



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

5 R 168/22w

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Guggenbichler und die Richterin Mag. Elhenicky 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 **Unser Ö-Bonus Club GmbH**, FN 246168m, IZ NÖ-Süd, Straße 3, Objekt 16, 2355 Wr.Neudorf, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 23.143) gegen das Teilurteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 22.8.2022, GZ 27 Cg 9/20s-21, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben.

1. Hinsichtlich der Klauseln 6, 8, 13 und 14 wird der Berufung des Klägers Folge gegeben und das angefochtene Teilurteil in klagsstattgebendem Sinn abgeändert.

Hinsichtlich der Klauseln 7, 9 bis 12 wird der Berufung des Klägers nicht Folge gegeben und das klagsabweisende Teilurteil bestätigt.

Das angefochtene Teilurteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt lautet:

„1a. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen 6 Monaten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln 6, 8, 13 und 14 oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

*6. Die jö Karte bleibt Eigentum des Betreibers und ist auf dessen Verlangen unverzüglich an den Betreiber herauszugeben.[...] Die Inanspruchnahme von Leistungen des Betreibers und von jö Partner ist an die Nutzung der physischen [...] jö Karte [...] gebunden.*

*8. Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen oder Retouren: Bei dreimaliger Einlösung von Ös innerhalb eines Jahres, die aus einem Kauf eines Produkts oder einer Dienstleistung stammen, welcher vom Mitglied jeweils nach Einlösung der entsprechenden Anzahl von Ös, die das Mitglied aus diesem Kauf gesammelt hat, rückabgewickelt wurde, ist der Betreiber unbeschadet der Geltendmachung von Ansprüchen nach Punkt 4.5. berechtigt, die Teilnahme gemäß Punkt 6.2.1. außerordentlich zu beenden.*

*13. Allfällige Einwendungen gegen die Richtigkeit des*

*Punkttestandes sind dem Betreiber binnen einer Frist von drei Monaten schriftlich an der Adresse in Punkt 2.2. oder per E-Mail an service@joe-club.at mitzuteilen. Die Frist beginnt zu laufen, sobald der Betreiber das Mitglied schriftlich per Post an die vom Mitglied zuletzt mitgeteilte Anschrift bzw soweit dazu die Zustimmung vorliegt, per E-Mail an die vom Mitglied zuletzt mitgeteilte E-Mail-Adresse über den Punkttestand und die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen informiert hat.*

*14. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte der Vertrag eine nicht vorhergesehene Lücke aufweisen, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.*

*1b. Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung innerhalb von sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal österreichweit im redaktionellen Teil einer Samstags-Ausgabe der „Neue Kronen Zeitung“ auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.*

*2. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln 7*

sowie 9 bis 12 oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, sowie das diesen Klauseln zugeordnete Veröffentlichungsmehrbegehren, wird abgewiesen.

7.[...] Bei Diebstahl, Verlust, sonstigem Abhandenkommen oder dem Mitglied bekanntem Missbrauch hat das Mitglied unverzüglich das jö Service des jö Bonus Clubs unter der Telefonnummer 01 386-5000 zu benachrichtigen [...]

Für die Folgen von Diebstahl, Verlust, Abhandenkommen der jö Karte oder Missbrauch der jö Karte und für Schäden des Mitglieds infolge unterbliebener oder nicht unverzüglich nach Kenntniserlangung des Mitglieds erfolgter Benachrichtigungen über den Verlust, Diebstahl, Abhandenkommen und/oder Missbrauch haftet der Betreiber unter Anwendung der in Punkt 8.1. festgelegten Einschränkungen nicht, sofern der Betreiber umgehend nach einer entsprechenden Benachrichtigung des Mitglieds geeignete Schritte (zB Sperrung) ergreift.

9. Grundsätzlich gewähren nur die jö Partner Ös und es liegt ausschließlich in deren jeweiligen Ermessen, ob, wofür und in welchem Umfang dem Mitglied Ös gewährt werden oder das Mitglied Ös einlösen kann. Der Betreiber ist nur für die Verwaltung des persönlichen Mitglieder-Bereichs und die Verrechnung der dem Mitglied vom jö Partner gewährten oder eingelösten Ös verantwortlich. Nur in Ausnahmefällen gewährt auch der Betreiber Ös, etwa im Rahmen von besonderen Vorteilsangeboten des Betreibers. Das Mitglied hat weder gegenüber einem jö Partner noch gegenüber dem Betreiber einen Anspruch auf die Gewährung von Ös auf vom Mitglied ausgewählte Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers, sofern dem Mitglied dies nicht ausdrücklich zugesagt wird. Es steht im Ermessen des jö Partners, für den Kauf welcher Produkte oder Dienstleistungen er Ös gewährt bzw einlösen lässt.

10. Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählen weiters auch die Ausgabe von Rabatten, Gutscheinen und Aktionen auf einzelne Artikel sowie die Werbung für Produkte, Waren und Dienstleistungen, unter anderem zur Absatzförderung bei jö Partnern per E-Mail, Post und am Kassabon, und die Bereitstellung des jö Service. Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählt auch das Angebot von Gewinnspielen für Mitglieder. Das Mitglied hat keinen Rechtsanspruch auf das Angebot und die Inanspruchnahme dieser zusätzlichen Leistungen des Betreibers.

11.[...] Das Mitglied hat keinen Anspruch auf die Gewährung von Rabatten oder darauf, Ös für sämtliche Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers einzulösen, sofern dies dem Mitglied nicht ausdrücklich zugesagt wird.

12.[...] Weder dem Mitglied noch dem jö Partner stehen ans dem zwischen Mitglied und jö Partner geschlossenen Vertrag Rechte - welcher Art auch immer - gegen den Betreiber zu. [...]

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten beider Instanzen obliegt dem Erstgericht nach rechtskräftiger Enderledigung des Verfahrens.“

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000, nicht jedoch 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 Unternehmensgegenstand der Beklagten ist der Betrieb und die Durchführung eines Multipartner-Kundenbindungsprogrammes. Die Beklagte bietet ihre Leistungen

im gesamten österreichischen Bundesgebiet an und tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Der Kläger beehrte, gestützt auf seine Aktivlegitimation nach den §§ 28, 29 KSchG, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die diese von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern (im vorliegenden Fall als „Datenschutzerklärung“ bezeichnet) insgesamt 14 näher bezeichnete bzw sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen. Begehrt wird weiters die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung.

Hinsichtlich der Klauseln 1 bis 5 macht der Kläger Verstöße gegen im einzelnen bezeichnete Bestimmungen der DSGVO geltend; diesbezüglich wurde das Verfahren bis zur Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Verfahren zu AZ C-701/20 unterbrochen.

Es werden Verstöße gegen § 6 Abs 3 KSchG geltend gemacht und auch Verstöße gegen §§ 864a bzw 879 ABGB behauptet. Wiederholungsgefahr bestehe, weil die Beklagte die beanstandeten Klauseln laufend in ihren Vertragsformblättern verwende. Der Kläger habe überdies vor Klagseinbringung die Beklagte aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Die Beklagte lege die inkriminierten Klauseln ihren geschlossenen Verträgen zugrunde. Zwar sei sie nach Erhalt des Abmahnschreibens dazu übergegangen, teilweise abgeänderte Klauseln zu verwenden, doch beseitige dies die Wiederholungsgefahr nicht. Die Beklagte berufe sich laufend gegenüber Verbrauchern in bereits geschlossenen Vertragsverhältnissen auf die rechtswidrigen und daher unwirksamen Vertragsklauseln. Es bestehe ein berechtigtes

Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei sowie über die wahre Sach- und Rechtslage, weshalb die Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, bundesweite Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei beantragt werde.

Die Beklagte beantragte die Klagsabweisung. Die Klauseln seien zulässig. Eine allfällige Leistungsfrist müsse wegen der - näher erläuterten - Komplexität der Umstellung 6 Monate betragen.

#### **Angefochtene Entscheidung**

Das Erstgericht wies die Klage mit Teilurteil hinsichtlich der Klauseln 6 bis 14 ab.

Der Wortlaut der Klauseln, das Parteinvorbringen und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden bei der Behandlung der einzelnen Klauseln dargestellt.

#### **Rechtsmittel**

Gegen die Klagsabweisung wendet sich die Berufung des Klägers aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Teilurteil in klagsstattgebendem Sinn abzuändern.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

#### **Rechtsmittelerledigung**

Die Berufung ist teilweise berechtigt:

**I.** Der Behandlung der Rechtsmittel sind die nachfolgenden **Grundsätze des Verbandsprozesses** voranzustellen:

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch

geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RS0016914). 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). Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinn dieser Bestimmung schon dann vor, wenn sie unangemessen ist. Eine weitgehende einseitige Abweichung vom dispositivem Recht, das für den „Durchschnittsfall“ eine ausgewogene, gerechte Rechtslage anstrebt, kann unter den besonderen Verhältnissen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Hinblick auf die hier typischerweise bestehende „verdünnte Vertragsfreiheit“ des Kunden nicht toleriert werden (6 Ob 81/09v mwN).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart

typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115217 [T8], RS0115219 [T9, T21, T43]). Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus dem Vertragsformblatt zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0115217 [T6, T8, T41]). Das setzt die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden können. Das können naturgemäß auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht. Der durch deren Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind demnach das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RS0115217 [T12], RS0115219 [T12]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0126158).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen

(RS0016590 [T14], RS0038205 [T4, T11]). Es ist von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die nachteiligste ist (RS0016590 [T5, T17]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen ist nicht Rücksicht zu nehmen; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0038205 [T1]; vgl RS0128735).

Für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig iSd § 28 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgeblich. Zwei unabhängige Regelungen können in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahr genommen werden können (RS0121187 [T1]). Dabei kommt auch der sprachlichen Unselbstständigkeit ein gewisses Gewicht zu (RS0121187 [T11]).

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]). Auf ihren Inhalt allein kommt es dabei 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).

## **II. Zu den Klauseln im Einzelnen**

### **Zur Klausel 6 (Punkt 3.2.4 der AGB)**

*6. Die jö Karte bleibt Eigentum des Betreibers und ist auf dessen Verlangen unverzüglich an den Betreiber herauszugeben. [...] Die Inanspruchnahme von Leistungen des Betreibers und von jö Partner ist an die Nutzung der physischen [...] jö Karte [...] gebunden. [...]*

#### Klagsvorbringen

#### Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB:

Die Klausel lege fest, dass die physische jö Karte im Eigentum des Betreibers bleibe und auf dessen Verlan-

gen unverzüglich an den Betreiber herauszugeben sei. Dies stelle eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers dar, da die Inanspruchnahme der Leistungen der jö Partner und des Betreibers an die Nutzung der physischen jö Karte gebunden sei. Der Verbraucher könne seine Vorteile aus seiner Mitgliedschaft ohne die Karte nicht nutzen. Da sich der Betreiber nach der Klausel das Recht vorbehalte, die Karte ohne jeglichen Grund und ohne Einhaltung einer Frist einzuziehen, werde der Kunde gröblich benachteiligt, da auf diese Weise seine Rechte aus seiner jö Mitgliedschaft auch ohne sachliche Rechtfertigung eingeschränkt werden könnten.

#### Beklagtenvorbringen

Die Vereinbarung, dass das Eigentum an der Karte beim Betreiber verbleibe, sei zulässig; sie werde in der Praxis - zB bei Kreditkartenunternehmen - regelmäßig ohne Beanstandung in der Rechtsprechung vereinbart. Soweit der Kläger argumentiere, dass die Nutzung an die physische jö Karte gebunden sei, widerspreche dies dem Wortlaut der Klausel, die vorsehe, dass eine Nutzung genauso mittels digitaler jö Karte oder mittels App möglich ist. Es sei keineswegs so, dass das Mitglied die Vorteile aus seiner Mitgliedschaft ohne physische Karte nicht nutzen könne. Es stehe ihm auch der Weg offen, die Leistungen mittels digitaler jö Karte oder App in Anspruch zu nehmen. Der Vorwurf, der Betreiber könne die Karte ohne jeglichen Grund und ohne Einhaltung einer Frist einzuziehen, sprengt selbst den Rahmen der kundenfeindlichsten Auslegung. Die Klausel spreche selbst davon, dass eine Herausgabe nur auf Verlangen des Betreibers zu erfolgen habe. Die Unterstellung des Klägers, dass solch ein Verlangen grundlos und ohne jegliche Fristsetzung erfolgen würde, stelle

eine völlig überschießende und unzulässige „Phantasie“-Auslegung des Klägers dar. Aus dem erkennbaren Zweck der Regelung ergebe sich, dass der Einzug nur in berechtigten Fällen erfolgen solle. Schließlich hätte der Betreiber auch gar nichts davon, die Karte ohne Grund einzuziehen, liege es doch im Interesse des Betreibers und der jö Partner, dass das Mitglied die Karte nutze.

Erstgericht:

Das Erstgericht verneinte das Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung von Verbrauchern. Der Kläger zitiere die Bestimmung unvollständig. Tatsächlich laute der unvollständig zitierte Satz: *„Die Inanspruchnahme von Leistungen des Betreibers und von jö Partnern ist an die Nutzung der physischen oder digitalen jö Karte oder der Apps, die der Betreiber und die jö Partner bereitstellen, gebunden.“* Wie festgestellt, hätten die Konsumenten mehrere Möglichkeiten, auch ohne physische jö-Karte am Bonus-Programm teilzunehmen, darunter auch die Möglichkeit, sich die digitale jö-Karte ausdrucken zu lassen. Die Annahme des Klägers, der Verbraucher könne seine Vorteile aus der Mitgliedschaft ohne Karte nicht nutzen, sei daher ebenso unzutreffend, wie die Annahme, jener Personenkreis, der keinen Zugang zu Smartphones habe, sei von der Teilnahme am jö-Bonus Club ausgeschlossen.

Berufungsvorbringen

Die eben wiedergegebene Feststellung sei für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klausel unbeachtlich. Der Umstand, dass nicht alle Nutzer des jö Bonus Clubs über die Möglichkeit der elektronischen Nutzung verfügen, sei notorisch. Viele besonders schutzwürdige Verbrauchergruppen, etwa ältere Personen oder Einkommensschwache, wären von der Teilnahme nach (willkürlichem) Entzug der

physischen Karte, welcher aufgrund der Klausel möglich sein solle, ausgeschlossen. Ein Vervielfältigen und Kopieren der Karte sei nach Satz 2 der Bestimmung 3.2.4. ausdrücklich unzulässig bzw stelle einen Missbrauch nach 3.3.2. dar. Außerdem bedeute das Ausdrucken für den Kunden einen zusätzlichen, vom jö-Betreiber verursachten Aufwand, der durch die jederzeitige Entzugsmöglichkeit der physischen Karten entstünde. Die Möglichkeit stehe überdies nur Personen mit einer digitalen jö-Karte offen, sodass Personen ohne Smartphones ausgeschlossen seien.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Klauseln sind nach den dargelegten Grundsätzen des Verbandsverfahrens im kundenfeindlichsten Sinne und nach ihrem Wortlaut zu interpretieren. Davon abweichende Umstände, wie etwa eine behauptete andere praktische Handhabung der Klausel durch die Beklagte, sind unbeachtlich. Der Text der Klausel 3.2.4 - auch in seiner Gesamtheit betrachtet - ist nicht dahin zu verstehen, dass ein Nutzer, der sich der physischen jö-Karte bedient und daher über keine digitale Karte verfügt, mit einem Ausdruck einer digitalen Karte am Programm teilnehmen könnte. Diese Möglichkeit ist in den AGB nicht aufgezeigt und es bleibt völlig unklar, wie dies bei Personen, die keine digitalen Zugang in Anspruch nehmen, stattfinden sollte. Die Klausel ermöglicht es daher der Beklagten, Kunden, die nicht digital teilnehmen, jederzeit nach eigenem Ermessen vom Programm auszuschließen. Sie ist daher gröblich benachteiligend und iSd § 879 Abs 3 ABGB unzulässig.

**Zur Klausel 7** (Punkt 3.3.1. der AGB)

*7.[...] Bei Diebstahl, Verlust, sonstigem Abhandenkommen oder dem Mitglied bekannten Missbrauch hat das Mitglied unverzüglich das jö Service des jö Bonus Clubs unter der Telefonnummer 01 386-5000 zu benachrichtigen [...]*

*Für die Folgen von Diebstahl, Verlust, Abhandenkommen der jö Karte oder Missbrauch der jö Karte und für Schäden des Mitglieds infolge unterbliebener oder nicht unverzüglich nach Kenntniserlangung des Mitglieds erfolgter Benachrichtigungen über den Verlust, Diebstahl, Abhandenkommen und/oder Missbrauch haftet der Betreiber unter Anwendung der in Punkt 8.1. festgelegten Einschränkungen nicht, sofern der Betreiber umgehend nach einer entsprechenden Benachrichtigung des Mitglieds geeignete Schritte (z. B. Sperrung) ergreift.*

Klagsvorbringen

Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB

Die Haftung werde pauschal bei nicht unverzüglicher Meldung ausgeschlossen. In kundenfeindlichster Auslegung wäre der Haftungsausschluss auch dann unabhängig von einem Verschulden des Karteninhabers begründet, wenn der Karteninhaber einen Diebstahl, Verlust oder Missbrauch der Karte zwar nicht unverzüglich, aber noch rechtzeitig melde, die Karte aber in weiterer Folge missbräuchlich verwendet werde. Das Risiko für Schäden aufgrund von Diebstahl, Verlust oder Missbrauch sei bei rechtzeitiger Meldung von der Beklagten zu tragen. Eine vertragliche Risikoüberwälzung sei gröblich benachteiligend.

Beklagtenvorbringen

Der OGH habe bereits eine ähnlich formulierte Klausel beurteilt und grundsätzlich für zulässig erachtet, soweit dem Mitglied nicht ein von ihm „nicht beherrschbares Risiko“ überantwortet wird. Da die Klausel auf eine verspätete oder überhaupt unterbliebene Meldung durch das

Mitglied - trotz Kenntniserlangung - abstelle, sei diese Voraussetzung erfüllt, weil das Risiko vom Mitglied durch rechtzeitige Meldung beherrschbar gewesen wäre. Die Klausel entspreche den einschlägigen oberstgerichtlichen Grundsätzen. Der vom Kläger geschilderte Fall sei denkunmöglich. Trete die Kenntniserlangung durch das Mitglied gar nicht oder erst nach dem Schadenseintritt ein, komme es auch zu keiner Haftungsfreizeichnung des Betreibers. Trete der Schaden erst nach der Kenntniserlangung durch das Mitglied ein, hätte dieser durch die unverzügliche Meldung verhindert werden können, weil der Betreiber zur „umgehenden“ Sperre verpflichtet sei. Es könne daher in dieser Variante keinen Zeitraum geben, der zwischen einer unverzüglichen und einer rechtzeitigen Meldung liege, weil die Sperre unmittelbar nach der Meldung erfolge. Eine unverzügliche Meldung würde daher immer zur Verhinderung des Schadens führen. Eine erst spätere Meldung ohne Schadenseintritt wäre rechtlich irrelevant, eine solche mit Schadenseintritt nicht mehr rechtzeitig. Beim beherrschbaren Risiko gehe es nicht um den Missbrauch der Karte, sondern um die Meldung bei Verlust der Karte ab Kenntniserlangung durch den Verbraucher. Dieses Risiko sei vom Verbraucher beherrschbar, weil er dafür nur einen Anruf beim Kundenservice tätigen müsse, was zumutbar sei.

#### Erstgericht

Der Kläger lege nicht dar, welchen Ablauf er vor Augen habe, bei welchem die Meldung des Kunden zwar „nicht umgehend, aber doch noch rechtzeitig“, und ein aus Missbrauch etc resultierender Schadenseintritt zu befürchten wäre, den diesfalls nicht die Beklagte tragen würde. Tatsächlich verpflichte die Klausel die Beklagte nämlich infolge einer Meldung von Verlust, Diebstahl oder

Missbrauch zur umgehenden Sperre der Karte, womit ab der Meldung die Haftungsübernahme seitens der Beklagten gegeben sei. In welchem Fall die Meldung zwar nicht umgehend nach Kenntnis durch den Kunden aber doch noch „rechtzeitig“ sein sollte, sei nicht erkennbar. Aus welchem Grund die Beklagte für nicht in ihrer Sphäre liegende Schäden aus Verlust, Diebstahl und Missbrauch der Karte auch dann haften sollte, wenn der Kunde die Beklagte trotz Kenntnis dieses Umstandes nicht umgehend darüber in Kenntnis setze, sei nicht ersichtlich. Die vom Kläger zitierte Konstellation, wonach der Kunde Meldung erstatte, die Karte aber „in weiterer Folge“ missbräuchlich verwendet werde, ziehe keine Konsequenzen für den Kunden nach sich, da diesfalls das Risiko bereits durch die Meldung auf die Beklagte übergegangen, nur diese ihrer Pflicht zur umgehenden Sperre der Karte nicht nachgekommen wäre. Der Kunde würde in diesem Fall nicht haften. Die Klausel überwälze daher kein unbeherrschbares Risiko auf den Kunden, sondern belasse das Risiko in der Sphäre desjenigen, der (alleine) in der Lage sei, die risikobehaftete Situation zu erkennen und dem die Möglichkeit eingeräumt sei, das erkannte Risiko durch umgehende Meldung zu überwälzen. Eine gröbliche Benachteiligung sei daher nicht zu erkennen.

#### Berufungsvorbringen

Die Klausel überspanne die den Karteninhaber treffenden Sorgfaltspflichten, worin auch eine gröbliche Benachteiligung liege. Das Risiko für Schäden aufgrund Diebstahl, Verlust oder Missbrauch der Karte sei bei rechtzeitiger Meldung von der Beklagten zu tragen, weshalb eine vertragliche Risikoüberwälzung mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend.

Soweit die Berufung weitere, im erstinstanzlichen Verfahren noch nicht dargelegte, Argumente für die Missbräuchlichkeit der Klausel ins Treffen führt, werden diese infolge des im Rechtsmittelverfahren geltenden Neuerungsverbot es nicht weiter dargestellt.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der Entscheidung 10 Ob 70/07b auf die ständige Rechtsprechung verwiesen, wonach keine Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, wenn die Kreditkartengesellschaft dem Kreditkarteninhaber das in seiner Sphäre auftretende Risiko des Missbrauchs gestohlener oder sonst abhanden gekommener Kreditkarten ohne Rücksicht auf sein Verschulden (also selbst die Haftung für die Folgen unverschuldeten Verlusts der Karte) auferlegt (RS0016460, RS0016475). Eine solche Risikoüberbürdung durch AGB wurde für den Fall des Abhandenkommens einer Kredit- bzw Bankomatkarte ausdrücklich zugelassen (1 Ob 598/79, 3 Ob 530/91, 2 Ob 133/99v, 3 Ob 248/06a, 6 Ob 233/15f) und lediglich für das Risiko „technischen Missbrauchs“ verworfen (RS0113753). Zum Argument der Beherrschbarkeit des Risikos ist festzuhalten, dass nach dem gewöhnlichen Sprachverständnis ein Risiko für den Kunden immer dann beherrschbar ist, wenn die Verhinderung der Risiko- verwirklichung in seinem Einflussbereich liegt, was voraussetzt, dass es sich zum einen um ein Risiko in seiner Sphäre handelt und dass das Risiko zum anderen eine zielgerichtete Verhinderung durch ihn zulässt (6 Ob 233/15f). Im vorliegenden Fall liegen die Umstände, die ein Abhandenkommen der Karte ermöglichen sowie die Meldung darüber an die Beklagte in der Sphäre des Karteninhabers, auch das Risiko des Abhandenkommens bzw der Benutzung durch Unberechtigte durch die Art der Verwahrung der Karte ist in der Sphäre des Kunden

beeinflussbar, ebenso können negative Folgen solcher Vorfälle durch eine unverzügliche Meldung vermindert werden, während sich dies einer Steuerung durch die Beklagte entzieht. Die Differenzierung des Klägers zwischen „unverzüglich“ und „rechtzeitig“ ist hingegen nicht nachvollziehbar, zumal unklar bleibt, was unter „rechtzeitig“ zu verstehen sein soll. Erfolgt die Kartensperre umgehend, tritt aber dennoch zwischen der nicht unverzüglichen Meldung und der zeitgerechten Kartensperre ein Schaden ein, so ist dies der Sphäre des Kunden zuzurechnen, da der Schaden bei früherer Meldung hätte verhindert werden können. Erfolgt die Kartensperre hingegen nicht umgehend, also verspätet, und tritt der Schaden im Zeitraum zwischen der nicht unverzüglich erstatteten Meldung und der nicht umgehend erfolgten Sperre ein, greift der Haftungsausschluss nach der Klausel ohnehin nicht.

Eine gröbliche Benachteiligung wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht. Dies ist jedoch nicht gegeben und die Klausel daher nicht sittenwidrig.

**Zur Klausel 8** (Punkt 3.3.2 Unterpunkt 4 der AGB)

*8. Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen oder Retouren: Bei dreimaliger Einlösung von Ös innerhalb eines Jahres, die aus einem Kauf eines Produkts oder einer Dienstleistung stammen, welcher vom Mitglied jeweils nach Einlösung der entsprechenden Anzahl von Ös, die das Mitglied aus diesem Kauf gesammelt hat, rückabgewickelt wurde, ist der Betreiber unbeschadet der Geltendmachung von Ansprüchen nach Punkt 4.5. berechtigt, die Teilnahme gemäß Punkt 6.2.1. außerordentlich zu beenden.*

### Klagsvorbringen

#### Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB

Die Beklagte wolle sich ein außerordentliches Kündigungsrecht für die missbräuchliche Verwendung von Stornierungen oder Retouren durch den Konsumenten ausbedingen. Als missbräuchlich sehe die Klausel allerdings jede Art von Rückabwicklung eines Vertrags durch den Konsumenten an, wenn die bei diesem Vertrag gesammelten Treuepunkte („Ös“) bereits eingelöst worden seien. Da die Klausel keinerlei Differenzierung vornehme, beschränke sie den Konsumenten in seinen ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechten. Nach dem Wortlaut würde der Konsument nämlich selbst dann bestraft, wenn er in gutem Glauben die Treuepunkte nach dem Kauf eingelöst habe, und danach erst Umstände eingetreten seien, die zur Rückabwicklung führten.

#### Beklagtenvorbringen

Bei der vom Kläger bemühten, sogar die kundenfeindlichste Auslegung übertreffenden, Interpretation ignoriere er den Einleitungssatz der Klausel, welcher ausdrücklich von einer „missbräuchlichen Verwendung von Stornierungen oder Retouren“ spreche. Eine gewährleistungs- oder irrtumsrechtliche Rückabwicklung könne auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Eine gutgläubige Einlösung könne keinesfalls von der Klausel umfasst sein.

#### Erstgericht

Schon der Einleitungssatz bzw die Überschrift zu diesem Unterpunkt laute „*Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen oder Retouren*“. Es sei daher offenkundig, dass das mit dieser Klausel eingeräumte außerordentliche Kündigungsrecht nur bestehe, wenn der Verbraucher

erworbene Ös *missbräuchlich* einlöse. Eine gesetzlich zustehende, gewährleistungs- oder irrtumsrechtliche Rückabwicklung, deren Notwendigkeit sich erst *nach* Einlösung der durch den ursprünglichen Kauf erworbenen Ös ergebe, könne schon *per se* und selbst bei kundenfeindlichster Auslegung, nicht als *missbräuchlich* bezeichnet werden. Es könne einem mündigen Konsumenten, der aktiv am JÖ-Programm teilnehme und bewusst Punkte erwerbe und einlöse, allerdings jedenfalls zugemutet werden, zu bedenken, dass er jene Punkte, die er für einen später rückabgewickelten Kauf erhalten habe, nicht einlösen dürfe, weil der Grund für den Bezug dieser Punkte weggefallen ist. Die Klausel sehe darüber hinaus vor, dass die außerordentliche Kündigung erst möglich ist, wenn eine solche Konstellation dreimal innerhalb eines Jahres eintritt, dem Kunden werde damit sogar zugestanden, ohne jede Konsequenz zweimal Punkte zu verwerten, die ihm tatsächlich nicht zustehen. Die über die Kündigung hinausgehende Konsequenz der Löschung sämtlicher durch den Missbrauchsvorgang gesammelter Ös dürfe überhaupt nur im Fall eines *verschuldeten* Missbrauchs gezogen werden. Bei gesamter Betrachtung der Klausel könne diese daher nicht als gröblich benachteiligend angesehen werden und sei somit zulässig.

#### Berufungsvorbringen

Diese Beurteilung sei vom Wortlaut der inkriminierten Klausel nicht gedeckt und unrichtig. Nach einer Wiedergabe des in erster Instanz dargelegten Rechtsstandpunkts führt der Kläger weiters aus, es gehe es in dieser Klausel darum, dass sich die Beklagte ein (weitreichendes) außerordentliches Kündigungsrecht in all jenen Fällen ausbedinge, in denen es innerhalb eines Jahres zu drei entsprechenden Einlösungen komme. Aus dem Klausel-

wortlaut gehe auch nicht hervor, unter welchen Voraussetzungen die Beklagte von einer missbräuchlichen Retournierung oder Stornierung ausgehe. Es stünde der Beklagten frei, jede Retoure als missbräuchlich zu deklarieren, so etwa auch Retouren in Zusammenhang mit der Geltendmachung eines gesetzlich zustehenden Rücktrittsrechts.

Maßgeblich für das einseitige Kündigungsrecht der Beklagten sei ausschließlich das Vorliegen einer dreimaligen Einlösung von Ös, welche aus einem rückabgewickelten Kauf stammen. Die Ausführungen des Erstgerichts, dass die Missbräuchlichkeit, die in der Überschrift vorkommt, als zusätzliche Voraussetzung mitzudenken sei, gehe am Wortlaut der Klausel (samt Überschrift) vorbei. Die Klausel verweise auf AGB-Punkt 4.5.: Dort stehe, dass es im Fall der Rückabwicklung des Vertrages, für welchen Ös gewährt wurden, dem jö Partner freistehe, die Ös zu stornieren und dem Kunden abzuziehen. Storniere der jö Partner im Falle der Rückabwicklung die Ös aber nicht, könne deren Einlösung dem Kunden nicht als Missbrauch vorgeworfen werden.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes kann nicht geteilt werden. In der wörtlichen und kundenfeindlichsten Auslegung kann die Formulierung dahin verstanden werden, dass unter dem Titel „Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen und Retouren“ durch den weiteren Wortlaut erst festgelegt wird, was von der Beklagten unter missbräuchlicher Verwendung verstanden wird, nämlich innerhalb eines Jahres die dreimalige Einlösung von einer entsprechenden Anzahl von Ös, sofern es zu einer der Einlösung nachfolgenden Rückabwicklung des dem Sammeln der Ös zugrundeliegenden Kauf- bzw Dienstleistungsvertrags

kommt. Dazu fehlt jeder Hinweis darauf, dass dies nicht die Ausübung von Rechten im Zusammenhang mit Leistungsstörungen oder Willensmängeln betreffen soll, sodass bei kundenfeindlichster Auslegung auch diese Rückabwicklungen darunter fallen können. Im übrigen ist durch die Klausel die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung selbst für den Fall vorgesehen, dass der jö-Partner die gewährten Punkte trotz des Rücktritts gar nicht storniert („unbeschadet der Geltendmachung von Ansprüchen nach Punkt 4.5.“). Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend und somit sittenwidrig.

**Zur KLAUSEL 9** (Punkt 4.1.2. der AGB)

*9. Grundsätzlich gewähren nur die jö Partner Ös und es liegt ausschließlich in deren jeweiligem Ermessen, ob, wofür und in welchem Umfang dem Mitglied Ös gewährt werden oder das Mitglied Ös einlösen kann. Der Betreiber ist nur für die Verwaltung des persönlichen Mitglieder-Bereichs und die Verrechnung der dem Mitglied vom jö Partner gewährten oder eingelösten Ös verantwortlich. Nur in Ausnahmefällen gewährt auch der Betreiber Ös, etwa im Rahmen von besonderen Vorteilsangeboten des Betreibers. Das Mitglied hat weder gegenüber einem jö Partner noch gegenüber dem Betreiber einen Anspruch auf die Gewährung von Ös auf vom Mitglied ausgewählte Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers, sofern dem Mitglied dies nicht ausdrücklich zugesagt wird. Es steht im Ermessen des jö Partners, für den Kauf welcher Produkte oder Dienstleistungen er Ös gewährt bzw einlösen lässt.*

Klagsvorbringen

Verstoß gegen § 879 Abs 1 und 3, § 864a ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG

Bei kundenfeindlichster Auslegung dieser Klausel

könnten die jö Partner und auch der Betreiber dem Verbraucher überhaupt keine Ös gewähren. Ohne die Möglichkeit Ös zu sammeln, würde der gesamte Nutzen aus dem Vertrag für den Verbraucher wegfallen, während die Betreiber und jö Partner weiterhin ihren Nutzen aus dem Vertrag bekommen würden (Kundenbindung, Daten über die Kunden), ohne eine Gegenleistung zu erbringen. Die Klausel verursache dadurch ein auffallendes und erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers. Eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers liege auch darin, dass die Entscheidung darüber, für den Kauf welcher Produkte oder Dienstleistungen er Ös gewählt habe bzw einlösen lasse, im alleinigen Ermessen des jö Partners liege. Nach dem Wortlaut der Klausel könnten die jö Partner auch auf den Kauf überhaupt keiner Produkte oder Dienstleistungen Ös gewähren oder einlösen lassen. Für einen derart weiten Spielraum bestehe keine sachliche Rechtfertigung.

Da mit der Klausel auch ein sachlich nicht gerechtfertigtes und auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers festgelegt werde, verstoße sie auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Die Klausel verstoße zudem auch gegen § 864a ABGB, da sie für den Verbraucher nachteilig und überraschend sei. Nach dem Wortlaut der Klausel könnten die jö Partner sogar alle Produkte von der Gewährung und Einlösung von Ös ausnehmen. Damit müsse der Verbraucher nicht rechnen.

#### Beklagtenvorbringen

Die Klausel stelle nur das Selbstverständliche fest, dass der Betreiber nicht für die Festlegung, welcher Partner wofür Ös gewährt, verantwortlich ist, weil dies zwischen Mitglied und Partner (in der Regel im Kaufver-

trag über das jeweilige Produkt) vereinbart werde. Der Betreiber sei hierfür nicht verantwortlich, sondern stelle nur sicher, dass das Mitglied grundsätzlich Zugang zum Bonusclub erhalte. Der Kläger übersehe, dass die Möglichkeit des Sammelns und EinlöSENS von Ös die charakteristische Hauptleistung aus dem Vertrag darstelle. Als solche sei sie von der Inhaltskontrolle des § 879 Abs. 3 ABGB nicht umfasst.

#### Erstgericht

Die Beklagte sei verpflichtet, die Struktur des Bonusclubs zur Verfügung zu stellen. Wie festgestellt, werden die konkreten Aktionen von den Partnern angeboten, die Beklagte habe darauf keinen Einfluss. Zur vom Kläger angeführten „kundenfeindlichsten Auslegung“ der Klausel, derzufolge auch überhaupt keine Aktionen angeboten werden könnten, sei zum einen darauf zu verweisen, dass es, wie festgestellt, unzulässig wäre, als Partner gar keine Aktionen anzubieten, zum anderen sei davon auszugehen, dass Verbraucher, die aktiv ihre Rechte als Bonus-Club Kunden nützen, es auch bemerken würden, sollten einzelne Partner die Möglichkeit Punkte zu erwerben oder diese einzulösen, gar nicht anbieten. In einem solchen Fall bestünde keinerlei Anlass für einen Kunden, dort bevorzugt einzukaufen, sich an die jeweiligen Partner besonders gebunden zu fühlen, bzw anlässlich eines Einkaufs die Jö-Karte überhaupt vorzuweisen. Der Kunde hätte damit eine adäquate Möglichkeit aus einem solchen Verhalten von Jö-Partnern seine Konsequenzen zu ziehen. Den Jö Partnern ginge damit jeder Nutzen am Bonus-Club (Kundenbindung, Kundendaten) verloren. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit eine solche Klausel gröblich benachteiligend oder sittenwidrig sein sollte.

### Berufungsvorbringen

Das wesentliche Argument des Erstgerichts, mit dem es die Zulässigkeit der Klausel 9 begründe, der Kunde hätte eine adäquate Möglichkeit bei Nichtgewährung von Ös „seine Konsequenzen zu ziehen“, nämlich nicht mehr einzukaufen, greife zu kurz. Auf diese Weise könnte letztlich jede unzulässige Klausel und jede unzulässige Geschäftspraktik eines Unternehmers mit der banalen Begründung saniert werden, der Konsument solle dann doch einfach zu einem anderen Unternehmer gehen und gar nicht mit einem Unternehmen kontrahieren, das unzulässige Klauseln oder unzulässige Geschäftspraktiken verwende. Im weiteren trägt der Kläger im wesentlichen den bereits dargestellten in erster Instanz vertretenen Rechtsstandpunkt vor.

### Beurteilung des Berufungsgerichts

Die beanstandete Klausel umschreibt die Hauptleistung, welche die Beklagte erbringt, und unterliegt daher nicht der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB. Die Hauptleistung der Beklagten besteht nämlich im wesentlichen darin, dass im Sinne eines Kundenbindungsprogramms eine Plattform angeboten wird, auf der Anbieter Bonuspunkte für die Inanspruchnahme ihrer Leistungen anbieten können und mittels der die Kunden diese Bonuspunkte gegenüber unterschiedlichen teilnehmenden Anbietern durch Inanspruchnahme von deren Leistungen wieder einlösen können, um wirtschaftliche Vorteile zu erlangen. Die Klausel stellt klar, dass die Vorteile von den jeweiligen Anbietern im Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen über Waren oder Dienstleistungen als den Vertragspartnern der Kunden gewährt werden und dass die Beklagte darauf keinen Einfluss hat. Es liegt daher auch kein einseitiges Leistungsänderungsrecht vor, zumal die Klausel weder eine

Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Treuepunkten oder deren Einlösung festlegt, noch dem Mitglied des Bonusclubs einen Anspruch darauf einräumt. Der Bonus Club bietet nur den Zugang zu Sonderaktionen, Rabatten, Gutscheinen usw an, wobei es solchen Aktionen entspricht, dass sie jeweils zeitlich begrenzt und eben nicht durchgehend im selben Umfang bzw mit demselben Inhalt angeboten werden. Dieses Verständnis entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung und dem Erwartungshorizont des durchschnittlich verständigen Verbrauchers. Die Klausel ist daher nicht überraschend oder objektiv ungewöhnlich iSd § 864a ABGB.

**Zur Klausel 10** (Punkt 4.1.4 der AGB)

*10. Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählen weiters auch die Ausgabe von Rabatten, Gutschriften und Aktionen auf einzelne Artikel sowie die Werbung für Produkte, Waren und Dienstleistungen, unter anderem zur Absatzförderung bei jö Partnern per E-Mail, Post und am Kassabon, und die Bereitstellung des jö Service. Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählt auch das Angebot von Gewinnspielen für Mitglieder. Das Mitglied hat keinen Rechtsanspruch auf das Angebot und die Inanspruchnahme dieser zusätzlichen Leistungen des Betreibers. [...]*

Klagsvorbringen:

Verstoß gegen § 879 Abs 1 und 3 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG

Bei kundenfeindlichster Auslegung dieser Klausel stünde es den jö Partnern und auch dem Betreiber frei, überhaupt keine Rabatte zu gewähren. Da die Möglichkeit Rabatte zu erhalten aber ein für den Verbraucher wesentliches Element des Vertrags darstelle, sei der Ausschluss

jeglichen Anspruchs des Verbrauchers eine gröbliche Benachteiligung. Während die Betreiber und jö Partner weiterhin ihren Nutzen aus dem Vertrag bekommen würden (Kundenbindung, Daten über die Kunden) ohne eine der zentralen Gegenleistung erbringen zu müssen, verursache die Klausel ein auffallendes und erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers. Da mit der Klausel auch ein sachlich nicht gerechtfertigtes und auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers festgelegt werde, verstoße sie auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Die Klausel verstoße zudem auch gegen § 864a ABGB. Nach dem Wortlaut der Klausel steht es den jö Partnern und auch dem Betreiber frei, sogar gar keine Rabatte zu gewähren. Damit müsse der Verbraucher nicht rechnen.

#### Beklagtenvorbringen

Es handle sich um eine Hauptleistungspflicht, die nicht der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegt.

Diese Zusatzleistungen stünden in keinem Zusammenhang mit einem angeblichen Nutzen des Betreibers bzw der jö Partner, weil hierfür keine Ös (die durch Abschluss eines entgeltlichen Vertrags mit den jö Partnern gesammelt wurden) eingelöst werden müssen. Für die Gewährung (oder Nichtgewährung) sei daher keine Handlung (Gegenleistung) des Mitglieds notwendig, weswegen es auch grundsätzlich weder zu einer Kundenbindung, noch zu einer Datensammlung des Mitglieds (als Voraussetzung für die Gewährung der Zusatzleistungen) kommen könne. Eine gröbliche Benachteiligung sei daher aufgrund des Fehlens jeglicher synallagmatischer Verhältnisse in Bezug auf die Zusatzleistungen zu verneinen.

Erstgericht

Punkt 4.1.4. sei in Zusammenschau mit den vorangehenden Unterpunkten 4.1.1. und 4.1.2. zu sehen. Aus diesem Zusammenhang, nämlich der festgestellten Klarstellung, dass Aktionen grundsätzlich von Jö-Partnern gewährt werden und nur in Ausnahmefällen von der Betreiberin und auch nach dem Wortlaut der Klausel „Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählen weiters auch [...]“ und „zusätzliche Leistungen des Betreibers“, auf welche kein Rechtsanspruch besteht, ergebe sich klar, dass diese Klausel gerade nicht jene (eben von Partnern gewährten) Rabatte, Gutscheine und sonstigen Leistungen regle, die den wesentlichen Beweggrund der Verbraucher darstellen, am Bonusprogramm teilzunehmen, sondern zusätzliche zu Werbe- und anderen Zwecken gewährte Rabatte, die nicht in einem Austauschverhältnis zu einer Gegenleistung des Kunden stehen. Mangels eines solchen Synallagmas könne keine gröbliche Benachteiligung vorliegen. Der Kunde rechne auch nicht mit diesen zusätzlichen Maßnahmen, sodass selbst das Ausbleiben jeglicher solcher Maßnahmen ihn nicht benachteilige. Die Klausel sei daher zulässig.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung wiederholt den bereits dargelegten Standpunkt des Klägers. Dass der Gegenstand dieser Regelung nur zusätzliche, zu Werbe- und anderen Zwecken gewährte Rabatte, die nicht in einem Austauschverhältnis zu einer Gegenleistung des Kunden stehen, sein sollen, gehe aus der Klausel auch in der vom Erstgericht angebotenen „Zusammenschau“ nicht ausreichend klar hervor. Es werde eingangs festgelegt, dass Rabatte, Gutscheine und Aktionen auf einzelne Artikel zum Leistungsumfang des jö Bonus Club zählen. Am Ende stehe, ohne jede Einschrän-

kung, dass das Mitglied keinen Rechtsanspruch auf deren Angebot habe.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Die Klausel enthält eine Darstellung des Leistungsumfangs, der von der Beklagten selbst unabhängig vom Vertragsabschluss mit Dritten angeboten wird. Von Gegenleistungen der Kunden durch Einlösen von Bonuspunkten ist nicht die Rede, sodass mangels eines Austauschverhältnisses auch kein Leistungsänderungsrecht normiert wird. Weiters ist die Ankündigung von Gratisleistungen weder gröblich benachteiligend noch nachteilig oder überraschend. Es entspricht überdies dem allgemeinen Erfahrungshorizont von Verbrauchern, dass von Unternehmern im geschäftlichen im Zusammenhang mit zu Werbezwecken ausgelobten unentgeltlichen Angeboten kein Rechtsanspruch gewährt wird. Die Klausel ist daher zulässig.

#### **Zur Klausel 11** (Punkt 4.3.2. der AGB)

*11.[...] Das Mitglied hat keinen Anspruch auf die Gewährung von Rabatten oder darauf, Ös für sämtliche Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers einzulösen, sofern dies dem Mitglied nicht ausdrücklich zugesagt wird.*

#### Klagsvorbringen

Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 3

#### KSchG

Bei kundenfeindlichster Auslegung stünde es den jö Partnern frei, überhaupt keine der aufgezählten zusätzlichen Leistungen zu gewähren. Da die aufgezählten Zusatzleistungen (insbesondere die Ausgabe von Rabatten, Gutschriften und Aktionen auf einzelne Produkte sowie das Angebot von Gewinnspielen) aber davor ausdrücklich als zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählend definiert

würden, sei der Ausschluss jeglichen Anspruchs des Verbrauchers in diesem Zusammenhang eine gröbliche Benachteiligung. Während die jö Partner weiterhin ihren Nutzen aus dem Vertrag bekommen würden (Kundenbindung, Daten über die Kunden), ohne einen Teil der vereinbarten Leistungen erbringen zu müssen, verursache die Klausel ein auffallendes und erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers. Damit der Klausel auch ein sachlich nicht gerechtfertigtes und auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers festgelegt werde, verstoße sie auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

#### Beklagtenvorbringen

Es handle sich um eine Hauptleistungspflicht, die nicht der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB unterliege. Im Übrigen sei die Argumentation des Klägers widersprüchlich, weil die vom Kläger angeführten angeblichen Nutzen des Betreibers (Kundenbindung, Daten über die Mitglieder) bei Nichtgewährung der angeführten Vorteile gerade nicht einträten. Wenn das Mitglied keine Rabatte, Gutscheine o. ä. erhalte, werde es auch nicht beim entsprechenden Partner einkaufen (keine Kundenbindung). Ebenso wenig erhalte der Partner dann Daten über die Mitglieder. Eine gröbliche Benachteiligung sei daher aufgrund des Fehlens jeglicher synallagmatischer Verhältnisse in Bezug auf die Zusatzleistungen zu verneinen.

#### Erstgericht

Klausel 11 stelle klar, dass die jeweiligen jö Partner (und nicht die Beklagte als Betreiberin) die von ihnen gewährten Vorteile und die Bedingungen, unter denen sie gewährt werden, festlegen. Soweit der Kläger ausführe, dass dadurch ein auffallendes Missverhältnis zwi-

schen den Rechten und Pflichten zulasten des Verbrauchers entstünde und ein sachlich nicht gerechtfertigtes, auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers begründet würde, sei ihm nicht zu folgen. Wie bereits zu Klausel 9 ausgeführt, sei davon auszugehen, dass Kunden, die aktiv ihre Rechte als Bonus-Club Kunden nützen, auch realisieren, wenn Partner keine Punkte verteilen bzw keine Möglichkeit zur Einlösung bieten. Verbraucher würden in einem solchen Fall keinerlei Anlass sehen, bei solchen Partnern einzukaufen, womit den betreffenden jö Partnern jeder Nutzen am Bonus Club verloren ginge. Durch das Unterlassen der Einkäufe hätte der Kunde eine adäquate Möglichkeit aus einem solchen Verhalten von jö Partnern seine Konsequenzen zu ziehen. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit eine solche Klausel gröblich benachteiligend zu Lasten der Kunden sein sollte.

#### Berufungsvorbringen

Bei kundenfeindlichster Auslegung dieser Klausel stünde es den jö Partnern frei, überhaupt keine der aufgezählten zusätzlichen Leistungen zu gewähren. Da die Rabatte aber davor ausdrücklich als zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählend definiert werden, sei der Ausschluss jeglichen Anspruchs des Verbrauchers in diesem Zusammenhang eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers. Während die jö Partner weiterhin ihren Nutzen aus dem Vertrag bekommen würden (Kundenbindung, Daten über die Kunden) ohne einen Teil der vereinbarten Leistungen erbringen zu müssen, verursache die Klausel ein auffallendes und erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers.

Tatsächlich sei es so, dass die Beklagte selbst bei Nichtgewährung der Leistungen auf Grundlage der Klausel,

zumindest kurzfristig, weiterhin Kundendaten sammeln würde, sie könne weiterhin Vorteile aus den bereits gesammelten Daten gewinnen. Nach der Klausel stünde es der Beklagte auch frei, sich jederzeit auf dieses umfassende Leistungsänderungsrecht zu berufen. Dies etwa dann, wenn sie bereits ausreichend Kundendaten für ihre Zwecke gesammelt habe und eine weitere Datengewinnung für nicht mehr erforderlich halte. Für den Konsumenten sei es daher nicht vorhersehbar, wann die Beklagte die aufgezählten Leistungen nicht mehr erbringen werde, sodass es ihm nicht möglich sein werde, auf diesen einseitigen Leistungsausschluss kurzfristig zu reagieren. Da mit der Klausel auch ein sachlich nicht gerechtfertigtes und auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers festgelegt werde, verstoße sie auch gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Zum Nichtvorliegen eines einseitigen Leistungsänderungsrechts wird auf die Ausführungen zu Klausel 9 verwiesen. Die Klausel stellt nur klar, dass die jeweiligen jö Partner (und nicht die Beklagte als Betreiberin) die von ihnen gewährten Vorteile und die Bedingungen, unter denen sie gewährt werden, festlegen. Im weiteren ergibt der Wortlaut, dass es keinen Anspruch gibt, für sämtliche Produkte und Leistungen Bonuspunkte einzulösen, wenn dies nicht zugesagt ist. Auch das ist klarstellender Natur und weder gröblich benachteiligend noch überraschend. Selbst bei kundenfeindlichster Auslegung ist die Klausel nicht so zu verstehen, dass die Einlösung für kein einziges Produkt mehr möglich sein solle. Die Klausel ist zulässig.

**Zur Klausel 12** (Punkt 4.4.1 der AGB)

*12.[...] Weder dem Mitglied noch dem jö Partner stehen aus dem zwischen Mitglied und jö Partner geschlossenen Vertrag Rechte - welcher Art auch immer - gegen den Betreiber zu. [...]*

Klagsvorbringen

Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, und § 6 Abs 3 KSchG

Bei kundenfeindlichster Auslegung habe der Verbraucher als Mitglied des Jö Bonus Club nicht einmal ein Recht auf Verwaltung der aus dem Vertrag mit dem jö Partner resultierenden Treuepunkte („Ös“), Wahrung der Rechte auf Datenschutz gegenüber dem Betreiber und zur ordnungsgemäßen Verrechnung der aus dem Einkauf resultierenden Ös. Dies sei eine unzulässige gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs3 ABGB, da der Betreiber seine aus dem Vertrag resultierenden Pflichten gegenüber dem Verbraucher bei kundenfeindlichster Auslegung ausschließe. Ebenso sei das Verhältnis dieser Klausel zu anderen AGB-Klauseln unklar, in denen festgelegt werde, dass der Betreiber für die Verwaltung der Ös und der Verrechnung der dem Mitglied vom jö Partner gewährten oder eingelösten Ös verantwortlich sei (etwa Klausel 9). Die Klausel sei daher auch intransparent.

Beklagtenvorbringen

Selbst bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel gehe klar hervor, dass der Betreiber nicht durch fremde (durch das Mitglied und den jö Partner ohne Einbeziehung des Betreibers geschlossene) Verträge verpflichtet werden kann. Die Klausel gebe nur zivilrechtliche Grundsätze wieder und habe keinen eigenständigen normativen Gehalt. Die Pflicht des Betreibers zur Verwaltung und Verrechnung der Ös fuße gerade nicht auf den zwischen dem Mitglied

und jö Partnern geschlossenen Verträgen, sondern auf den gegenständlichen AGB (vgl Pkt 4.1.2. der AGB). Auf diese dem Mitglied zustehenden Rechte habe die Klausel keinen Einfluss.

#### Erstgericht

Es werde lediglich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz festgeschrieben, wonach Verträge zulasten Dritter den Dritten nicht verpflichten. Die Klausel sei daher zulässig.

#### Berufungsvorbringen

Der Kläger wiederholt den bereits dargestellten Standpunkt.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Der Einwand der Beklagten und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes sind zutreffend (§ 500a ZPO). Die Klausel ist zulässig.

#### **Zur Klausel 13** (Punkt 4.5.3 der AGB)

*13. Allfällige Einwendungen gegen die Richtigkeit des Punktestandes sind dem Betreiber binnen einer Frist von drei Monaten schriftlich an der Adresse in Punkt 2.2. oder per E-Mail an service@joe-club.at mitzuteilen. Die Frist beginnt zu laufen, sobald der Betreiber das Mitglied schriftlich per Post an die vom Mitglied zuletzt mitgeteilte Anschrift bzw soweit dazu die Zustimmung vorliegt, per E-Mail an die vom Mitglied zuletzt mitgeteilte E-Mail-Adresse über den Punktestand und die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen informiert hat.*

#### Klagsvorbringen

#### Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB

Die Klausel suggeriere, dass der Verbraucher mit dem Versäumen der Frist von drei Monaten sein Recht auf Erhebung

von Einwendungen verliere. Damit werde die Rechtsposition des Verbrauchers irreführend wiedergegeben, liege doch im Unterlassen von Einwendungen nur ein deklaratorisches Anerkenntnis, eine durch Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung (RIS-Justiz RS0032666). Dies gehe aus dem Klauseltext aber nicht hervor. Die Klausel sei daher intransparent und unzulässig nach § 6 Abs 3 KSchG. Sie sei überdies für den Kunden gröblich benachteiligend, weil die dreimonatige Frist jedenfalls zu kurz sei. Es sei vom Kunden nicht zu verlangen, dass er die Prüfung der Richtigkeit des Punktestands bevorzugt behandeln müsse, nur um seine Möglichkeit zu wahren, Einwendungen zu erheben. Verfallsklauseln seien grundsätzlich dann sittenwidrig, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren (RIS-Justiz RS0016688).

#### Beklagtenvorbringen

Es werde weder festgelegt, dass nach der vorgegebenen Frist Einwendungen nicht mehr erhoben werden können, noch werde geregelt, dass unterlassene Einwendungen ein Anerkenntnis darstellen würden. Lasse die Formulierung einer Klausel nicht erwarten, dass vom positiven Recht abweichende Voraussetzungen für den Eintritt einer Rechtsfolge bedungen sein könnten, müsse dem Konsumenten keine Aufklärung über die zivilrechtliche Folge seines Handelns (bzw Unterlassens) gegeben werden. Es sei nicht die Aufgabe des Erstellers von AGB, einschlägigen Nachhilfeunterricht zu erteilen. Eine Aufklärung über die Rechtsfigur des deklaratorischen Anerkenntnisses, obwohl in der Klausel darauf gar nicht Bezug genommen werde, sei daher nicht notwendig. Die Klausel verstoße somit nicht gegen das Transparenzgebot.

### Erstgericht

Die Klausel formuliere überhaupt keine Rechtsfolge, sondern setze zwar eine Frist, knüpfe an deren (Nicht-)Einhaltung jedoch keinerlei Konsequenz. Die Klausel erwecke den Eindruck des Rechtsverlustes nicht. Eine konsequenzlose Fristsetzung erschwere auch nicht die Geltendmachung von Ansprüchen und könne nicht zu einer gröblichen Benachteiligung des Kunden führen. Die Klausel sei daher zulässig.

### Berufungsvorbringen

Die Rechtsposition des Verbrauchers werde irreführend und unvollständig wiedergegeben, im Unterlassen von Einwendungen liege nur ein deklaratorisches Anerkenntnis, eine durch Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung. Dies gehe aus dem Klauseltext aber nicht hervor.

### Beurteilung des Berufungsgerichts

Die Klausel ist intransparent. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot, und das Gebot der Vollständigkeit. Durch die Formulierung, dass die Einwendungen innerhalb einer gleichzeitig festgelegten Frist und unter Einhaltung der Schriftform mitzuteilen sind, wird hingegen der Eindruck eines Gebotes bei einer gleichzeitigen Beschränkung der Möglichkeit erweckt. Vom Durchschnittsteilnehmer des Kundenbindungsprogramms kann bei kundenfeindlichster Auslegung der Schluss gezogen werden, dass bei Nichteinhaltung von Frist und Form seine Einwendungen nicht mehr wirksam sind und von der Beklagten nicht berücksichtigt werden.

Die Klausel ist nicht zulässig. Auf die Angemessen-

heit der eingeräumten Frist ist daher nicht mehr einzugehen.

**Zur Klausel 14** (Punkt 10.2. der AGB)

*14. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte der Vertrag eine nicht vorhergesehene Lücke aufweisen, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.*

Klagsvorbringen

Die Klausel sei intransparent, da sie die Rechtslage falsch wiedergebe. Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des EuGH (insbesondere 14.03.2019, C-118/17, *Dunai*, und 26.03.2019, C-70/17 und C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*, jeweils mit weiteren Nachweisen) könne bei Vorliegen von missbräuchlichen Klauseln der Gesamtwegfall des Vertrages nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sein, wenn der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht mehr bestehen könne und der Gesamtwegfall im Interesse des Verbrauchers sei. Dies gelte etwa für Klauseln die nach § 879 Abs 3 ABGB oder § 6 Abs 1 und 2 KSchG unzulässig sind. Gleichsam sei auch nur in diesen Fällen, wenn also der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht mehr bestehen könne, eine Schließung der im Vertrag entstehenden Lücke durch dispositive gesetzliche Regelungen zulässig, wenn der sonst eintretende Gesamtwegfall des Vertrags für den Verbraucher von Nachteil wäre. Dies habe der OGH in seiner Entscheidung vom 25.5.2018 zu 9 Ob 85/17s auch für bloße Verstöße gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG bestätigt. Die Klausel sei daher, da sie die Rechtslage falsch wiedergebe, intransparent und

damit unwirksam nach § 6 Abs 3 KSchG.

#### Beklagtenvorbringen

Eine im Wesentlichen wortgleiche Klausel sei vom OGH in jüngerer Rechtsprechung für zulässig erachtet worden. Es sei nicht erkennbar, warum die vom Kläger zitierte EuGH-Rechtsprechung (zu Hypothekendarlehen bzw Fremdwährungskrediten) daran etwas ändern sollte, zumal die Rechtsprechung zugestehe, dass eine Klausel nicht alle denkbaren Eventualitäten abdecken müsse.

#### Erstgericht

Aus 4 Ob 228/17h ergebe sich, dass eine wortgleiche Klausel seitens des Klägers bereits im Verfahren 39 Cg 96/12d vor dem Handelsgericht Wien angefochten, das Klagebegehren in diesem Punkt jedoch rechtskräftig abgewiesen worden sei (5 R 26/14a des OLG Wien). Das OLG habe hierzu ausgeführt, es gehe in der gegenständlichen Klausel nur darum, dass im Fall der Nichtigkeit einer Klausel der AGB (und nicht des gesamten Vertrags) an ihre Stelle die jeweilige gesetzliche Regelung treten und die Gültigkeit des restlichen Vertrags im Übrigen davon unberührt bleiben solle. Diese Rechtsfolge entspreche der ständigen Rechtsprechung, wonach die Nichtigkeit einer Klausel noch nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge habe, sondern zur Vertragsanpassung führe, die sich am dispositiven Recht zu orientieren habe. Eine Klausel, die - wie die gegenständliche - zutreffend auf diese Rechtsfolge hinweise, erzeuge damit aber keine Intransparenz (7 Ob 84/12 x; OLG Wien 5 R 185/12f).

#### Berufungsvorbringen

Die Klausel sei intransparent, da sie die Rechtslage falsch wiedergebe. Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des EuGH (insbesondere 14.03.2019, C-118/17, *Dunai* und

26.03.2019, C-70/17 und C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*) könne bei Vorliegen von missbräuchlichen Klauseln der Gesamtwegfall des Vertrages nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sein, wenn der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel nicht mehr bestehen könne und der Gesamtwegfall im Interesse des Verbrauchers sei. Der EuGH zeige dabei in seiner Entscheidung vom 14.03.2019, C-118/17, *Dunai* zwei Möglichkeiten auf: Ist der Gesamtwegfall des Vertrages für den Verbraucher von Nachteil, so kann die Klausel durch eine dispositive gesetzliche Regelung ersetzt werden. Ist der Gesamtwegfall des Vertrages dagegen im Interesse des Verbrauchers, so ist die Rechtsprechung zum Ersatz der Klausel mit dispositivem Recht nicht anwendbar und der Gesamtwegfall des Vertrages daher zulässig und geboten. Dass ein Ersatz einer missbräuchlichen Klausel durch dispositives Recht gegen Art 6 Abs 1 und Art 7 Abs 1 der Klausel-Richtlinie 93/13/EWR verstoße, habe der EuGH erst jüngst am 8.9.2022 in der verbRs C-80/21 bis C-82/21 Rz 57 ff, vor allem Rz 69 und 84, wieder ausgesprochen.

#### Beurteilung des Berufungsgerichts

Die Klausel ist intransparent, zumal iSv Art 6 Abs 1 und Art 7 Abs 1 der RL 93/13 nicht in jedem Fall die Ersetzung unwirksamer Klauseln durch dispositives Recht ohne weiteres zulässig ist (vgl EuGH verbRs C-80/21 bis C-82/21) Rn 67ff). Die generelle Bezugnahme auf die Vertragsanpassung durch dispositives Recht entspricht nicht mehr der Rechtslage. Die Rechtsposition darf für den Verbraucher aber nicht unklar dargestellt werden und es darf ihm nicht das Risiko aufgebürdet werden, seine Rechte selbst zu erkennen (vgl RS0122045 [T3]). Da für den durchschnittlichen Verbraucher ein allfälliger Wider-

spruch der AGB zu gesetzlichen Bestimmungen nicht durchschaubar und ohne Gerichtsverfahren nicht überprüfbar ist und er auch nicht zu beurteilen vermag, welche dispositiven Normen in einem solchen Fall an die Stelle der gesetzwidrigen Klausel treten, kann er sich aufgrund der Klausel kein klares Bild von seiner Rechtsposition verschaffen. Siebürdet ihm das Risiko auf, seine Rechte selbst zu ermitteln und ist daher intransparent (4 Ob 63/21z).

### **III. Zur Wiederholungsgefahr**

Die Beklagte verwendete sämtliche inkriminierten Klauseln in ihren Formularen zumindest in der Vergangenheit und steht auch noch im Rechtsmittelverfahren auf dem Standpunkt, diese Verwendung wäre zulässig gewesen. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (RS0124304).

### **IV. Zur Leistungsfrist**

Der Kläger hat zunächst selbst keine Leistungsfrist genannt und es damit dem Gericht überlassen, eine angemessene Frist zu bestimmen, im weiteren dann aber vorgebracht, die 14-tägige Frist des § 409 Abs 1 ZPO sei jedenfalls ausreichend, die notwendigen Maßnahmen zu setzen. Das Unterlassungsgebot der Verbandsklage richte sich lediglich darauf, ab dem Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit in neu vom Unternehmen geschlossenen Verträgen die rechtswidrigen Klauseln oder sinngleicher Klauseln nicht mehr zu verwenden und sich auf die unzulässigen Klauseln nicht mehr zu berufen. Es bewirke keine Verpflichtung, in

Verträgen, denen unzulässige Klauseln zugrunde liegen, durch Vereinbarung mit den betroffenen Vertragspartnern neue AGB in den Vertrag einzuführen. Daher seien Zeiten für die Einhaltung gesetzlicher Mechanismen zur Änderung bestehender Verträge auch nicht in die Leistungsfrist für das "Verwenden" und daher auch nicht für das „Sich-Berufen“ einzurechnen. Auch hinsichtlich des Sich-Berufens auf unzulässige Klauseln sei der Beklagten daher keine gesonderte Leistungsfrist zu setzen. Obwohl es für die Umsetzung des Unterlassungsgebotes des Verwendens und des Sich-Berufens gewisser organisatorischer Maßnahmen bedürfe, handle es sich dennoch um eine reine Unterlassung, für welche keine gesonderte Leistungsfrist zu setzen sei.

Die Beklagte führte ua aus, mit den AGB werde den Mitgliedern die Teilnahme an einem Bonusclub (Dauer-schuldverhältnis) ermöglicht, an welchem derzeit über 3,7 Mio Mitglieder teilnahmen und derzeit bei 14 jö Partnern Bonuspunkte sammeln bzw einlösen können. Bei Änderungen der AGB nähmen die Neutextierung, der Druck sowie die Auslieferung an jö Partner als auch Zusendung an die Mitglieder - unter der Annahme wirtschaftlicher Normalzustände - somit mindestens 22 bis 24 Wochen in Anspruch. Gleichzeitig bestünden zwischen den jö Partnern und der Beklagten Vertragsbeziehungen, die die interne Abwicklung des Bonusclubs im Detail regelten. Eine Änderung der AGB mache auch die Änderung dieser Vertragswerke notwendig, um auch eine zukünftige - den (geänderten) AGB entsprechende - Abwicklung des Bonusclubs zu ermöglichen. Diese Änderungen würden aus den dargestellten Gründen ebenfalls eine Vorlaufzeit von mindestens 22 bis 24 Wochen in Anspruch nehmen.

Immer dann, wenn die Beklagte zu einer Unterlassung verpflichtet ist, die notwendigerweise auch ein positives Tun im Sinne der Änderung eines Zustands (hier: die Anpassung von AGB-Klauseln) erfordert, hat das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen, wobei nicht zwischen den Tatbeständen des Verwendens der Klausel oder sinngleicher Klauseln in Neuverträgen und des Sich-Berufens auf den unzulässigen Inhalt der Klausel in Altverträgen zu unterscheiden ist (ua 2 Ob 131/12x; RS0041260 [T3], RS0041265 [T4]; vgl 7 Ob 44/13s; 9 Ob 56/13w; 9 Ob 7/15t; 9 Ob 26/15m; 2 Ob 20/15b ua). Nach § 28 Abs 1 letzter Satz KSchG schließt das Verbot, im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblättern die Verwendung von Bedingungen vorzusehen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde (8 Ob 132/15t; 10 Ob 70/07b ua). Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 2 Ob 20/15b das Argument, dass das Verbot des „sich Berufens“ durch reine Unterlassung befolgt werden könne und vom Verpflichteten keine aktiven konzeptiven oder logistischen Vorkehrungen erfordere, für nicht ausreichend erachtet. Die Argumentation des Klägers nimmt an, dass die Unterlassung, sich auf eine mit einem Bestandskunden vereinbarte, nachträglich für unzulässig erklärte Klausel zu berufen, kein aktives Handeln der Beklagten erfordere. Dies trifft aber im Allgemeinen nicht zu. Ein Unternehmer beruft sich schon dann auf eine Klausel, wenn sie nur Inhalt oder Kalkulationsgrundlage einer Mitteilung an den Verbraucher ist (4 Ob 265/02b), selbst wenn es sich dabei um eine bloße Wissenserklärung

handelt. Die Unterlassungsverpflichtung des „sich Berufens“ umfasst auch das Verbot, bei aktuellen Berechnungen oder Mitteilungen indirekt auf einer Rechtsposition aufzubauen, die als gesetzwidrig erkannt worden ist (vgl 4 Ob 288/02k). Die Beklagte hat daher zur vollständigen Erfüllung des Unterlassungsgebots des „sich Berufens“ gegenüber ihren Bestandskunden alle im Verkehr mit ihnen gebrauchten standardisierten Informations- und Korrespondenzwege (insbesondere Drucksorten und Internetseiten) und ihre Vertragsverwaltungsprogramme darauf zu überprüfen, ob sich ihr Inhalt auf eine der für unzulässig erklärten Klauseln bezieht oder darauf aufbaut, und erforderlichenfalls Anpassungen vorzunehmen. In jedem Fall ist die Beklagte aufgrund des Verbots zu aktivem Handeln verpflichtet.

Das Erstgericht hat trotz zu diesem Thema erfolgter Beweisaufnahme keine Feststellungen zum Vorbringen der Beklagten über den für eine Änderung von Geschäftsbedingungen erforderlichen Aufwand getroffen.

Notorisch ist allerdings, dass das Kundenbindungsprogramm der Beklagten österreichweit mit einer Vielzahl von Partnerunternehmen aus verschiedenen Branchen betrieben wird. Die im Vorbringen der Beklagten angegebene hohe Mitgliederzahl wurde nicht substantiiert bestritten. Insoferne erscheint in Anbetracht der zitierten Rechtsprechung und der nötigen Umstellungen eine Leistungsfrist von 6 Monaten angemessen.

#### **V. Zum Veröffentlichungsbegehren**

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein

(RS0121963). Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (RS0121963 [T5]). 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 (RS0121963 [T9]). Der Oberste Gerichtshof hat in vielen Entscheidungen eine österreichweite Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet (vgl die zahlreichen Nachweise in 6 Ob 242/15d).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 2 ZPO.

Der Bewertungsausspruch orientiert sich an der unbedenklichen Streitwertangabe des Klägers.

Da das Berufungsgericht auch Klauseln zu beurteilen hatte, zu denen noch keine (explizite) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt, diese aber regelmäßig einen großen Personenkreis betreffen, war die ordentliche Revision zuzulassen (§ 502 Abs 1 ZPO).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 5, am 27. März 2023

**Dr. Maria Schrott-Mader**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG