11, Postfach 26
1011 Wien

Tel.: +43 1 52152 0 3859

Personenbezogene Ausdrücke in
diesem Schreiben umfassen jedes
Geschlecht gleichermaßen.

Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

RECHTSMITTELSACHE:

Erste Partei

Verein für Konsumenteninformation
Linke Wienzeile 18
1060 Wien

vertreten durch

Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte
KG

Ölzeltgasse 4
1030 Wien

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

Firmenbuchnummer 214452x

Zweite Partei

GoStudent GesmbH.
Ernst Melchior-Gasse 20, 6. OG
1020 Wien
Firmenbuchnummer 447118b

vertreten durch

Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH
Dr. Karl Lueger-Platz 5

1010 Wien

Tel.: 904 21 80, Fax: 904 21 80/210

Angefochtene Entscheidungen: Urteil vom: 20.02.2023 des Handelsgericht Wien, 007 19
Cg 69/21z Ordnungsnummer 16

Zu: 007 019 CG 69/21 z

Die Entscheidung des OLG wird übermittelt.

Oberlandesgericht Wien, Abteilung 5

Wien, 18. Juli 2023

Dr. Maria Schrott-Mader, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

1 Beilage(n):

Nr	Bezeichnung	Datum	ON/Beilage	Zeichen (Einbr.)
1	Urteil	30.06.2023		

	Datum/Zeit	2023-07-18T12:26:41+02:00
	Hinweis	Dieses Dokument wurde elektronisch signiert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.
	Prüfinformation	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter: http://kundmachungen.justiz.gv.at/justizsignatur

An
Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

Eingabe zu: 007 019 CG 69/21 z

Elektronisch eingebracht am 18.07.2023

Oberlandesgericht Wien

Schmerlingplatz 11, Postfach 26
1011 Wien
Zeichen: 009 005 R 70/23 k

Justizinterne Eingabe

2 Anhänge

Nr

- 1 **Note**
- 2 **Urteil**

	Datum/Zeit	2023-07-19T07:51:29+02:00
	Hinweis	Dieses Dokument wurde elektronisch signiert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.
	Prüfinformation	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter: http://kundmachungen.justiz.gv.at/justizsignatur