



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Schwarzenbacher als Vorsitzenden sowie den Vizepräsidenten Hon.-Prof. PD Dr. Rassi, den Hofrat MMag. Matzka und die Hofrätinnen Mag. Istjan, LL.M., und Mag. Waldstätten als weitere Richter 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 Wiener Neudorf, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR), über die ordentlichen Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. März 2023, GZ 5 R 168/22w-26, mit dem das Teilurteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 22. August 2022, GZ 27 Cg 9/20s-21, teils abgeändert und teils bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Revisionen wird **teilweise Folge** gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Teilurteil einschließlich der bestätigten und unangefochtenen Teile insgesamt wie folgt lautet:

„**1a.** Die beklagte Partei ist schuldig, binnen sechs Monaten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln 6.b (erster Satz, zweiter Halbsatz, sowie zweiter Satz), 7, 8, 9, 10.b (erster Satz, erster

und dritter Halbsatz, sowie zweiter und dritter Satz), 11, 13 und 14 oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

*6.b. [Die jö Karte ...] 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.*

*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.*

*8. Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen oder Retouren:*

*Bei dreimaliger Einlösung von Ös {Bonuspunkten} innerhalb eines Jahres, die aus einem Kauf eines Produkts oder einer Dienstleistung stammen, welcher vom Mitglied jeweils nach Einlösung der entsprechenden Anzahl von Ös {Bonuspunkten}, 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.*

*9. Grundsätzlich gewähren nur die jö Partner Ös {Bonuspunkte} und es liegt ausschließlich in deren jeweiligen Ermessen, ob, wofür und in welchem Umfang dem Mitglied Ös {Bonuspunkte} gewährt werden oder das Mitglied Ös {Bonuspunkte} 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 {Bonuspunkten} verantwortlich. Nur in Ausnahmefällen gewährt auch der Betreiber Ös {Bonuspunkte}, 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 {Bonuspunkten} 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 {Bonuspunkte} gewährt bzw einlösen lässt.*

*10.b. [Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählen weiters auch] die Ausgabe von Rabatten, Gutschriften und Aktionen auf einzelne Artikel [...], 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 {Bonuspunkte} für sämtliche Produkte und Leistungen eines jö Partners oder*

*des Betreibers einzulösen, sofern dies dem Mitglied nicht ausdrücklich zugesagt wird.*

*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](mailto: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.*

*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.** Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung innerhalb von sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteiles 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 den von ihr

geschlossenen Verträgen zu Grunde lege und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln 6.a (erster Satz, erster Halbsatz), 10.a (erster Satz, zweiter Halbsatz) und 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 werden **abgewiesen**:

*6.a. [Die jö Karte ...] bleibt Eigentum des Betreibers [...].*

*10.a. [Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählen weiters auch ...] die Werbung für Produkte, Waren und Dienstleistungen, unter anderem zur Absatzförderung bei jö Partnern per E-Mail, Post und am Kassabon [...].*

*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.*

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

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

- [1] Der Kläger ist ein gemäß § 29 Abs 1 KSchG zur Unterlassungsklage berechtigter Verband. Unternehmensgegenstand der Beklagten als Unternehmerin sind Betrieb und Durchführung eines unternehmens- und branchenübergreifenden Kundenbindungsprogramms; dabei tritt sie regelmäßig in ganz Österreich mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt, dem sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde legt, darunter

die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen des jö Bonus Clubs“ (in der Folge: AGB).

[2] Dem „jö Bonus Club“ der Beklagten aufgrund eines „Antrages“ an die Beklagte („Betreiber“) beigetretene Verbraucher („Mitglieder“) können bei verschiedenen „jö Partner“-Unternehmen (Einzelhandelsunternehmensketten im Bereich Lebensmittel, Kosmetik, Augenoptik, Schreibbedarf und Baumaterial sowie einem Versandhaus, einem Reisebüro, einem Essenslieferanten, einem Einrichtungshaus, einer Tankstellenkette und einem Versicherungsunternehmen, welche aufgrund von mit der Beklagten abgeschlossenen Verträgen über deren „jö Bonus Club“ ihre Leistungen bewerben und anbieten) durch Verwendung ihrer „jö Karte“ Bonuspunkte – sogenannte Ös – sammeln oder einlösen und dabei von unterschiedlichen Vorteilen (Rabatten) profitieren. Die Teilnahme am „jö Bonus Club“ ist für einen Verbraucher kostenlos (Pkt 3.1 AGB).

[3] Der **Kläger** begehrte von der Beklagten, die Verwendung von insgesamt 14 Klauseln ihrer AGB oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie es zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen; weiters begehrte der Kläger Urteilsveröffentlichung.

[4] Die **Beklagte** bestritt einerseits (in Ansehung der Klauseln 1 bis 5) die Klageberechtigung des Klägers zur Durchsetzung von auf Verletzung der DSGVO gestützten Ansprüchen und andererseits die Unzulässigkeit der Verwendung aller 14 Klauseln.

[5] Das **Erstgericht** unterbrach vorerst sein Verfahren hinsichtlich der Klauseln 1 bis 5 und wies das Begehren in Ansehung der aus dem Spruch ersichtlichen restlichen Klauseln 6 bis 14 mit Teilurteil ab.

[6] Das **Berufungsgericht** gab der dagegen vom

Kläger erhobenen Berufung teilweise dahin Folge, dass es den Unterlassungsbegehren in Ansehung der Klauseln 6, 8, 13 und 14 samt dem Veröffentlichungsbegehren (im beantragten Umfang) stattgab, im Übrigen jedoch zu den Klauseln 7 sowie 9 bis 12 das klagsabweisende Ersturteil bestätigte.

[7] Das Berufungsgericht sprach aus, dass sein Entscheidungsgegenstand 5.000 EUR, jedoch nicht 30.000 EUR übersteige und ließ die ordentliche Revision mangels Rechtsprechung zu den einen großen Personenkreis betreffenden Klauseln zu.

[8] Unangefochten blieben die Abweisung hinsichtlich der Klausel 12 und die Stattgebung in Ansehung der Klausel 14. Im Übrigen erhoben beide Parteien ordentliche **Revisionen**, sodass die – unten im Einzelnen, soweit zweckmäßig im Kontext wiedergegebenen – Klauseln 6 bis 11 sowie 13 den Gegenstand des Revisionsverfahrens bilden: Der Kläger beantragt, dem Klagebegehren auch hinsichtlich der Klauseln 7 sowie 9 bis 11 stattzugeben; die Beklagte beantragt, das Klagebegehren auch in Ansehung der Klauseln 6, 8 und 13 abzuweisen.

[9] Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben; die Beklagte beantragt, der Revision des Klägers nicht Folge zu geben.

[10] Beide Revisionen sind zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und jeweils teilweise auch berechtigt.

[11] **1.** Für alle revisionsgegenständlichen Klauseln sind in einem Verbandsprozess wie hier folgende Grundsätze maßgeblich:

[12] **1.1.** Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB grundsätzlich vor (vgl. RS0037089) und bezieht sich auf nachteilige

überraschende und ungewöhnliche Klauseln. Objektiv ungewöhnlich 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 Überraschungseffekt innewohnen (RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim jeweiligen Geschäftstyp unüblich ist oder ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (RS0105643 [T3]; RS0014627 [T3]). Dabei kommt es nicht allein auf den Inhalt der Klausel an. Diesem kommt vielmehr im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes Bedeutung zu, weil sich das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den AGB ergibt (RS0014659 [T2]). Die Bestimmung darf im Text nicht derart versteckt sein, dass sie der Vertragspartner nicht dort vermutet, wo er sie findet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte (RS0105643 [T2]; RS0014646 [T14]). 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).

[13]

**1.2.1.** 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 Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene „bewegliche System“ berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (vgl RS0016914). Ein Abweichen

vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine „gröbliche“ Benachteiligung des Vertragspartners sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914 [T3, T4, T6]). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall gilt (RS0014676 [T7, T13, T43]).

[14] Eine benachteiligende Bestimmung in einzelnen Punkten kann im Fall einer Gesamtbetrachtung auch gerechtfertigt erscheinen. Insbesondere können Nachteile durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden. In diesem Sinne kann ein Ausgleich durch zweckkongruente günstige Nebenbestimmungen, allenfalls auch durch sonstige günstige Nebenbestimmungen erfolgen (RS0016914 [T28]).

[15] Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, sodass vor allem auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen (RS0016908, RS0128209); weiters sind mit der Ausnahme nur individuelle, zahlenmäßige Umschreibungen

der beiderseitigen Leistungen gemeint, nicht aber etwa Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die die vertragstypische Leistung in allgemeiner Form näher umschreiben, woraus sich ergibt, dass nicht schon jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung der Kontrolle entzogen ist (RS0016931), sodass insbesondere Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, der Inhaltskontrolle zugänglich sind (RS0016908 [T5]); weiters fallen Verfallsklauseln nicht unter die Ausnahme von der Inhaltskontrolle im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB (RS0016908 [T3]; RS0016688).

[16] **1.3.** Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das damit festgelegte Transparenzgebot soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus den AGB oder dem Vertragsformblatt zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0037107 [T3]; RS0115217 [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 ihre Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2]). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur

das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die den Verbraucher – durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position – von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten können oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegen. Daraus kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219 [T1, T14, T21]; RS0115217 [T8]; RS0121951 [T4]).

[17] **1.4.** Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen; es ist von der für die Kunden der Beklagten nachteiligsten Auslegungsvariante auszugehen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich ist (RS0038205 [insb T1, T20]; 4 Ob 63/21z mwN), selbst wenn allenfalls auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar wäre (RS0016590; RS0038205 [T4]). Damit ist die Aufgliederung einer (einzelnen) eigenständigen Klausel gemeint, die teils Verbotenes, teils Erlaubtes enthält (RS0038205 [T7]); auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen ist nicht Rücksicht zu nehmen (RS0038205 [T1]). Auch bei der Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess ist entsprechend der diesbezüglichen Rechtsprechung zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden abzustellen (RS0126158).

[18] Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich; auf die tatsächliche Geschäftsabwicklung kommt

es nicht an, wenn nach dem Konzept der AGB auch eine andere Vertragsgestaltung möglich ist (vgl RS0121943 [insb T1]). Das einer Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]).

[19] **1.5.** Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig ist nicht die Gliederung des Klauselwerks; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt, was dann der Fall ist, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RS0121187).

[20] **2.** Zu den einzelnen im Revisionsverfahren relevanten Klauselbestimmungen (angefochtene Wortfolgen sind in ihren Kontext gestellt und *hervorgehoben*):

[21] **2.1. Klausel 6:**

„[3. Teilnahme

...

3.2. Teilnahmebeginn

...

3.2.3. Jeder Antrag wird vom Betreiber auf Vollständigkeit und Plausibilität überprüft. Nach positiver Überprüfung des Antrages wird die Teilnahme bestätigt, ein persönlicher Mitglieder-Bereich eingerichtet, der Zugang des neuen Mitglieds zu diesem eingerichtet und die jö Karte physisch per Post (soweit diese noch nicht übergeben wurde) oder digital per E-Mail an das Mitglied übermittelt. Ab Erhalt der jö Karte kann das Mitglied die jö Karte (physisch und digital) nutzen sowie alle Vorteile des jö Bonus Clubs in Anspruch nehmen, Ös {Bonuspunkte} sammeln und einlösen; die gesammelten Ös {Bonuspunkte} sind im persönlichen Mitglieder-Bereich ersichtlich.

...

3.2.4.] **Die jö Karte bleibt Eigentum des Betreibers und ist auf dessen Verlangen unverzüglich an den Betreiber herauszugeben.** [Das Kopieren oder sonstiges Vervielfältigen der Karte ist unzulässig.] **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.** [Die jeweils aktualisierte Liste der Apps ist auf der Website des Betreibers unter [www.jö-club.at/partner](http://www.jö-club.at/partner) bzw [www.jö-club.at/partnerapps](http://www.jö-club.at/partnerapps) ersichtlich. Bei Verwendung anderer Apps kann es zu eingeschränkter bis gänzlich ausbleibender Funktionalität kommen, sodass beispielsweise keine Ös {Bonuspunkte} gutgeschrieben werden.]“

[22] Das Erstgericht stellte hierzu ergänzend fest:

*Konsumenten haben mehrere Möglichkeiten, am Bonus-Club teil- und die Vorteile in Anspruch zu nehmen, nämlich mittels physischer jö Karte im Scheckkartenformat, mittels App oder auch mittels digitaler jö Karte, die auch ausgedruckt werden kann. Durch die Möglichkeit des Ausdrucks steht eine weitere, zumindest mittelbar analoge Möglichkeit neben der Karte im Scheckkartenformat zur Verfügung.*

[23] **2.1.1.** Das Berufungsgericht bejahte – entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts – den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil der Klauseltext auch in seiner Gesamtheit betrachtet nicht dahin zu verstehen sei, dass ein Nutzer, der sich der physischen jö Karte bediene und über keine digitale Karte verfüge, mit einem Ausdruck einer digitalen Karte am Programm teilnehmen könnte. Diese Möglichkeit sei in den AGB nicht aufgezeigt und es bleibe völlig unklar, wie dies bei Personen stattfinden sollte, die keinen digitalen Zugang in Anspruch nähmen. Die Klausel ermögliche es der Beklagten, Kunden, die nicht digital teilnähmen, jederzeit nach eigenem Ermessen

vom Programm auszuschließen.

[24] Die **Revision der Beklagten** hält dem zusammengefasst entgegen, dass schon die Rechtsrüge in der Berufung nicht gesetzmäßig ausgeführt gewesen sei und sich das Berufungsgericht nicht mit ihr hätte beschäftigen dürfen. Das Berufungsgericht zeige auch keine Argumente gegen die Regelung auf, wonach die jö Karte im Eigentum der Beklagten bleibe; in Bezug auf Bankomat- oder Kreditkarten werde ein Eigentumsvorbehalt als unbedenklich angesehen. Die Verwendung der digitalen jö Karte und die Möglichkeit, diese nach Erhalt per E-Mail auszudrucken und auch so am jö Bonus Club teilzunehmen, sei in den AGB vorgesehen und festgestellt. Dass der Beklagten die jö Karte jederzeit, grundlos und ohne Fristsetzung herauszugeben wäre, könne der Klausel nicht unterstellt werden. Zu einem Ausschluss vom Programm könne es nicht kommen.

**2.1.2.** Der Senat hat erwogen:

[25] **2.1.2.1.** Der erste Satz der Klausel 6 enthält bei richtiger Betrachtung zwei voneinander unabhängige Regelungen mit je materiell eigenständigem Regelungsbereich (vgl oben Pkt 1.5.), nämlich einerseits die Regelung, dass die (wohl gemeint: physische) jö Karte im Eigentum der Beklagten verbleibe (6.a.), und andererseits die Regelung, dass der Teilnehmer am jö Bonus Club die jö Karte der Beklagten jederzeit herauszugeben habe (welche im Zusammenhalt mit dem zweiten angefochtenen Satz zu sehen ist – 6.b.). Beide Satzteile können – bei identischem Satzsubjekt – sowohl sprachlich als auch inhaltlich nebeneinander bestehen, zumal der Besitz an der Karte und die durch sie (obligatorisch) eingeräumte Nutzungsmöglichkeit sowie die Herausgabeverpflichtung (zweiter Satzteil) nicht zwingend von ihrer sachenrechtlichen

Zuordnung (erster Satzteil) abhängen. Die beiden Satzteile sind daher gesondert zu betrachten.

[26] **2.1.2.2.** Argumente, warum der Eigentumsvorbehalt an sich gröblich benachteiligend sein sollte, finden sich weder im erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers noch in seinen Rechtsmittelschriftsätzen, obwohl die Beklagte bereits in ihrer Klagebeantwortung auf die Üblichkeit und Unbedenklichkeit solcher Vereinbarungen hingewiesen hatte. Zutreffend weist die Revision darauf hin, dass sich auch das Berufungsgericht nicht mit dieser Regelung auseinandersetzt.

[27] Warum die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts an sich bedenklich und für die Rechtsposition des Verbrauchers nachteilig sein sollte, ist nicht erkennbar, zumal die Frage des Materialwertes der Karte hierbei keine Rolle spielt und wie erwähnt die Nutzungsmöglichkeit des jö Bonus Clubs nicht vom Eigentum an der Karte abhängt. Soweit also die einleitende Wortfolge „Die jö Karte bleibt Eigentum des Betreibers“ vom Kläger mitangefochten wurde, ist das Unterlassungsbegehren weder von nachvollziehbarem Vorbringen gedeckt noch ist hier eine Benachteiligung des Verbrauchers ersichtlich; der Revision der Beklagten ist daher dahin Recht zu geben, dass die erstinstanzliche Klagsabweisung insofern wiederherzustellen ist.

[28] **2.1.2.3.** Soweit sich die Revision der Beklagten gegen die Entscheidung über den Teil der Klausel wendet, wonach ihr die jö Karte auf Verlangen unverzüglich herauszugeben sei, und damit im Zusammenhang dass die Inanspruchnahme von Leistungen des jö Bonus Clubs an die Nutzung der physischen jö Karte gebunden sei, überzeugen ihre Ausführungen nicht. Worauf schon das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat und wie auch die Revisionsbeantwortung des Klägers aufzeigt, stehen die

Überlegungen der Beklagten im Widerspruch zum völlig klaren Wortlaut der Klausel, welche für das Verlangen auf Herausgabe keinerlei Bedingungen oder Einschränkungen vorsieht: Dass die Beklagte die Teilnahme am jö Bonus Club generell an „digitale“ Voraussetzungen wie Bekanntgabe einer E-Mailadresse, die Verwendung des digitalen Mitgliederbereichs oder von bereitgestellten Apps oder überhaupt der Kommunikation auf digitalem Wege geknüpft hätte, ist den AGB nicht zu entnehmen. Bei kundenfeindlichster Auslegung ließe daher die Klausel eine Vorgangsweise zu, dass einem am jö Bonus Club teilnehmenden Verbraucher, der nicht über Internetzugang und E-Mail verfügt oder seine E-Mailadresse nicht bekanntgibt – was nach den AGB eben auch nicht vorausgesetzt ist –, die Möglichkeit, die ihm zustehenden Leistungen in Anspruch zu nehmen, von der Beklagten durch die voraussetzungslose Abnahme der Karte genommen würde, ohne dass dieser Eingriff in die Rechtsposition des Verbrauchers in den AGB sachlich begründet wäre (vgl etwa 1 Ob 124/18v [Klausel 9 zur Einziehung einer Kreditkarte aufgrund geringfügiger Fehlbedienung]). Warum auch grundsätzlich „digitalen“ Nutzern die in den AGB als gleichwertig angebotene „analoge“ Nutzungsmöglichkeit entzogen werden könnte, ist im Übrigen ebenso wenig nachvollziehbar, könnten diese doch auch gute (von den AGB nicht verpönte) Gründe haben, die Verwendung einer physischen Karte vorzuziehen.

[29] Der Hinweis der Beklagten auf die digitale jö Karte ist im Übrigen insofern nicht nachvollziehbar, als die von ihr angesprochene – und vom Erstgericht zusätzlich so festgestellte („kann ausgedruckt werden“) – tatsächliche Möglichkeit der Teilnahme durch Ausdruck eines E-Mails mit der digitalen jö Karte nach dem – nicht angefochtenen – Teil

von Pkt 3.2.4 AGB in kundenfeindlichster Lesart verboten wäre, zumal hier zwischen physischer und digitaler jö Karte nicht differenziert wird. Intransparenz wurde vom Kläger zwar nicht ins Treffen geführt, jedoch ist jedenfalls aus den diesbezüglichen Argumenten der Revision der Beklagten kein Argument zu gewinnen, warum Teilnehmern die „analoge“ Nutzungsmöglichkeit grund- und voraussetzungslos gänzlich entzogen werden dürfte.

[30] **2.1.2.4.** Dass sich das Berufungsgericht mangels gesetzmäßiger Ausführung nicht mit der – erfolgreichen – Berufung des Klägers hätte auseinandersetzen dürfen, trifft nicht zu. Dass digitale Nutzung und Smartphone-Nutzung nicht deckungsgleich wären, mag sein, kann jedoch an der oben dargelegten Auslegungsmöglichkeit der Klausel in Ansehung von „analogen“ Teilnehmern nichts ändern, zumal sich die Feststellungen des Erstgerichts nur auf die technisch möglichen Verwendungsarten von digital erlangten jö Karten beziehen, auf die es hier jedoch nicht ankommt. Die inhaltliche Behandlung der Rechtsrüge und die Klagsstattgebung durch das Berufungsgericht sind insofern nicht zu beanstanden und daher zu bestätigen.

[31] **2.1.2.5.** Der Revision der Beklagten war daher in Ansehung der Klausel 6 nur teilweise dahin Folge zu geben, dass die erstinstanzliche Klagsabweisung betreffend die Wortfolge „Die jö Karte bleibt Eigentum des Betreibers“ wiederherzustellen und im Übrigen die Klagsstattgebung durch das Berufungsgericht zu bestätigen war.

[32] **2.2. Klausel 7:**  
 „[3. Teilnahme  
 ...  
 3.3. Verlust der jö Karte und Missbrauch

3.3.1. Das Mitglied hat zur Vermeidung von Missbrauch dafür Sorge zu tragen, dass kein Dritter seine jö Karte erlangt.] **Bei Diebstahl, Verlust, sonstigem Abhandenkommen oder dem Mitglied bekannte[m] Missbrauch hat das Mitglied unverzüglich das jö Service des jö Bonus Clubs unter der Telefonnummer 01 386-5000 zu benachrichtigen** [(wobei jeweils die Tarife des Netzbetreibers des Mitglieds zur Anwendung kommen). Der Betreiber wird die jö Karte umgehend sperren, sodass deren Verwendung nicht mehr möglich ist und kostenlos eine Ersatzkarte ausstellen. Für die Folgen, insbesondere Schäden des Mitglieds, aufgrund von Weitergaben der Karte durch das Mitglied an andere Personen haftet der Betreiber nicht.] **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.“**

[33] 2.2.1. Das Berufungsgericht verneinte – ebenso wie das Erstgericht – den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Eine gröbliche Benachteiligung wäre dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen stehe. Dies sei jedoch hier nicht gegeben. Keine Sittenwidrigkeit sei etwa anzunehmen, wenn eine 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) auferlege.

Eine solche Risikoüberbürdung durch AGB sei lediglich für das Risiko „technischen Missbrauchs“ verworfen worden. Zum Argument der Beherrschbarkeit des Risikos sei festzuhalten, dass nach dem gewöhnlichen Sprachverständnis ein Risiko für den Kunden immer dann beherrschbar sei, wenn die Verhinderung der Risikoverwirklichung in seinem Einflussbereich liege, was voraussetze, dass es sich um ein Risiko in seiner Sphäre handle und dass es eine zielgerichtete Verhinderung durch ihn zulasse. Hier lägen die Umstände, die ein Abhandenkommen der Karte ermöglichen würden, die Meldung darüber an die Beklagte sowie das Risiko des Abhandenkommens bzw der Benutzung durch Unberechtigte durch die Art der Verwahrung der Karte in der Sphäre des Karteninhabers und seien dort beeinflussbar; ebenso könnten negative Folgen solcher Vorfälle durch eine unverzügliche Meldung vermindert werden, während sich dies einer Steuerung durch die Beklagte entziehe. Eine vom Kläger vorgenommene Differenzierung zwischen „unverzüglich“ und „rechtzeitig“ sei nicht nachvollziehbar, zumal unklar bleibe, was unter „rechtzeitig“ zu verstehen sein solle. Erfolge die Kartensperre umgehend, trete aber dennoch zwischen der nicht unverzüglichen Meldung und der zeitgerechten Kartensperre ein Schaden ein, so sei dies der Sphäre des Kunden zuzurechnen, da der Schaden bei früherer Meldung hätte verhindert werden können. Erfolge die Kartensperre hingegen nicht umgehend, also verspätet, und trete der Schaden im Zeitraum zwischen der nicht unverzüglich erstatteten Meldung und der nicht umgehend erfolgten Sperre ein, greife der Haftungsausschluss nach der Klausel ohnehin nicht.

[34]

Die **Revision des Klägers** hält dieser Rechtsansicht zusammengefasst entgegen, dass die Haftung

pauschal bei nicht unverzüglicher Meldung ausgeschlossen werde und damit selbst den Fall erfasse, dass der Diebstahl, Verlust oder Missbrauch der Karte „zwar nicht unverzüglich, aber noch rechtzeitig“ gemeldet werde (also bevor etwas „passiere“), welches Risiko aber von der Beklagten zu tragen wäre. Die gröbliche Benachteiligung ergebe sich auch aus dem Zusammenspiel mit der [Anm: vom Kläger nicht angefochtenen] Klausel in Pkt 8.1. AGB, wonach eine Haftung der Beklagten für eine leicht fahrlässige Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (wie im Falle der hier thematisierten Sperre) pauschal ausgeschlossen sei, was nicht sachlich gerechtfertigt wäre. Die Karte enthalte keinen exakt definierten Anfangszeitpunkt ihrer Gültigkeit, sodass auch ein Fall umfasst wäre, in dem der Kunde die Karte gar nie erhalten habe und sie etwa am Transportweg abhandengekommen sei; damit werde das Risiko in die Sphäre des Kunden überwältzt, obwohl er von vornherein nicht in der Lage sein könne, die risikobehaftete Situation zu erkennen und auch nicht darauf einzuwirken. Es werde eine verschuldensunabhängige und unmöglich zu erfüllende Benachrichtigungsverpflichtung statuiert. Dies gelte für die erstmalige Versendung einer Karte ebenso wie die spätere Zusendung einer Ersatzkarte, und auch nicht nur für die Versendung der physischen Karte, sondern auch für die Übermittlung der digitalen Karte per E-Mail, weil das technische Risiko ebenfalls auf die Kunden überwältzt werde. Eine Anzeigemöglichkeit nur unter einer Telefonnummer sei gröblich benachteiligend, weil der Kunde so (anders als etwa bei einer E-Mail-Benachrichtigung) keine Möglichkeit der Bestätigung der Benachrichtigung habe und es auch sein könne, dass niemand bzw niemand sofort unter der Nummer erreichbar sei, womit der Zeitpunkt des Benachrichtigungs-

eingangs ohne Zutun des Kunden nach hinten verschoben und eine Zeitspanne geschaffen werde, in der ein Missbrauch passieren könne, der letztlich dem Kunden angelastet werde. Generell stelle die Klausel nicht in allen Fällen auf eine Kenntniserlangung durch die Kunden ab: Hinsichtlich der Haftung der Kunden bezüglich der „Folgen von Diebstahl, Verlust, Abhandenkommen der jö Karte oder Missbrauch der jö Karte“ werde gerade nicht die Kenntniserlangung durch den Kunden vorausgesetzt, was wiederum eine gröbliche Benachteiligung bewirke. Der Betreiber zeichne sich von jeglicher Haftung frei, sofern er nach Benachrichtigung durch ein Mitglied die Sperre der Karte veranlasst habe. Dies sei nach den Wertungen der in § 68 Abs 3 ZaDiG getroffenen Regelungen des Ausschlusses verschuldensunabhängiger Haftung des Verbrauchers nicht vereinbar; die jö Karte könne als Zahlungskarte verwendet werden, indem etwa gesammelte Ös {Bonuspunkte} in Euro umgerechnet würden und damit bezahlt werde. Eine Abweichung vom dispositiven Recht liege auch – losgelöst vom ZaDiG – deshalb vor, weil eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung nur durch eine privatautonome Willenserklärung des Verpflichteten begründet werden könne, weshalb eine gefälschte Willenserklärung durch Dritte, der Person in dessen Namen sie abgegeben werde, vom Fall der Erklärungsfahrlässigkeit abgesehen, nicht zurechenbar sei.

### **2.2.2. Hierzu ist auszuführen:**

[35]

**2.2.2.1.** Vorauszuschicken ist, dass der Kläger in erster Instanz die gröbliche Benachteiligung durch die Klausel ausschließlich damit begründet hatte, dass sie auch den Fall erfasse, dass ein Diebstahl, Verlust oder Missbrauch der Karte vom Verbraucher zwar nicht unverzüglich, aber „noch rechtzeitig“ gemeldet werde.

[36] Erst in der Berufung verwies der Kläger darauf, dass ihm die Haftung für ein von ihm nicht beherrschbares Risiko auferlegt werde. Im Zusammenhalt mit Pkt 8.1. AGB, wonach die Haftung für die leicht fahrlässige Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten pauschal ausgeschlossen werde, fehle der Klausel jede sachliche Rechtfertigung für den Haftungsausschluss der Beklagten. Da die Karte keinen exakt definierten Anfangszeitpunkt habe, werde – wenn man dies mit der „Wertung“ in § 63 Abs 3 ZaDiG 2018 vergleiche, unzulässigerweise – auch das Risiko des Abhandenkommens auf dem Transportweg und bei der digitalen Karte das technische (Übersendungs-)Risiko auf den Verbraucher überwältzt; zudem beziehe sie sich nicht nur auf die erstmalige, sondern auch auf jede spätere Versendung etwa nach Neuausstellung. Die Klausel stelle nicht für alle Fälle auf die Kenntniserlangung durch den Verbraucher ab; auf den Kunden werde eine unerfüllbare Benachrichtigungsverpflichtung überwältzt. Außerdem sei die Anzeigemöglichkeit nur unter einer Telefonnummer gröblich benachteiligend.

[37] Nachdem sich das Berufungsgericht nur mit den in erster Instanz vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt und die anderen wegen Verstoßes gegen das Neuerungsverbot ausdrücklich unbeachtet und unerörtert gelassen hatte, wiederholte der Kläger in seiner Revision alle seine bisherigen Argumente und ergänzte diese dahin, dass mit „nicht unverzüglich, aber noch rechtzeitig“ gemeint sei, dass die Meldung erstattet werde, „bevor etwas 'passiert'“. Außerdem seien die „Wertungen“ des (nunmehr) § 68 Abs 3 ZaDiG 2018 heranzuziehen, zumal die jö Karte „bekanntlich“ als Zahlungskarte verwendet werden könne.

[38] **2.2.2.2.** Das Neuerungsverbot gemäß § 482 Abs 2

ZPO normiert ein Verbot des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweismittel zum Anspruch (RS0041965). Eine Änderung der rechtlichen Argumente einer Partei oder die Geltendmachung eines neuen Gesichtspunkts bei der rechtlichen Beurteilung ist auch im Rechtsmittelverfahren zulässig, sofern die hierzu erforderlichen Tatsachen bereits im Verfahren erster Instanz behauptet oder festgestellt wurden (RS0016473). Die Auslegung einer nach Form und Inhalt unbestrittenen Urkunde ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung (RS0043422 [T1]). Im Verbandsverfahren nach § 28 KSchG kann sich die Rechtsmittelentscheidung auf rechtliche Argumente zur Unzulässigkeit einzelner Klauseln stützen, die im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht vorgetragen oder zwar vorgetragen wurden, denen das Erstgericht aber nicht gefolgt ist (5 Ob 169/22x Rz 33 und Rz 74; 6 Ob 44/22x; RS0127694 [T4]).

[39] **2.2.2.3.** Soweit der Kläger nunmehr in der Revision Behauptungen dahin erstattet, dass die Beklagte Zahlungsdienste im Sinne des § 1 Abs 2 Z 3 lit b ZaDiG erbringe, liegen unbeachtliche Neuerungen im dargelegten Sinne vor. Die sonstigen in der Berufung vorgebrachten und in der Revision wiederholten Überlegungen sind jedoch solche, welche die Auslegung der Klausel und damit die rechtliche Beurteilung betreffen, sodass sie nicht mit einem Hinweis auf das Neuerungsverbot abgetan werden können.

[40] **2.2.2.4.** Dem Berufungsgericht ist dahin zuzustimmen, dass die in erster Instanz vorgetragene Argumente des Klägers unverständlich sind, zumal die Differenzierung zwischen „unverzüglich“ und „rechtzeitig“ bzw „bevor etwas passiert“ nicht nachvollziehbar ist.

[41] Beachtlich ist jedoch der im Rechtsmittelverfahren erstattete Hinweis, dass die Klausel nach ihrem

Wortlaut jedweden Diebstahl, Verlust oder Missbrauch der jö Karte umfasst und nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen sich die Karte in der Risikosphäre des Verbrauchers befindet. Wenn auch nach der Rechtsprechung zu RS0016460 keine Sittenwidrigkeit darin gesehen wird, dass eine Kreditkartengesellschaft dem Kreditkarteninhaber das in seiner Sphäre auftretende Risiko des Missbrauchs gestohlener oder sonst abhanden gekommener Kreditkarten ohne Rücksicht auf sein Verschulden auferlegt, so geht die hier zu beurteilende Klausel gerade darüber hinaus, indem dem Verbraucher eine Meldepflicht für jedweden Diebstahl, Verlust oder Missbrauch auferlegt wird, von denen er in denkbaren Fallkonstellationen, wie sie vom Kläger aufgezeigt werden, keine Kenntnis haben kann.

[42] Zutreffend ist auch die Auffassung des Klägers, dass nach dem Wortlaut der Klausel eine Verpflichtung zur Meldung ausschließlich an eine bestimmte Festnetztelefonnummer vorgesehen und dies sachlich nicht gerechtfertigt ist, zumal die in den AGB an anderer Stelle erwähnten Kontaktmöglichkeiten hier nicht vorgesehen werden und weder in der Klausel noch an anderer Stelle der AGB angegeben wird, ob und wann die Beklagte unter diesem Telefonanschluss überhaupt erreichbar ist. Dass diese kundenfeindlichste Auslegung auch nicht aus der Luft gegriffen ist, erhellt nicht zuletzt auch aus dem Umstand, dass an anderer Stelle der AGB die Beklagte dem Verbraucher nicht einmal einen Anspruch zugestehen will, das jö Service überhaupt angeboten zu erhalten (vgl unten zu Klausel 10).

[43] Schon diese Überlegungen machen die Klausel gröblich benachteiligend, sodass auf die Frage ihrer Intransparenz zufolge evidenter innerer Widersprüchlichkeit (zB keine Haftung der Beklagten für Schäden durch eine

Nichtmeldung dann, wenn die Beklagte nach Meldung umgehend eine Sperre veranlasst?) dahingestellt bleiben kann.

[44] 2.2.2.5. Der Revision des Klägers war daher in Ansehung der Klausel 7 dahin Folge zu geben, dass dem Klagebegehren stattzugeben war.

[45] 2.3. Klausel 8:

„[3. Teilnahme

...

3.3. Verlust der jö Karte und Missbrauch

...

3.3.2. Ein Missbrauch der jö Karte liegt insbesondere in den folgenden Fällen vor:

- Kopieren oder sonstiges Vervielfältigen der Karte,

- Verwendung der jö Karte durch Unternehmer, insbesondere natürliche oder juristische Personen, die zum Vorsteuerabzug oder zum mehrwertsteuerfreien Einkauf berechtigt sind,

- Verwendung der jö Karte durch Personen, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet haben,

- Entgeltliche Übertragung der Ös {=Bonuspunkte} oder die Überlassung der jö Karte an nicht berechtigte Personen (vgl Punkt 3.1., dies betrifft weiters Personen, deren Teilnahme am jö Bonus Club vom Betreiber abgelehnt oder beendet wurde),]

- ***Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen oder Retouren: Bei dreimaliger Einlösung von Ös {Bonuspunkten} innerhalb eines Jahres, die aus einem Kauf eines Produkts oder einer Dienstleistung stammen, welcher vom Mitglied jeweils nach Einlösung der entsprechenden Anzahl von Ös {Bonuspunkten}, 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.*** [Liegt ein vom Mitglied verschuldeter Missbrauch der Karte vor, werden sämtliche durch den Missbrauchsvorgang gesammelten Ös {Bonuspunkte} gelöscht und die Teilnahme gemäß

Punkt 6.2.1. mit sofortiger Wirkung außerordentlich beendet.]“

[46]                    **2.3.1.** Das Berufungsgericht bejahte – entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts – den vom Kläger geltend gemachten Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. In der wörtlichen und kundenfeindlichsten Auslegung könne die Formulierung dahin verstanden werden, dass unter dem Titel „Missbräuchliche Verwendung von Stornierungen und Retouren“ durch den weiteren Wortlaut erst festgelegt werde, was von der Beklagten unter missbräuchlicher Verwendung verstanden werde, nämlich innerhalb eines Jahres die dreimalige Einlösung von einer entsprechenden Anzahl von Bonuspunkten, sofern es zu einer der Einlösung nachfolgenden Rückabwicklung des dem Sammeln der Bonuspunkte zugrunde liegenden Kauf- bzw Dienstleistungsvertrags komme. Dazu fehle jeder Hinweis darauf, dass dies nicht die Ausübung von Rechten im Zusammenhang mit Leistungsstörungen oder Willensmängeln betreffen solle, sodass bei kundenfeindlichster Auslegung auch diese Rückabwicklungen darunterfallen könnten. Im Übrigen sei 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 storniere („unbeschadet der Geltendmachung von Ansprüchen nach Punkt 4.5.“). Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend und somit sittenwidrig.

[47]                    Die **Revision der Beklagten** hält dieser Rechtsansicht zusammengefasst entgegen, dass die Klausel nach Gliederung und Gesamtzusammenhang den Zweck habe, missbräuchlichem Verhalten eines Mitglieds entgegenzutreten, während ein gutgläubig handelnder

Verbraucher nicht betroffen wäre. Das Einlösen von Bonuspunkten nach missbräuchlicher Rückabwicklung sei selbst missbräuchlich; die Einlösung von Bonuspunkten, wodurch der Verbraucher, ohne dass es ihn etwas koste, geldwerte Vorteile erlange, könne aber auch dann missbräuchlich sein, wenn die ursprüngliche Rückabwicklung in Ausübung gesetzlicher Rechte erfolgt sei. Die Kündigungsmöglichkeit sei sachlich gerechtfertigt, zumal es lebensfremd sei, es würde dem Verbraucher dreimal innerhalb eines Jahres gutgläubig passieren, dass er ihm wegen aus welchem Grund immer erfolgter Rückabwicklung nicht zustehende Bonuspunkte einlöse.

**2.3.2.** Der Senat hat erwogen:

[48]

**2.3.2.1.** Diese Darlegungen der Revision überzeugen nicht. Die Beklagte gesteht selbst zu, dass die vom Berufungsgericht angesprochene kundenfeindlichste Auslegung nicht nur möglich, sondern das von ihr geradezu beabsichtigte Ziel der Bestimmung ist: Die Beklagte erachtet es bereits als missbräuchlich und sich als zur vorzeitigen Vertragsauflösung berechtigt, wenn jeweils nach Einlösung von Bonuspunkten (dreimal pro Jahr) eine Rückabwicklung des zugrunde liegenden Geschäfts stattfindet, auch wenn diese selbst rechtmäßig wäre; sie sieht auch dann Missbrauch als gegeben an, wenn in einem solchen Fall der betroffene jö Partner von einer Stornierung der Bonuspunkte Abstand nimmt (obwohl dies durch Pkt 4.5. AGB auch gedeckt wäre und in der Ingerenz des jö Partners läge). Warum die Beklagte in einem solchen Fall zur vorzeitigen Auflösung des Vertrags berechtigt sein sollte, anstatt auf anderem Wege die von ihr anscheinend vermisste Leistungsäquivalenz herzustellen, ist nicht ersichtlich.

[49]

**2.3.2.2.** In der nach ihrem Wortlaut

unterschiedslosen Anwendbarkeit der vorzeitigen Vertragsauflösung vorsehenden Klausel auf Fälle, in denen ein Verbraucher es auf den unrechtmäßigen Erwerb von Bonuspunkten anlegt, ebenso wie auf solche, in denen es keine unrechtmäßig zustande gekommene Rückabwicklung gibt, oder in denen dem Mitglied die Bonuspunkte AGB-konform vom jö Partner belassen werden, liegt eine gröbliche Benachteiligung von sich gesetz- und vertragskonform verhaltenden Verbrauchern. Die klagsstattgebende Entscheidung des Berufungsgerichts zu Klausel 8 war daher zu bestätigen.

[50] **2.3.3.** Der in der Revision der Beklagten gerügte rechtliche Feststellungsmangel in Ansehung des Umstands, dass die Teilnahme für den Verbraucher kostenlos sei, liegt nicht vor: Einerseits ist der Umstand, dass der Verbraucher keinen Geldbeitrag zu leisten hat, unbestritten, andererseits ist – wie sogleich zur Klausel 9 in der einleitenden Gesamtbetrachtung zu zeigen sein wird – sehr wohl eine Gegenleistung vereinbart, mit welcher der Verbraucher „zahlt“, nämlich die Zurverfügungstellung seiner Daten. Mangels besonderer Freigiebigkeit der Beklagten liegt eine großzügigere Betrachtung der Zulässigkeit der hier in Rede stehenden Klausel nicht nahe.

[51] **2.4. Klausel 9:**  
 „[4. Leistungsumfang des jö Bonus Clubs  
 4.1. Allgemein  
 ...  
 4.1.2.] *Grundsätzlich gewähren nur die jö Partner Ös {Bonuspunkte} und es liegt ausschließlich in deren jeweiligen Ermessen, ob, wofür und in welchem Umfang dem Mitglied Ös {Bonuspunkte} gewährt werden oder das Mitglied Ös {Bonuspunkte} 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 {Bonuspunkte} verantwortlich. Nur in Ausnahmefällen gewährt auch der Betreiber Ös {Bonuspunkte}, 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 {Bonuspunkten} 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 {Bonuspunkte} gewährt bzw einlösen lässt.“***

[52] Das Erstgericht stellte hierzu ergänzend fest:

*Die Beklagte ist als Betreiberin grundsätzlich verpflichtet, den Kunden die Struktur des Bonusclubs zur Verfügung zu stellen, die diversen Vorteile, Rabatte etc werden durch die Partner zur Verfügung gestellt. Die Beklagte hat keinen Einfluss darauf, welche konkreten Vorteile ein Partner den jö-Kunden einräumt. Es besteht für Partner allerdings die grundsätzliche Verpflichtung, die Einlösung von jö-Punkten zu erlauben, wobei den Partnern freisteht, unabhängig zu entscheiden, welche Aktionen sie selbst anbieten und an welchen Aktionen sie teilnehmen. Gar keine Aktionen anzubieten, würde dem Programm widersprechen und wäre auch sinnlos. Die einzige darüber hinausgehende Vorgabe seitens der Beklagten an die Partner bezieht sich auf die Einheitlichkeit der Werbung im Sinne des Wiedererkennungswertes. Kunden haben die Möglichkeit durch das Vorweisen oder Nichtvorweisen ihrer jö Karte anlässlich eines Einkaufes bei einem konkreten Partner selektiv am Bonusprogramm zu partizipieren oder eben nicht.*

*[Diese] Punkte der AGB beschreiben die allgemeine Struktur des Bonusprogrammes, demzufolge durch den Kauf bei einem jö Partner Ös {Bonuspunkte} gesammelt und im Rahmen von unterschiedlichen, seitens der jö Partner eingeräumten, Vorteilsangebote eingelöst werden können, wobei der Betreiber nicht Vertragspartei eines solchen Vertrags wird (Pkt 4.1.1. AGB); weiters, dass nur die Partner*

*Ös {Bonuspunkte} gewähren und der Betreiber für die Verwaltung des persönlichen Mitgliederbereichs und die Verrechnung verantwortlich ist und nur in Ausnahmefällen im Rahmen von besonderen Vorteilsangeboten selbst Ös {Bonuspunkte} gewährt (Pkt 4.1.2. AGB).*

[53]

**2.4.1.** Das Berufungsgericht verneinte – ebenso wie das Erstgericht – die vom Kläger geltend gemachten Verstöße gegen § 879 Abs 1 und 3 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Die Klausel unterliege nicht der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB. Sie umschreibe die Hauptleistung der Beklagten, die darin bestehe, im Sinne eines Kundenbindungsprogramms eine Plattform anzubieten, auf welcher Anbieter Bonuspunkte für die Inanspruchnahme ihrer Leistungen anbieten und mittels der die Kunden diese Bonuspunkte gegenüber den verschiedenen teilnehmenden Anbietern durch Inanspruchnahme von deren Leistungen wieder einlösen könnten, um wirtschaftliche Vorteile zu erlangen. Die Klausel stelle klar, dass die Vorteile von den jeweiligen Anbietern als den Vertragspartnern der Kunden im Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen über Waren oder Dienstleistungen gewährt würden, und dass die Beklagte darauf keinen Einfluss habe. Es liege daher auch kein einseitiges Leistungsänderungsrecht vor, zumal die Klausel weder eine Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Treuepunkten oder deren Einlösung festlege, noch dem Mitglied des jö Bonus Clubs einen Anspruch darauf einräume; der jö Bonus Club biete nur den Zugang zu Sonderaktionen, Rabatten, Gutscheinen usw an, wobei es solchen Aktionen entspreche, dass sie jeweils zeitlich begrenzt und eben nicht durchgehend im selben Umfang bzw mit demselben Inhalt angeboten würden. Dieses Verständnis entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung und dem Erwartungshorizont

des durchschnittlich verständigen Verbrauchers. Die Klausel sei daher nicht überraschend oder objektiv ungewöhnlich im Sinne des § 864a ABGB.

[54] Die **Revision des Klägers** hält dieser Rechtsansicht zusammengefasst entgegen, dass die Klausel eine Nebenpflicht des Unternehmens umschreibe, Partnerunternehmen (wie etwa Supermärkte) in das Programm einzubinden und den Verbrauchern damit das Sammeln von Bonuspunkten jedenfalls – da sonst die Plattform bzw das Programm ad absurdum geführt würde – in einem gewissen Maß zu ermöglichen. Selbst wenn man davon ausginge, die Klausel umschreibe eine Hauptleistungspflicht des Betreibers, würde es sich dabei um eine Regelung handeln, welche eine nachträgliche Einschränkung der ursprünglich festgelegten Hauptleistung ermögliche und damit sehr wohl der Inhaltskontrolle unterliege. Erschwerend trete hinzu, dass diese Einschränkung unabhängig von objektiv bestimmbareren Kriterien eintreten könne und sich Verbraucher dementsprechend nicht einmal ansatzweise auf ein gewisses Maß an Leistungserbringung durch den Betreiber bzw dessen Partner einstellen könnten, was deren Willkür Tür und Tor öffne. Nach dem insofern schrankenlosen Wortlaut der Klausel könnten die jö Partner auch auf den Kauf überhaupt keiner Produkte oder Dienstleistungen Bonuspunkte gewähren oder einlösen lassen, oder aber sogar einzelne Mitglieder von der Einlösung ausschließen. In dem Teil der Klausel, wonach das Mitglied keinen Anspruch auf Gewährung von Ös {Bonuspunkten} habe, werde ein sachlich nicht gerechtfertigtes und auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers festgelegt; sie verstoße damit gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und auch § 864a ABGB, da sie für den Verbraucher nachteilig und

überraschend sei.

**2.4.2.** Hierzu war zu erwägen:

[55] **2.4.2.1.** Die Interessen des Verbrauchers liegen hier generell darin, durch Einkauf oder Vertragsschluss bei bestimmten Anbietern Bonuspunkte zu erwerben und diese bei auch anderen Anbietern in jeweils wechselnde Rabatte ummünzen zu können; er wird erwarten, dass die Beklagte und ihre jö Partner ihm eine attraktive Zahl von ihm interessierenden Angeboten zur Verfügung stellen, welche den Besuch ihrer Geschäfte und die Verwendung der jö Karte rechtfertigen. Demgegenüber erstreben und erwarten sich die Beklagte und ihre Vertragspartner einerseits, dass aufgrund des attraktiven Angebots die Mitglieder bei ihnen und nicht bei Konkurrenzunternehmen einkaufen, und dies andererseits unter Verwendung der jö Karte, woraus die Beklagte und wohl auch ihre Partner für ihre Geschäftstätigkeit aufschlussreiche Daten zu gewinnen versuchen. Die Mitgliedschaft ist zwar kostenlos, jedoch „bezahlen“ Verbraucher für deren Nutzung mit der Übermittlung ihrer – monetären Wert verkörpernden (vgl 2 Ob 11/23s Rz 12 unter Hinweis auf ErwGr 16 RL [EU] 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, wonach das Entgeltkonzept auch Fälle umfasst, in denen ein Diensteanbieter personenbezogene Daten monetisiert) – persönlichen Daten, insbesondere Kontakt- und Einkaufsverhaltensdaten.

[56] **2.4.2.2.** Die Klausel findet sich im Pkt 4., „Leistungsumfang des jö Bonus Clubs“, Unterpunkt 4.1., „Allgemeines“, betitelten Teil der AGB; dieser Teil der AGB beschreibt auch genau das darin vom durchschnittlich verständigen Verbraucher vorab Erwartete, nämlich insbesondere in Pkt 4.1.1. die grundsätzliche Art und Weise,

wie und wo der Kunde Ös {Bonuspunkte} erwerben kann und welche Leistungen der jö Bonus Club (nicht) erbringt. Wie die Vorinstanzen zutreffend erkannten, ist diese den allgemeinen Rahmen des jö Bonus Clubs umschreibende Klausel, dass der durchschnittlich verständige Verbraucher dann, wenn er nach seinem Gutdünken seine jö Karte einsetzt, ihn interessierende Angebote der Beklagten und ihrer jö Partner erhält, für sich genommen nicht überraschend oder objektiv ungewöhnlich im Sinne des § 864a ABGB. Die Klausel legt die Grundstruktur des jö Bonus Clubs fest; die Frage der konkreten Zulässigkeit der Verwendung der Daten der Verbraucher im Lichte von DSG und DSGVO ist hier nicht zu beurteilen.

[57] **2.4.2.3.** Die Vorinstanzen haben ebenfalls zutreffend erkannt, dass die Klausel Hauptleistungspflichten des jö Bonus Clubs der Beklagten umschreibt, die zusammengefasst einerseits in näher umschriebener Weise das Kundenbindungsprogramm verwaltet und andererseits auch selbst in Ausnahmefällen Ös {Bonuspunkte} gewährt. Inwieweit eine Einschränkung einer andernorts normierten Hauptleistungspflicht vorliegen soll, welche den Weg zur Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB dennoch eröffnen könnte, ist nicht nachvollziehbar.

[58] **2.4.2.4.** Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB liegt bei einem Verstoß gegen gute Sitten als Inbegriff jener Rechtsnormen vor, die im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Beurteilung der rechtlichen Interessen ergeben, die nicht gröblich benachteiligt werden dürfen (vgl 6 Ob 140/18h). Verträge sind demnach ständiger Rechtsprechung gemäß dann sittenwidrig, wenn eine Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergibt oder wenn bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den

verletzten und den geförderten Interessen vorliegt (1 Ob 145/08t; RS0113653; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> [2023] § 879 ABGB Rz 5 mwN).

[59] Der Kläger weist in seiner Revision zutreffend darauf hin, dass die Klausel der Beklagten und deren jö Partnern nicht nur die Auswahl von zur Gewährung oder Einlösung von Ös {Bonuspunkten} geeigneten Produktangeboten überlässt (wie das im letzten Satz der Klausel angesprochen sein dürfte), sondern es ihnen in kundenfeindlichster Auslegung der Gesamtklausel auch ermöglicht, einzelne Verbraucher von der Gewährung oder Einlösung von Bonuspunkten oder sonstigen Leistungen auszuschließen, obwohl sonst generell oder anderen Kunden diese Leistungen angeboten und erbracht werden. Warum es aber der Beklagten und ihren jö Partnern überlassen sein sollte, zwar die Gewährung oder Einlösung von Ös {Bonuspunkten} anzubieten, dann aber dem Mitglied keinen Anspruch darauf zuzugestehen, dieses Angebot, zu dem sich die Beklagte oder ihre jö Partner entschließen, auch zu nutzen, ist, wie die Revision insofern zutreffend aufzeigt, nicht nachvollziehbar. Die dem Verbraucher zugesagte Leistung steht damit in krassem Missverhältnis zur von ihm erbrachten Gegenleistung, unbedingt und vorab Daten zu seiner Person und seinem Einkaufsverhalten offengelegt zu haben, wogegen die Beklagte sich und ihren jö Partnern herausnehmen will, nicht einmal an ihre eigenen Zusagen zur Gewährung oder Einlösung von Ös {Bonuspunkten} gebunden zu sein.

[60] **2.4.2.5.** Der Revision des Klägers war daher Folge zu geben und es war in Ansehung der Klausel 9 der Klage stattzugeben.

[61] Auf die Frage, ob auch ein Verstoß gegen § 6

Abs 2 Z 3 KSchG und das Verbot von Vertragsbestimmungen, nach denen der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann (es sei denn, die Änderung bzw Abweichung wäre dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt wäre), muss damit nicht mehr eingegangen werden.

[62]

### 2.5. Klausel 10:

„[4. Leistungsumfang des jö Bonus Clubs

4.1. Allgemeines

...

4.1.4.] *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. [Im Übrigen gelten die jeweils individuell im Rahmen einer Leistung veröffentlichten Bedingungen.]“*

[63]

2.5.1. Das Berufungsgericht verneinte – ebenso wie das Erstgericht – die vom Kläger geltend gemachten Verstöße gegen § 879 Abs 1 und 3 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil die Klausel eine Umschreibung des Leistungsumfangs enthalte, der von der Beklagten selbst unabhängig vom Vertragsabschluss mit Dritten angeboten werde. Von Gegenleistungen der Kunden durch Einlösen von Bonuspunkten sei nicht die Rede, sodass mangels Austauschverhältnisses auch kein Leistungsänderungsrecht normiert werde. Weiters sei die Ankündigung von

Gratisleistungen weder gröblich benachteiligend noch nachteilig oder überraschend. Es entspreche überdies dem allgemeinen Erfahrungshorizont von Verbrauchern, dass von Unternehmern im Zusammenhang mit zu Werbezwecken ausgelobten unentgeltlichen Angeboten kein Rechtsanspruch gewährt werde.

[64] Die **Revision des Klägers** hält dieser Rechtsansicht zusammengefasst entgegen, dass es bei kundenfeindlichster Auslegung den jö Partnern und auch der Beklagten freistehe, überhaupt keine Rabatte zu gewähren. Da die Möglichkeit, Rabatte zu erhalten, aber ein für den Verbraucher wesentliches Element des Vertrags sei, bewirke der Ausschluss jeglichen Anspruchs des Verbrauchers seine gröbliche Benachteiligung, weil Betreiber und jö Partner weiterhin ihren Nutzen aus dem Vertrag bekommen würden (Kundenbindung, Daten über die Kunden), ohne eine zentrale Gegenleistung erbringen zu müssen. Die Einschränkung, dass das Mitglied keinen Rechtsanspruch auf das Angebot von Rabatten, Gutscheinen und Aktionen auf einzelne Artikel des jö Bonus Clubs habe, lege entgegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ein sachlich nicht gerechtfertigtes und auch nicht nur geringfügiges einseitiges Leistungsänderungsrecht des Unternehmers fest, was zudem auch gegen § 864a ABGB verstoße, da dies für den Verbraucher nachteilig und überraschend sei. Der Betreiber proklamiere das Angebot von Rabatten, Gutschriften und Aktionen als „zusätzliche Leistungen“ bzw „zum Leistungsumfang“ gehörend. Da er diese Leistungen als Zusatzleistungen betitle und auch damit öffentlich werbe, müsse zumindest für diese Zeit ein Rechtsanspruch auf das Angebot und auch auf die Inanspruchnahme des Angebots bestehen. Eine Ablehnung der Inanspruchnahme dieser Leistung zu einem Zeitpunkt, zu dem

ein solches Angebot bestehe und das aktiv beworben werde, sei gegenüber Verbrauchern, die die Zusatzleistung in Anspruch nehmen wollten, nicht gerechtfertigt und gröblich benachteiligend. Bei einem Kundenbindungsprogramm wie hier „zahle“ der Verbraucher mit seinen Daten; jede Beurteilung dahin, dass ohnedies nur Gratisleistungen gewährt würden, greife daher von vornherein zu kurz. Die Klausel sei auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar sei, was überhaupt unter Rabatten, Gutschriften und Aktionen zu verstehen wäre und worauf genau kein Rechtsanspruch bestehen solle.

**2.5.2.** Der Senat hat erwogen:

[65] **2.5.2.1.** Die Klausel findet sich im Pkt 4., „Leistungsumfang des jö Bonus Clubs“, Unterpunkt 4.1., „Allgemeines“, betitelten Teil der AGB; er beschreibt auch genau das darin vom durchschnittlich verständigen Verbraucher vorab Erwartete, nämlich eine Umschreibung der (hier spezifischen eigenen) Leistungen des jö Bonus Clubs. Die Klausel ist daher nicht überraschend oder objektiv ungewöhnlich im Sinne des § 864a ABGB (vgl oben zu Klausel 9).

[66] **2.5.2.2.** Wie ähnlich bereits bei Klausel 6 erörtert, enthält auch der erste Satz dieser – ausschließlich den bereits in Klausel 9 angesprochenen Leistungsumfang (hier nur) der Beklagten als Betreiberin des jö Bonus Clubs betreffenden – Klausel zwei Satzteile mit gemeinsamem Satzanfang, die sowohl sprachlich als auch inhaltlich nebeneinander bestehen können und voneinander unabhängige Regelungen mit je materiell eigenständigem Regelungsbereich betreffen, nämlich:

„Zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs zählen weiters auch ...

- [...] *die Werbung für Produkte, Waren und Dienstleistungen, unter anderem zur Absatzförderung bei jö Partnern per E-Mail, Post und am Kassabon [...] (10.a.) sowie*

*- die Ausgabe von Rabatten, Gutschriften und Aktionen auf einzelne Artikel [...] 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.“ (10.b.)*

[67] Diese beiden Klauseln sind gesondert zu betrachten.

[68] **2.5.2.3.** Der Kläger wendet sich hier mit keinem Wort gegen die erste Klausel, welche die Werbung für Produkte, Waren und Dienstleistungen, unter anderem zur Absatzförderung bei jö Partnern per E-Mail, Post und am Kassabon als zum Leistungsumfang des jö Bonus Clubs gehörend anführt. Welche Einwände gegen diese bestehen, wird von ihm weder in erster Instanz noch im Rechtsmittelverfahren dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

[69] Die Klagsabweisung war daher insofern zu bestätigen.

[70] **2.5.2.4.** Die zweite Klausel wiederum bezieht sich einerseits auf das Angebot von Leistungen der Beklagten und andererseits auf deren Inanspruchnahme. Eine weitere Differenzierung der Klausel nach Leistungsangebot und -inanspruchnahme ist jedoch nicht möglich, weil sie zumindest in Ansehung des jö Services in beiden Aspekten nicht isoliert voneinander wahrgenommen werden und jeweils selbstständig bestehen kann.

[71] Betreffend den jö Service ist nämlich nicht

nachvollziehbar, warum dem Verbraucher diesbezüglich nicht einmal ein Anspruch zustehen soll, diesen Service angeboten zu erhalten, zumal wenn die Beklagte an anderer Stelle gerade die Nutzung bzw Verständigung des jö Services vorschreiben und daran auch Rechtsfolgen knüpfen will (zB Klauseln 7 und 13). In kundenfeindlichster Auslegung stellt diese Klausel weiters nicht nur Anzahl und Auswahl der von ihr selbst gewährten Rabatte und Vergünstigungen in das Belieben der Beklagten, sondern sie ermöglicht ihr auch, den Verbraucher individuell von Vergünstigungen auszuschließen, die anderen jö Bonus Club-Mitgliedern angeboten werden. Warum es der Beklagten überlassen sein sollte, zwar Rabatte, Gutschriften und Aktionen auf einzelne Artikel und Gewinnspiele anzubieten sowie das jö Service bereitzustellen, dann aber dem Mitglied keinen Anspruch darauf zuzugestehen, dieses Angebot, zu dem sich die Beklagte entschließt, auch zu nutzen (vgl „Gewährung“ in Klausel 9), ist, wie die Revision zutreffend aufzeigt, nicht nachvollziehbar.

[72] Ein solcher Klauselinhalt unterliegt zwar, weil auch damit Hauptleistungspflichten der Beklagten umschrieben werden (vgl oben zu Klausel 9), nicht der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB, ist jedoch insgesamt eine massive Verletzung der Interessen des Verbrauchers im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB; sie steht in krassem Missverhältnis zur von ihm erbrachten Gegenleistung (vgl nochmals oben zu Klausel 9), indem sich die Beklagte herausnehmen will, nicht einmal an ihre eigenen Zusagen von Rabatten, Vergünstigungen oder Services gebunden zu sein und jegliche Gegenleistung für die zur Verfügungstellung der Daten des Verbrauchers in ihr Belieben zu stellen.

[73] **2.5.2.5.** In Ansehung des nach Ausblendung der unbedenklichen Klausel 10.a. verbleibenden Klauselinhalts

war daher der Revision des Klägers teilweise Folge und der Klage insofern stattzugeben. Auf die Frage der Verletzung von § 6 Abs 2 Z 3 KSchG muss nicht mehr eingegangen werden.

[74]

## 2.6. Klausel 11:

„[4. Leistungsumfang des jö Bonus Clubs

...

4.3. Einlösen von Ös {Bonuspunkten}

...

4.3.2. Die jö Partner legen die jeweiligen Vorteile und Bedingungen (insbesondere auch den jeweiligen Gegenwert) fest, zu denen das Mitglied Ös {Bonuspunkte} einlösen kann. Der Betreiber informiert nur über manche Angebote. Vorteilsangebote können zeitlich oder mengenmäßig begrenzt sein.] ***Das Mitglied hat keinen Anspruch auf die Gewährung von Rabatten oder darauf, Ös {Bonuspunkte} für sämtliche Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers einzulösen, sofern dies dem Mitglied nicht ausdrücklich zugesagt wird.*** [Ös {Bonuspunkte} können grundsätzlich nur solange der Vorrat reicht bzw bis zum Ablauf eines bestimmten Vorteilsangebots eingelöst werden.]“

[75]

2.6.1. Das Berufungsgericht verneinte – ebenso wie das Erstgericht – die vom Kläger geltend gemachten Verstöße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Wie schon bei Klausel 9 ausgeführt liege kein einseitiges Leistungsänderungsrecht vor. Die Klausel stelle 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 würden, festlegten. Nach dem Wortlaut gebe es keinen Anspruch, für sämtliche Produkte und Leistungen Bonuspunkte einzulösen, wenn dies nicht zugesagt sei. Dies sei klarstellender Natur und weder gröblich benachteiligend noch überraschend. Selbst bei kundenfeindlichster Auslegung sei die Klausel nicht so zu

verstehen, dass die Einlösung für kein einziges Produkt mehr möglich sein solle.

[76] Die **Revision des Klägers** hält dem – unter Hinweis auf ihre Ausführungen zu den Klauseln 9 und 10 – zusammengefasst entgegen, dass es den jö Partnern bei kundenfeindlichster Auslegung freistehe, überhaupt keine der aufgezählten zusätzlichen Leistungen zu gewähren. Da die Rabatte aber davor ausdrücklich als zum Leistungsumfang des von der Beklagten betriebenen jö Bonus Clubs zählend definiert würden, sei der Ausschluss jeglichen Anspruchs des Verbrauchers in diesem Zusammenhang eine gröbliche Benachteiligung, zumal die jö Partner weiterhin ihren Nutzen aus dem Vertrag bekämen (Kundenbindung, Daten über die Kunden), ohne einen Teil der vereinbarten Leistungen erbringen zu müssen. Die Beklagte würde selbst bei Nichtgewährung der Leistungen weiterhin, zumindest kurzfristig, auf Grundlage der Klausel Kundendaten sammeln. Erst dann, wenn alle Kunden davon Kenntnis erlangt hätten, dass die Verwendung der Jö Karte zu keinen Vorteilen für sie führe, könne davon ausgegangen werden, dass sie eine Verwendung gänzlich einstellen würden; bis dahin würden sie die Karte jedoch weiterhin – unter der Annahme, daraus Vorteile lukrieren zu können – einsetzen, was dazu führe, dass die Beklagte und die Jö Partner weiterhin Nutzen aus dem Vertrag zögen und Vorteile aus den bereits gesammelten Daten gewännen, während für den mit seinen Daten „zahlenden“ Kunden kein solcher Nutzen erkennbar sei. Nach der Klausel stünde es der Beklagten auch frei, sich jederzeit auf dieses umfassende Leistungsänderungsrecht zu berufen, etwa wenn sie bereits ausreichend Kundendaten für ihre Zwecke gesammelt habe und sie 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 wäre, 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. In Bezug auf den ersten Teil der Klausel: „*Das Mitglied hat keinen Anspruch auf die Gewährung von Rabatten [...]*“ sei auf die Ausführungen zu Klausel 10 zu verweisen, wonach eine Ablehnung der Inanspruchnahme dieser Leistung zum Zeitpunkt, zu dem ein solches Angebot bestehe und aktiv damit geworben werde, gegenüber Verbrauchern, die die Zusatzleistung in Anspruch nehmen wollten, nicht gerechtfertigt und die betreffende Klausel dementsprechend gröblich benachteiligend sei. Darüber hinaus enthalte der Klauselteil „*[...] oder darauf, Ös {Bonuspunkte} für sämtliche Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers einzulösen, sofern dies dem Mitglied nicht ausdrücklich zugesagt wird*“ unklare Begriffe, weil nicht erkennbar sei, für welche bzw wie viele Produkte und Leistungen, die jeweiligen Bonuspunkte eingelöst werden könnten, oder was unter einer ausdrücklichen Zusage zu verstehen sei, weshalb auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

**2.6.2.** Dazu war zu erwägen:

[77]

**2.6.2.1.** Die Klausel definiert zwei Leistungen, auf welche der Verbraucher keinen Anspruch habe, nämlich einerseits auf die Gewährung von Rabatten und andererseits darauf, Ös {Bonuspunkte} für sämtliche Produkte und Leistungen eines jö Partners oder des Betreibers einzulösen. Der letzte Halbsatz „sofern dies dem Mitglied nicht

ausdrücklich zugesagt wird“ kann nach dem Wortlaut sowohl dahin verstanden werden, dass er sich auf beide Klauselteile bezieht, als auch darauf, dass er nur den zweiten Klauselteil zur Einlösung der Bonuspunkte betrifft.

[78] **2.6.2.2.** Ähnlich wie bei den Klauseln 9 und 10 erörtert kann auch diese Klausel in kundenfeindlichster Auslegung einerseits dahin verstanden werden, dass der Verbraucher auf Rabatte, selbst wenn sie grundsätzlich angeboten werden, keinen Anspruch hat und es daher ins Belieben der jö Partner gestellt ist, einzelne Kunden willkürlich von der Gewährung von sonst allgemein angebotenen Rabatten auszuschließen.

[79] Bezieht man den letzten Halbsatz auf beide Klauselteile, so könnte die Klausel weiters auch dahin verstanden werden, dass Rabatte oder Einlösungsmöglichkeiten, obwohl für bestimmte Produkte grundsätzlich angeboten, dem einzelnen Verbraucher nur insofern gewährt werden, wenn zum allgemeinen Angebot ein individueller, in der Klausel aber nicht näher umschriebener oder zu seinen Voraussetzungen definierter Gewährungsakt an den einzelnen Verbraucher hinzutritt.

[80] Abgesehen von sprachlicher und inhaltlicher Unklarheit und daher Intransparenz dieser Regelung ist beiden Auslegungsvarianten gemeinsam, dass ihre sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar ist: Abgesehen von der Frage, ob die Beklagte und ihre jö Partner eine Verpflichtung trifft, überhaupt Rabatte anzubieten, ist es nicht nachvollziehbar, warum dann, wenn solche Rabatte oder Einlösungsmöglichkeiten grundsätzlich angeboten werden, dem Verbraucher dann kein grundsätzlicher Anspruch zustehen sollte, diese Angebote zu nutzen (vgl nochmals „Gewährung“ in Klausel 9).

[81] Wie bereits zu den Klauseln 9 und 10 erörtert, unterliegt auch dieser Klauselinhalt zwar nicht der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB, weil Hauptleistungspflichten der Beklagten umschrieben werden. Insgesamt liegt jedoch eine massive Verletzung der Interessen des Verbrauchers im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB vor, weil zur von ihm erbrachten Leistung die ihm zugesagte Gegenleistung, indem sie in die Willkür seines Gegenübers gestellt ist, in krassem Missverhältnis steht.

[82] **2.6.2.3.** In Stattgebung der Revision des Klägers waren daher die Entscheidungen der Vorinstanzen im klagsstattgebenden Sinne abzuändern, ohne dass auf die Frage der Verletzung von § 6 Abs 2 Z 3 KSchG eingegangen werden müsste.

[83] **2.7. Klausel 13:**

„[4. Leistungsumfang des jö Bonus Clubs

...

4.5. Punktestand, Stornierung von Ös {Bonuspunkten}, Einwendungen

4.5.1. Kommt es zur Rückabwicklung eines Vertrages zwischen dem Mitglied und einem jö Partner (etwa durch Widerruf, Rücktritt, Aufhebung, Anfechtung, Kulanz etc), für welchen dem Mitglied ursprünglich Ös {Bonuspunkte} gewährt wurden, so behält sich der jö Partner folgendes Recht vor: Der jö Partner kann diese Ös {Bonuspunkte} stornieren und von den Ös {Bonuspunkten} im persönlichen Mitglieder-Bereich abziehen. Das gleiche Recht behält sich auch der Betreiber für den Fall der Einlösung von Ös {Bonuspunkten} bei ihm selbst, von fehlerhaften Buchungen oder des Missbrauchs (vgl. Punkt 3.3.2. dieser AGB) vor. Im Fall einer Stornierung von Ös {Bonuspunkten} durch einen jö Partner stehen dem Mitglied keinerlei Ansprüche gegenüber dem Betreiber zu, sondern ausschließlich gegenüber dem jeweiligen jö Partner.

4.5.2. Der jeweils aktuelle Punktstand der Ös {Bonuspunkte} ist im persönlichen Mitglieder-Bereich, in der

jö App und auf den Kassabons ersichtlich und kann beim jö Service unter service@joe-club.at oder telefonisch unter 01 386-5000 erfragt werden. Im persönlichen Mitglieder-Bereich sind auch die Punktebewegungen des letzten Jahres (wann und wo wie viele Ös {Bonuspunkte} gesammelt, eingelöst und storniert wurden) ersichtlich.

**4.5.3.] 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.“**

[84] **2.7.1.** Vom Kläger geltend gemacht wurde ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und gegen § 879 Abs 3 ABGB.

[85] Das Berufungsgericht hielt die Klausel – nachdem das Erstgericht sie in seinen Entscheidungsgründen nur als nicht gröblich benachteiligend erachtet hatte – für intransparent, weil sie den Eindruck erwecken könnte, dass bei Nichteinhaltung von angeblich gebotener Frist und Form von Einwendungen diese nicht mehr wirksam wären und von der Beklagten nicht berücksichtigt würden.

[86] Die **Revision der Beklagten** hält dieser Rechtsansicht zusammengefasst entgegen, das in der Klausel verwendete Wort „sind“ stelle lediglich klar, dass es sich hierbei um eine vertragliche Regelung mit normativem Charakter und nicht um eine bloße Empfehlung handle. Daraus sei nicht zu schließen, dass die Unterlassung von Einwendungen zu einem Rechtsverlust führe. Eine Pflicht zur

Aufklärung, dass es sich um ein bloß deklaratorisches Anerkenntnis handle, bestehe nur in Fällen, in denen ausdrücklich geregelt sei, dass die unterlassenen Einwendungen ein Anerkenntnis sein sollten und der Verbraucher darauf hingewiesen werde, dass er sein Recht auf Einwendungen verlieren würde, sollte er die Frist nicht einhalten, bzw wenn die Prüfung der Einwendungen durch den Unternehmer davon abhängig gemacht würde, dass der Kunde diese „fristgerecht“ erhoben habe. All dies liege hier aber nicht vor. Eine gröbliche Benachteiligung, auf die das Berufungsgericht gar nicht eingehe, sei nicht erkennbar; eine Frist zur Richtigkeitsprüfung von drei Monaten sei unbedenklich.

[87]

**2.7.2.** Hierzu ist auszuführen, dass die Klausel eine Formulierung verwendet, aus der eine unbedingte Verpflichtung des Verbrauchers abzuleiten ist, Einwendungen gegen die Richtigkeit des Bonuspunktstands in bestimmter Form und binnen bestimmter Frist zu erstatten. Welche Folgen die Nichterstattung von Einwendungen und insbesondere die Nichteinhaltung von Form oder Frist für diese haben sollten, ist der Klausel nicht zu entnehmen. Der erkennende Senat teilt uneingeschränkt die Auffassung des Berufungsgerichts, dass diese Klausel damit Fragen nach ihrer Bedeutung aufwirft und dem Verbraucher zumindest ein unklares Bild seiner vertraglichen Position und der Auswirkungen der Klausel für ihn im Falle vermittelt, dass der hier normierten Verpflichtung nicht entsprochen würde.

[88]

Die Klausel ist daher zu Recht als intransparent qualifiziert worden; auf die Frage ihrer Nachteiligkeit war daher nicht mehr einzugehen. Die klagsstattgebende Entscheidung des Berufungsgerichts zu Klausel 13 war zu bestätigen.

[89] 3. Zu Wiederholungsgefahr, Leistungsfrist und Urteilsveröffentlichung sowie deren Ausmaß finden sich in den Rechtsmittelschriftsätzen keine Ausführungen, sodass darauf nicht näher eingegangen werden muss und auf die zutreffende Beurteilung des Berufungsgerichts verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO).

[90] 4. Während das Erstgericht die Kostenentscheidung noch der Endentscheidung vorbehalten hatte (erkennbar nach § 52 Abs 4 ZPO), behielt das Berufungsgericht die Kostenentscheidung nach § 52 Abs 1 und 2 ZPO dem Erstgericht nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens vor, sodass nach § 52 Abs 3 ZPO für das Revisionsverfahren vom Senat keine Kostenentscheidung zu treffen war.

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 25. Juni 2024  
Dr. S c h w a r z e n b a c h e r  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG