



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Rendl als Vorsitzenden sowie die Richter Mag. Falmbigl und Mag.Dr. Sengstschmid in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Sky Österreich Fernsehen GmbH**, FN 303804x, Rivergate, Handelskai 92 Gate 1, 1200 Wien, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500) über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 3. Oktober 2023, GZ: 11 Cg 10/23t-20, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge gegeben** und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es lautet:

*„1. Die beklagte Partei ist schuldig, die Verwendung der nachstehend genannten Klausel oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese bereits Inhalt der von der beklagten Partei mit Verbrau-*

chern abgeschlossenen Verträge geworden sind:

'Bei Bestellung eines Abos: Ich nehme die Sky X Widerrufsbelehrung zur Kenntnis. Ich stimme zu, dass Sky bereits vor Ablauf der 14-tägigen Widerrufsfrist mit der Vertragsausführung beginnt und ich dadurch bei Bestellung eines Abos mein Widerrufsrecht verliere.'

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der 'Kronen-Zeitung', bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 10.741,40 (darin EUR 1.530,90 USt und EUR 1.556 Pauschalgebühren) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 5.950,52 (darin EUR 610,42 USt und EUR 2.288 Pauschalgebühren) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG zur Verbandsklage berechtigter Verein.

Die Beklagte bietet unter der Bezeichnung „Sky-X“

einen Streamingdienst an. Im Rahmen dessen können die Laufbildprogramme von Sky als Stream konsumiert werden. Beim Streaming befinden sich die digitalen Inhalte, die zur Betrachtung zur Verfügung gestellt werden, auf einem Server, auf den die Kunden mit ihrem Endgerät eine Zugangsmöglichkeit durch Link oder App eingeräumt bekommen. Sie können dann über Internet die in ihrem Abonnement enthaltenen Programme sowohl „live“ als auch „on demand“ betrachten.

Auch Downloads sind, abhängig von den jeweiligen Lizenzgebern, möglich. Wenn ein Download möglich ist, können die digitalen Inhalte auf einem eigenen Speicher abgespeichert und unabhängig von einem Online-Zugang abgespielt werden. Ein Download kann nur einmal angesehen werden und muss innerhalb von 48 Stunden ab Beginn des Abrufs zu Ende betrachtet werden.

Bei der Beklagten kann das Streaming in zwei Paketen, nämlich Sport & Live TV sowie Fiction & Live TV abonniert werden. Der Online-Abschluss eines „Sky-X“ Abos ist nur möglich, wenn der Kunde folgender Vertragsbestimmung durch anklicken zustimmt:

*„Bei Bestellung eines Abos: Ich nehme die Sky X Widerrufsbelehrung zur Kenntnis. Ich stimme zu, dass Sky bereits vor Ablauf der 14-tägigen Widerrufsfrist mit der Vertragsausführung beginnt und ich dadurch bei Bestellung eines Abos mein Widerrufsrecht verliere.“*

Die **Klägerin** begehrt, die Beklagte zu verpflichten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung der zitierten Klausel und die Berufung darauf zu unterlassen sowie sie zur Veröffentlichung des Urteilsspruchs zu ermächtigen. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor: Die Widerrufsbelehrung kläre Verbraucher unrichtig auf. Bei

einem Streaming-Abo liege eine digitale Dienstleistung vor. Nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG könne bei Dienstleistungen erst deren vollständige Erbringung zum Entfall des Rücktrittsrechts führen.

Die für die Bereitstellung von digitalen Inhalten nach § 18 Abs 1 Z 11 FAGG vorgesehene Ausnahme (Erlöschen des Rücktrittsrechts mit Beginn der Vertragserfüllung) sei auf die Leistung der Beklagten nicht anzuwenden. Es handle sich um ein Dauerschuldverhältnis und keine einmalige Bereitstellung eines digitalen Inhalts. Die Leistung werde bei Abschluss eines Abos nicht sofort vollständig erbracht.

Es bestehe Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte die Klausel laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwende. Sie habe trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgegeben. Es bestehe ein berechtigtes Interesse, die angesprochenen Verbraucherkreise durch Urteilsveröffentlichung über die wahre Rechtslage aufzuklären.

Die **Beklagte** entgegnete im Wesentlichen, ihre seit Jahren verwendete Widerrufsbelehrung sei rechtskonform. Beim Streamingdienst „Sky X“ handle es sich um einen „digitalen Inhalt“, sodass alle Vorgaben der Ausnahmebestimmung des § 18 Abs 1 Z 11 FAGG erfüllt seien und das Rücktrittsrecht bereits mit Beginn der Vertragserfüllung entfalle. Die Qualifikation als „digitale Inhalte“ sei unabhängig davon, ob die Bereitstellung einmalig oder fortlaufend erfolge. Würde bei Sky X das Widerrufsrecht nicht mit der Zustimmung des Verbrauchers zum Beginn der Ausführung vor Ablauf der Widerrufsfrist entfallen, könnten Kunden das Angebot bis zu 14 Tage nutzen - bspw. um ein bestimmtes Sportereignis oder eine Serie zu streamen

- und danach ohne Gegenleistung vom Vertrag zurücktreten. Eine Rückabwicklung sei nicht möglich, weil dem Kunden sofort alle Inhalte zur Verfügung stünden. Eine zeitabhängige Rückabwicklung nach § 16 FAGG - wie bei einem Zeitschriftenabo - würde nicht dem vom Kunden bereits genutzten Vorteil entsprechen.

Das Unterlassungsbegehren sei zu weit gefasst, weil die Klausel nicht in den AGB der Beklagten enthalten sei und das Unterlassungsbegehren keinen Bezug zum Streamingdienst „Sky X“ herstelle.

Mit dem **angefochtenen Urteil** wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Es traf die eingangs zusammengefassten Feststellungen (UA S 2, 3), auf die im Übrigen verwiesen wird.

Rechtlich betreffe die Ausnahmebestimmung des § 18 Abs 1 Z 11 FAGG nach ihrem eindeutigen Wortlaut auch Streamingdienste, die geradezu ein Paradebeispiel für die Bereitstellung von digitalen Inhalten seien. Unstrittig seien auch die Voraussetzungen der lit a bis c des § 18 Abs 1 Z 11 FAGG erfüllt. Es komme nicht darauf an, ob ein Ziel- oder Dauerschuldverhältnis vorliege; ebensowenig darauf, ob eine anteilige Rückabwicklung zumutbar sei. Die Beklagte könne sich erfolgreich auf den Ausnahmetatbestand des § 18 Abs 1 Z 11 FAGG berufen, sodass die Klage abzuweisen sei.

Dagegen richtet sich die **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagsstattgebenden Sinn abzuändern.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **berechtigt**.

1. § 18 FAGG regelt, wann einem Verbraucher trotz grundsätzlicher Anwendbarkeit des FAGG kein Rücktrittsrecht zukommt. Nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG besteht kein Rücktrittsrecht bei Verträgen über Dienstleistungen, wenn der Unternehmer (neben anderen Voraussetzungen) die Dienstleistung vollständig erbracht hat. Hingegen entfällt das Rücktrittsrecht nach § 18 Abs 1 Z 11 FAGG bei Verträgen über die Bereitstellung von digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden sollen, (neben anderen Voraussetzungen) bereits wenn der Unternehmer mit der Vertragserfüllung begonnen hat.

Der Begriff der Dienstleistungen wird im Gesetz nicht näher beschrieben. Allerdings wurde mit BGBl I 2022/109 der Begriff der „digitalen Dienstleistung“ in § 3 Z 6 FAGG eingefügt. Demnach bezeichnet der Ausdruck „digitale Dienstleistung“ (unter anderem) eine Dienstleistung, die dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu Daten in digitaler Form ermöglicht (§ 3 Z 6 lit a FAGG). Bei „digitalen Inhalten“ handelt es sich um Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (§ 3 Z 5 FAGG).

Die wesentlichen Bestimmungen des FAGG beruhen auf der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (kurz: VRR) in der aktuellen Fassung. Aus Art 2 Z 6 der VRR ergibt sich unzweifelhaft, dass Verträge über „digitale Dienstleistungen“ den Dienstleistungsverträgen zuzuordnen sind für welche der Entfall des Rücktrittsrechts in § 18 Abs 1 Z 1 FAGG geregelt ist (vgl auch Art 16 lit a VRR). Für die Zwecke des Widerrufsrechts gelten damit die digitalen Dienstleistungen nicht als digitale

Inhalte, sondern als Dienstleistungen. Die Abgrenzung von digitalen Inhalten (einmalige und fortlaufende Bereitstellung) und digitalen Dienstleistungen ist in Hinblick auf die dargestellten unterschiedlichen Ausnahmen vom Widerrufsrecht nach § 18 Abs 1 Z 1 oder Z 11 wesentlich (Kodek/Leupold, Modernisierung des Verbraucherrechts (Teil II), VbR 2021/29).

2. Unter „digitale Inhalte“ waren nach Art 2 Z 11 VRRL in der ursprünglichen Fassung „Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden;“ zu verstehen.

Erwägungsgrund 19 der VRRL nennt als Beispiele für digitale Inhalte Computerprogramme, Anwendungen (Apps), Spiele, Musik, Videos oder Texte, unabhängig davon, ob auf sie durch Herunterladen oder Herunterladen in Echtzeit (Streaming), von einem körperlichen Datenträger oder in sonstiger Weise zugegriffen wird.

Durch die Richtlinie 2019/2161/EU zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften (kurz: Modernisierungs-RL) wurde die Begriffsbestimmung der „digitalen Inhalte“ an jene aus der Richtlinie 2019/770/EU (kurz: Digitale Inhalte-RL) angeglichen. Neu eingefügt wurde der Begriff der „digitalen Dienstleistungen“, der ebenfalls aus der Digitale Inhalte-RL stammt.

Erwägungsgrund 19 der Digitale Inhalte-RL lautet auszugsweise: „Um den rasanten technologischen Entwicklungen Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass die Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ nicht schon bald überholt sind, sollte sich diese Richtlinie unter anderem auf Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale

Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen und auch digitale Dienstleistungen erstrecken, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglichen, einschließlich Software-as-a-Service, wie die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden. Da es zahlreiche Möglichkeiten für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen gibt, wie beispielsweise [...] sollte diese Richtlinie unabhängig von der Art des für die Datenübermittlung oder die Gewährung des Zugangs zu den digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen verwendeten Datenträgers gelten.“

In Erwägungsgrund 30 zur Modernisierungs-RL heißt es auszugsweise: „Digitale Inhalte [...] umfassen eine einmalige Bereitstellung, eine Reihe einzelner Bereitstellungen sowie eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum. Fortlaufende Bereitstellung sollte nicht unbedingt bedeuten, dass es sich dabei um eine langfristige Bereitstellung handelt. Beispielsweise sollte das Streaming eines Videoclips unabhängig von der tatsächlichen Abspieldauer der audiovisuellen Datei als eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum betrachtet werden. Es kann daher schwierig sein, zwischen unterschiedlichen Arten digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen zu unterscheiden, da beide eine fortlaufende Bereitstellung durch den Unternehmer während der Vertragslaufzeit umfassen können. Digitale Dienstleistungen sind beispielsweise Dienste zur gemeinsamen Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere

Formen des Filehostings, Textverarbeitung oder Spiele, die in der Cloud angeboten werden, Cloud-Speicher, Webmail, soziale Medien und Cloud-Anwendungen. Die fortlaufende Beteiligung des Diensteanbieters rechtfertigt die Anwendung der in der Richtlinie 2011/83/EU enthaltenen Bestimmungen über das Widerrufsrecht, die dem Verbraucher ermöglichen, die Dienstleistung zu prüfen und innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsabschluss zu entscheiden, ob er sie weiter in Anspruch nehmen will oder nicht. Viele Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, sind durch eine einmalige Bereitstellung gekennzeichnet, mit der dem Verbraucher bestimmte digitale Inhalte wie bestimmte Musik- oder Videodateien bereitgestellt werden. [...] Bestehen Zweifel daran, ob es sich um einen Dienstleistungsvertrag oder einen Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte handelt, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden, sollten die Bestimmungen über das Widerrufsrecht für Dienstleistungen gelten.“

In den Leitlinien der Kommission zur Auslegung und Anwendung der VRRL wird die Frage der Unterscheidung zwischen digitalen Dienstleistungen und digitalen Inhalten auch am Beispiel von Videospiele dargestellt. Demnach kann die Bereitstellung von Videospiele sowohl Verträge über digitale Inhalte als auch Verträge über digitale Dienstleistungen umfassen. Herunterladbare Spiele würden normalerweise als digitale Inhalte gelten, wenn ihre Nutzung nicht von einer ständigen Beteiligung des Spieleanbieters abhängt. Im Gegensatz dazu würden Online-Spiele, die in einer Cloud-Umgebung angeboten werden, als digitale Dienstleistungen eingestuft werden.

**3.** Im österreichischen Schrifttum wird zunächst weitgehend auf die dargestellten Erwägungsgründe der Richtlinien verwiesen. Als weiteres Beispiel für digitale Inhalte werden etwa sogenannte "CAD-Dateien", ein Dateiformat ua für digitale Vorlagen, die mithilfe eines 3D-Druckers "ausgedruckt" (dh schichtweise aufgespritzt) werden können, genannt. Hingegen betreffe die Begriffsbestimmung digitaler Dienstleistungen beispielsweise Cloud-Speicherdienste wie Google Drive oder Dropbox, wobei nicht entscheidend ist, wer die Daten bereitstellt. Beim Kauf eines E-Books, welches von einer Plattform heruntergeladen werden kann, die der Verkäufer betreibt oder in seinem Auftrag betreiben lässt, wird sowohl ein digitaler Inhalt (das E-Book) als auch eine digitale Dienstleistung (der Plattformzugang) den Gegenstand des Vertrags bilden (vgl. *Schmitt*, Das neue Gewährleistungsrecht ab 2022: Digitale Leistungen und mehr, jusIT 2021/67 (182f)). Als weitere Beispiele für digitale Dienstleistungen werden etwa fortlaufend bereitgestellte Verkehrsdaten in Navigationssystemen oder die fortlaufende Bereitstellung individuell angepasster Trainingspläne auf einer Smartwatch genannt (*Dehn* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 3 FAGG Rz 33a).

Nach *Faber* sollen auch Streaming-Plattformen unter den Begriff „digitale Dienstleistungen“ fallen (*Faber* in *KBB*<sup>7</sup> § 2 VGG Rz 3). Auch *Stabentheiner* und *Kern* nennen unter anderem Streamingdienste als ein Beispiel für digitale Dienstleistungen (*Stabentheiner*, Grundzüge des neuen Verbrauchergewährleistungsrechts, ÖJZ 2022/16; *Kern*, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht 40).

**4.** In Deutschland wurden die Begriffsbestimmungen

für „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ in § 327 BGB geregelt.

Auch in der deutschen Literatur werden Streamingdienste bzw Streaming-Abonnement-Dienste – soweit ersichtlich – überwiegend den digitalen Dienstleistungen zugeordnet (vgl *Boosfeld*, Das anwendbare Recht auf Verträge über digitale Produkte nach den §§ 327 ff. BGB n.F., GPR 2022, 70 (71); *Rieländer*, Leistungsstörungen im Digitalvertragsrecht (Teil I), GPR 2021, 257; *Buchmann/Panfili*, Das neue Schuldrecht 2022 (Teil II), KuR 2022, 159 (161); *Wendehorst* in *MünchenerKommentar*<sup>9</sup> § 312 BGB Rn 24).

Das wird unter anderem damit begründet, dass es für digitale Inhalte typisch sei, dass diese in den Machtbereich des Verbrauchers gelangen, d. h. von diesem insbesondere auf einem Endgerät seiner Wahl heruntergeladen und in seiner eigenen Umgebung gespeichert werden können. Digitale Dienstleistungen würden hingegen typischerweise in einer fremden Umgebung genutzt, indem dem Verbraucher über Login-Daten Zugang zu den gewünschten Diensten gewährt wird (*Buchmann/Panfili*, Das neue Schuldrecht 2022 (Teil II), KuR 2022, 159 (161)). Der Begriff der digitalen Dienstleistungen solle jedoch auf tätigkeitsbezogene Leistungen beschränkt bleiben, während Leistungen, die auf eine dauerhafte oder zeitweilige Übertragung oder Zugänglichmachung von Inhalten gerichtet sind, als digitale Inhalte einzuordnen sind (*Metzger* in *MünchenerKommentar*<sup>9</sup> § 327 BGB Rn 8). Die Abgrenzung beider Begriffe ist anhand des im Vordergrund stehenden Inhalts der vertraglichen Leistungspflicht vorzunehmen: Soll der Verbraucher den Inhalt selbst zur dauerhaften Verfügung erhalten (insbesondere auf sein Gerät herunterladen),

liegt ein Vertrag über einen digitalen Inhalt vor, bei welchem die Bereitstellung der Daten lediglich eine untergeordnete dienende Funktion hat, die dem Verbraucher den Download ermöglicht. Sollen die digitalen Inhalte dagegen nicht zur freien Verwendung auf dem Gerät des Verbrauchers gespeichert werden, sondern für jede Verwendung immer wieder erneut von Servern des Unternehmers abgerufen werden müssen (wie etwa bei Streaming-Verträgen), so liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der (dauerhaften) Bereitstellung der Inhalte durch den Unternehmer, also auf der Aufrechterhaltung der Infrastruktur für einen ständigen Zugang des Verbrauchers zu den Inhalten; mithin liegt eine digitale Dienstleistung vor. Für eine solche Abgrenzung sprechen auch die Beispiele in Erwägungsgrund 19 der Digitale Inhalte-RL (*Riehm*, Verträge über digitale Dienstleistungen, in *Schmidt-Kessel/Möllnitz*, Grundfragen des Digitalvertragsrechts 5 [= RDi 2022, 209]).

5. Der Senat schließt sich dieser Rechtsansicht an. Beim Streaming geht es nicht allein um den Datentransfer, sondern auch um den Zugang und die Bereitstellung bestimmter digitaler Inhalte. Dem Nutzer kommt es dabei gerade auf die Verfügbarkeit und Nutzbarkeit an. Entscheidend ist nicht der reine Transfer von Daten, sondern die Funktionsfähigkeit des Angebots. Es geht nicht nur um die Zurverfügungstellung von entsprechenden Inhalten (Musik, Videos etc), sondern dass diese Inhalte beim Nutzer funktionsfähig ankommen und abgespielt werden können. Zudem bestehen regelmäßig Möglichkeiten zur Verwaltung des Nutzerprofils zB Playlists anzulegen oder Favoriten abzuspeichern (*Hartmann/Erlner-Fridgen* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Handbuch Verbraucherrecht (2023), Kapitel 25, Rn

126, 128, 131). Eine Hauptleistungspflicht des Portalbetreibers besteht darin, die Wiedergabe der technischen Inhalte zu ermöglichen. Überwiegend verpflichten sich die Portalbetreiber auch zur Erweiterung und Aktualisierung der Inhalte (Roos in Hoeren/Sieber/Holzner, Multimedia-Recht, Teil 12 Rn 159f).

Auch nach den AGB der Beklagten (./1) besteht ihre Leistung darin, die vom jeweiligen Paket umfassten Inhalte und Kanäle im Rahmen eines unbefristeten Abonnements dauerhaft zur Verfügung zu stellen. Vertragsgegenstand ist gerade nicht die Bereitstellung bestimmter Inhalte, sondern der dauerhafte Betrieb der technischen Infrastruktur, die dem Verbraucher eine jederzeitige Zugriffs- und Wiedergabemöglichkeit auf die im Paket enthaltenen (wechselnden) „Fernsekanäle“ und Videos während der gesamten Vertragslaufzeit ermöglicht.

Dem Ausschluss des Rücktrittsrechts nach den Tatbeständen der Z 1, 5, 6, 8 und 11 des § 18 Abs 1 FAGG ist gemeinsam, dass das Rücktrittsrecht des Verbrauchers deswegen ausgeschlossen ist, weil er bereits Leistungen des Unternehmers empfangen hat, deren Rückführung Schwierigkeiten bereiten würde. Im Fall der Z 11 („unkörperliche“ digitale Inhalte) ist zwar eine Rückführung möglich, der Verbraucher könnte aber zuvor die gelieferten Daten kopiert haben; diese Missbrauchsgefahr rechtfertigt die Unauflöslichkeit des Vertrags (vgl. Schwarzenegger in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> § 18 FAGG Rz 3).

Gerade diese Missbrauchsgefahr, dass der Verbraucher die Daten lokal speichern und für sich selbst dauernd verfügbar machen könnte, besteht beim Angebot der Beklagten nicht. Nach Erwägungsgrund 30 der Modernisierungs-RL rechtfertigt gerade die - auch im Fall der Beklagten

gegebene - fortlaufende Beteiligung des Diensteanbieters die Anwendung des Widerrufsrechts, das dem Verbraucher ermöglicht, die Dienstleistung zu prüfen und innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsabschluss zu entscheiden, ob er sie weiter in Anspruch nehmen will oder nicht. Die von der Beklagten aufgezeigte Missbrauchsmöglichkeit, Verbraucher könnten sich zu sehr niedrigen Preisen (vgl § 16 FAGG) Zugang zu besonders attraktiven Inhalten verschaffen und dann vom Vertrag zurücktreten, wiegt nicht so schwer, dass das grundsätzlich zugunsten der Verbraucher vorgesehene Rücktrittsrecht deswegen entfallen müsste.

Für die hier vertretene Ansicht spricht auch, dass Art 16 lit m der VRRL (entspricht § 18 Abs 1 Z 11 FAGG) als Ausnahmebestimmung, die den Verbraucherschutz beschränkt, eng auszulegen ist (EuGH C-641/19 Rn 43). Zuletzt sollen nach Erwägungsgrund 30 der Modernisierungs-RL im Zweifel die Bestimmungen über das Widerrufsrecht für Dienstleistungen gelten.

Aus der Einordnung als Vertrag über digitale Dienstleistungen folgt, dass nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG ein Verlust des Rücktrittsrechts nur eintreten kann, wenn die Leistung vollständig erbracht wurde. Damit stellt die inkriminierte Klausel die Rechtslage unrichtig dar und ist geeignet dem Verbraucher einen unrichtigen Eindruck von seiner Rechtsposition zu verschaffen. Sie verstößt damit jedenfalls gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG (vgl RS0131601 [T2]).

**6.** Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt und die seinen

Inhalt determinieren (8 Ob 24/17p [Klauseln 1 und 2]). Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (RS0123499 [T7]). Demnach unterliegen der Kontrolle auch Hinweise, Mitteilungen und Schreiben oder Entgeltangaben in einem Preisblatt (vgl. *Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>7</sup> § 28 KSchG, Rz 3).

Bei der inkriminierten Klausel handelt es sich nach diesen Grundsätzen um eine Bedingung in AGB bzw Formblättern. Dass die Klausel formal nicht in die AGB eingegliedert ist, sondern beim Vertragsabschluss gesondert angeklickt werden muss, schadet nicht. Durch den Inhalt der Klausel ist ein ausreichender Bezug zu den Sky X-Abos der Beklagten hergestellt.

Das Vorliegen von Wiederholungsgefahr hat die Beklagte zutreffend (vgl. RS0119007) nicht bestritten. Damit ist das Unterlassungsbegehren berechtigt. § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG normiert ein Verbot des Sich-Berufens, sodass sich der Unternehmer gegenüber dem einzelnen Verbraucher nicht auf gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen in bestehenden Verträgen („Altverträgen“) berufen darf (*Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>7</sup> § 28 KSchG, Rz 6). Der Anspruch auf Urteilsveröffentlichung gründet sich auf § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG.

**7.** Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz beruht auf § 41 Abs 1 ZPO und der nicht beanstandeten (§ 54 Abs 1a ZPO) Kostennote der klagenden Partei.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der unbedenklichen Bewertung des Klägers.

Soweit überblickbar liegt zur Frage, ob Streaming-Abonnement-Verträge als Verträge über (digitale) Dienstleistungen oder als Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten zu beurteilen sind, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor. Die von der Klägerin zitierte Entscheidung 2 Ob 155/16g (zu einem Zeitschriften-Abo) sowie die Entscheidung 9 Ob 38/19g (Qualifikation von Verträgen über digitale Inhalte als Verträge über eine Dienstleistung im Sinn des § 9 Abs 2 FAGG [lit b der Entscheidungsgründe]) sind nicht einschlägig. Da die Bedeutung der Rechtsfrage über den konkreten Einzelfall hinausgeht, war die ordentliche Revision zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 4, am 23. Februar 2024

**Mag. Thomas Rendl**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG