



TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Tarmann-Prentner als Vorsitzende sowie die Hofräte MMag. Matzka, Dr. Stefula, Dr. Thunhart und Mag. Dr. Sengtschmid als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei DAZN Limited, 12 Hammersmith Grove, W6 7AP London, Vereinigtes Königreich, vertreten durch die GEISTWERT Kletzer Messner Mosing Schnider Schultes Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: 5.500 EUR), über die ordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 26. September 2024, GZ 4 R 42/24m-55.1, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 12. Jänner 2024, GZ 24 Cg 46/22f-50.1, bestätigt wurde, zu Recht erkannt und beschlossen:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird als Teilurteil hinsichtlich der Klauseln 1 bis 12 und 14 bestätigt, hinsichtlich der Klausel 15 hingegen dahin abgeändert, dass es insofern lautet:

„Das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel 'Sofern eine Vorschrift dieser Bedingungen unzulässig oder undurchsetzbar ist, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bedingungen

unberührt.' und die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird abgewiesen.“

Hinsichtlich der Klausel 13 und den Kostenentscheidungen werden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben. Es wird dem Erstgericht insofern die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

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

[1] Die **Beklagte** ist eine der führenden Anbieterinnen von Onlinediensten zur Übertragung von Sportveranstaltungen. Sie bietet ihre Leistungen unter anderem Verbrauchern im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Ihr Streaming-Angebot besteht ausschließlich aus Sportinhalten. Mit ihm können die Kunden der Beklagten – nach Abschluss eines entsprechenden Abonnements – auf internetfähigen Geräten für eine Vielzahl unterschiedlicher Sportarten Live-Sport-Übertragungen, zeitversetzt aufgezeichnete Sportereignisse und Rückschauen auf Sportereignisse sowie Sportdokumentationen ansehen. Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Nutzungsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt.

[2] Der **Kläger**, ein gemäß § 29 KSchG klageberechtigter Verband, begehrt, der Beklagten gemäß § 28 KSchG die Verwendung von und die Berufung auf 15 Klauseln ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Verwendung von und die Berufung auf sinngleiche Klauseln zu untersagen

und ihm die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagestattgebenden Teils des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung zu erteilen. Die 15 Klauseln verstießen gegen gesetzliche Gebote bzw Verbote und/oder die guten Sitten. Die faktischen Modalitäten der Vergabe von Lizenzen seien für ihre Beurteilung irrelevant.

[3] Die **Beklagte** beantragte die Abweisung der Klage. Sie brachte in tatsächlicher Hinsicht zusammengefasst vor, ihr Angebot bestehe weit überwiegend aus von Wettbewerbsveranstaltern turnusmäßig lizenzierten, saisonalen Sportinhalten. Sie könne nicht auf langfristige Lizenzen für die von ihr zum Streaming angebotenen Sportereignisse zurückgreifen. Die Rechteinhaber vergäben die Lizenzen nur für spezifische Saisonen und oftmals in Paketen. Die Lizenzvergaben erfolgten über Vergabe- bzw Ausschreibungsverfahren, auf die die Lizenzsuchenden keinen Einfluss hätten. Die Lizenzvergabe hänge ausschließlich vom Willen des Lizenzgebers, nicht vom Willen der Lizenzsuchenden – wie etwa der Beklagten – ab. Die sportbegeisterten Verbraucher, an die sich das Angebot der Beklagten richte, wüssten dies und seien es sogar gewohnt, dass sich die Lizenzsituation betreffend die von ihnen gewünschten Sportereignisse nach ihrem Streaming- oder Pay-TV-Abonnementabschluss rasch ändern könne.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Es ging dabei von folgendem Sachverhalt aus:

[4] Die Beklagte bietet ihren Kunden zwei Abonnement-Modelle an: eines mit einer Mindestvertragslaufzeit von einem Jahr mit anschließender flexibler Kündbarkeit bei einer Kündigungsfrist von 30 Tagen um 19,99 EUR monatlich sowie eines mit einer Mindestvertrags-

laufzeit von einem Monat um 29,99 EUR monatlich, das jederzeit monatlich kündbar ist. Das Angebot der Beklagten besteht überwiegend aus von Wettbewerbsveranstaltern turnusmäßig lizenzierten, saisonalen Sportinhalten. Von ihr selbst oder in ihrem Auftrag produzierte Sportdokumentationen stellen nur einen sehr geringen Anteil des Programms dar. Die Inhaber der Sende- bzw Streamingrechte für Sportereignisse, wie insbesondere die Veranstalter bzw Ligen (zB Deutsche Fußball Liga, Champions League, UEFA), vergeben diese Rechte jeweils für spezifische Saisonen. Dabei vergeben sie die Lizenzen nicht nur zeitlich beschränkt, sondern oftmals in Paketen: Eine Lizenz kann zB teilweise exklusiv, wie etwa für bestimmte Ausstrahlungsgebiete, für bestimmte Sendarten oder für gewisse Spiele/Matches, und teilweise nicht-exklusiv vergeben werden. Die Lizenzvergaben erfolgen dabei über Vergabe- bzw Ausschreibungsverfahren.

[5] Bei großen Ausschreibungen – beispielsweise für Fußball, American Football oder Wintersportarten – gehen in der Regel die Liga bzw der Verband selbst und/oder eine Agentur mit den jeweiligen Rechten auf den Markt. Es werden Pakete angeboten, bei denen es – zB beim Fußball – die freie Wahl für ein bestimmtes Spiel gibt. In einem zweiten Paket werden die restlichen Spiele ausgeschrieben. Der Interessent kann für ein oder für beide Pakete bieten. In der Regel erhält derjenige den Zuschlag, der am meisten bietet. Von untergeordneter Bedeutung sind im Bieterverfahren Marketingmaßnahmen und Verbreitungsgrad; diese spielen vorwiegend dann eine Rolle, wenn beispielsweise von zwei Bietern gleich hohe Summen geboten werden.

[6] Für das Unternehmen der Beklagten machen Lizenzkosten einen sehr großen Kostenfaktor aus. Insoweit

hängt es auch von ihrer Prioritätensetzung ab, welche Sportart ihr wie viel wert ist. Grundsätzlich gibt es fixe Lizenzperioden, die im Regelfall drei bis fünf Jahre bzw drei bis fünf Saisonen dauern. Die Beklagte kann davon ausgehen, dass ihr eingeräumte Lizenzrechte im Regelfall während dieser Dauer bestehen bleiben, sofern keine außerordentlichen und/oder besonderen Kündigungsgründe auftreten.

[7] Im Fußball beträgt bei den großen Rechteeanbietern (zB UEFA Champions League) die Vorlaufzeit vom Lizenzerwerb bzw der Verlängerung der Ausstrahlungsrechte bis zur Ausstrahlung in der Regel ein bis eineinhalb Jahre. Hier legt die Liga selbst die Spiele fest. Die Beklagte hat beispielsweise in der deutschen Fußballbundesliga nur die Rechte für Freitags- und Sonntagsspiele erworben. Es ist für sie nicht vorhersehbar, welche Spiele freitags und sonntags übertragen werden. In der deutschen Bundesliga gibt es 18 Mannschaften. Ein Spiel findet in der Regel am Freitag statt, zwei – bzw ausnahmsweise drei – Spiele am Sonntag. Die übrigen fünf bis sechs Spiele, für die „Sky“ die Rechte innehat, finden am Samstag statt. Das bedeutet, dass man derzeit um sämtliche Spiele der deutschen Bundesliga zu sehen, zumindest zwei Abonnements benötigt. Das deutsche Kartellamt hat es verboten, dass ein Anbieter für die deutsche Bundesliga alle Rechte erwerben darf. Die Beklagte kann nur in sehr beschränktem Rahmen darauf Einfluss nehmen, welches der Bundesligaspiele am Freitag oder Sonntag übertragen wird. Es gibt ein kompliziertes „Pickingsystem“ zwischen der Beklagten und Sky zur Verteilung der einzelnen Spiele. Dabei ist es nicht möglich, dass die Beklagte sich alle Topspiele für Freitag und Sonntag heraussucht und Sky nur die weniger attraktiven Spiele überträgt. Sky hat vielmehr den „First

Pick“, kann sich also das beste Spiel an jedem Spieltag aussuchen. Es gibt zudem zB Vorschriften darüber, wie oft welche Mannschaft maximal übertragen werden darf. Die Sonntagsübertragung wird zB relativ stark von Mannschaften dominiert, die am Donnerstag in der Europa League gespielt haben. Für andere ausländischen Fußballligen – beispielsweise in Frankreich, Italien, Spanien – hat die Beklagte hingegen die Exklusivrechte für alle Spiele.

[8] Die Beklagte gibt in der Regel eine Pressemitteilung heraus, wenn sie den Zuschlag für Rechte oder eine entsprechende Rechteverlängerung erhält. Sie teilt darin auch meistens den Zeitraum der Rechteinhabung mit. Solche Pressemitteilungen werden auf ihrer Webseite veröffentlicht und bei den populären Sportarten auch von der Presse aufgegriffen. Wenn es der Beklagten nicht gelingt, die Rechteinhabung zu verlängern, berichtet sie – auch nicht auf ihrer Website – nicht selbst darüber. In der Regel macht solches der Neuerwerber publik. Insbesondere die deutschen Zeitungen „Kicker“ und „Bild“, aber auch andere deutsche und auch österreichische Medien berichteten und berichten (auch online) regelmäßig über Lizenzvergaben. Als Kunde der Beklagten kann man sich auch über soziale Medien oder das Kundenservice an die Beklagte wenden und diesbezüglich nachfragen.

[9] Anders gestaltet sich die Rechtevergabe in Nischensportarten oder wenn es um einen bestimmten Boxkampf geht. Hier tritt meist der Boxpromotor selbst oder vertreten durch eine Agentur an die Beklagte heran und fragt, ob die Übertragung für sie von Interesse ist.

[10] Bis zumindest 25. 7. 2023 befand sich auf der Startseite der Website der Beklagten kein Reiter mit „Sportarten“ und/oder ein solcher mit „Kalender“. Während

dieses Verfahrens wurde die Startseite der Beklagten (www.dazn.com) dahingehend geändert, dass nunmehr über den Reiter „Sportarten“ ihr gesamtes Sportartenangebot abgerufen werden kann und über den Reiter „Kalender“ ersichtlich ist, welche Sportereignisse an welchen Tagen live gestreamt werden können. Ohne Registrierung ist eine Vorschau unter „Hier unser Programm von heute und den kommenden Tagen“ nur für den jeweiligen Monat möglich.

[11] Die Beklagte bietet österreichischen Kunden ein Portabilitätsservice in der EU an, sodass diese automatisch die Angebote der Beklagten auch in einem anderen EU-Land streamen können. Der Account wird in Österreich auf die IP-Adresse freigeschaltet und dem Kunden zugeordnet. Entsprechend der Zuordnung des Kunden zum Land (zB Österreich) ist das Portabilitätsservice in anderen EU-Ländern verfügbar oder (zB bei Schweizer Kunden) nicht. Die Hinweise in den FAQ zur Portabilitätsverifizierung waren bei Klageeinbringung nicht abrufbar.

[12] Jeder Kunde kann das Programm der Beklagten theoretisch rund um die Uhr nutzen. Jedem Kunden ist grundsätzlich ein Account zugewiesen. Es gibt auch das Angebot für zwei Streams, sodass sich der Kunde zwei Spiele gleichzeitig ansehen kann. Die Beklagte toleriert aber keine Weitergabe des Accounts an Nicht-Kunden, weil ihr durch das Accountsharing der Abschluss eines Abos verloren ginge.

[13] Die Beklagte hat in ihren Nutzungsbedingungen die Verbraucherpreisindexklausel an den deutschen Verbraucherpreisindex gekoppelt, weil sie eine Dachgesellschaft ist und den größten Markt und Kundenkreis in Deutschland hat.

[14] Ob der Durchschnittskunde der Beklagten exakt über die jeweiligen Lizenzdauern Bescheid weiß, konnte nicht

festgestellt werden.

[15] Das **Berufungsgericht** bestätigte das Ersturteil.

[16] Gegen das Berufungsurteil richtet sich die vom Berufungsgericht für zulässig erklärte **Revision** der Beklagten mit einem auf Klageabweisung gerichteten Abänderungsantrag. Als Revisionsgrund wird unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

[17] Der Kläger beantragt in seiner **Revisionsbeantwortung** die Zurückweisung der Revision, hilfsweise ihr den Erfolg zu versagen.

[18] Der Inhalt der Klauseln, das Vorbringen der Parteien in erster Instanz, die rechtlichen Beurteilungen der Vorinstanzen und die Ausführungen in der Revision und der Revisionsbeantwortung werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln dargestellt.

[19] Die Revision ist zulässig. Die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, stellt eine erhebliche Rechtsfrage dar, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RS0121516); dies ist hier der Fall.

[20] Die Revision ist auch teilweise berechtigt.

[21] Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Prüfung von Vertragsklauseln im Verbandsprozess (vgl zuletzt etwa 10 Ob 23/24s [Rz 7 ff] mwN) wird vorab auf die zutreffenden, in der Revision auch nicht in Frage gestellten Ausführungen in der Berufungsentscheidung (Seiten 4 bis 7) verwiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

Klausel 1:

„2.3. [...] Der DAZN Service umfasst dabei keine bestimmten, gleichbleibenden Inhalte; aufgrund der

periodischen Neuvergabe von Lizenzen seitens unserer Lizenzgeber unterliegen die vom DAZN Service im Einzelnen umfassten Inhalte vielmehr gelegentlichen Veränderungen etwa bei Wegfall bestehender oder Hinzukommen neuer Lizenzen. Die Inhalte unterliegen Gebietsbeschränkungen, d.h. in jedem Gebiet stehen unterschiedliche Inhalte zur Verfügung. Ein Katalog der jeweils aktuellen Inhalte, die in deinem Gebiet verfügbar sind, kann auf der Internetseite von DAZN eingesehen werden.“

[22] Der **Kläger** vertrat in erster Instanz den Standpunkt, die Klausel sehe ohne Einschränkungen und unabhängig von der jeweiligen Mindestlaufzeit ein einseitiges Vertragsänderungsrecht vor und sei daher nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässig. Weiters verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil sie eine schrankenlose Änderung des Leistungsangebots ermögliche. Der Verbraucher könne sich über das mögliche Ausmaß der Leistungsänderung auf Grundlage der Klausel kein Bild machen. Es sei unklar, wo auf der Internetseite der „Katalog der jeweils aktuellen Inhalte, die in deinem Gebiet verfügbar sind,“ auffindbar sei. Die Klausel beinhalte zudem eine nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige Beweislastverschiebung, sei iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend, weil sie das Leistungsversprechen der Beklagten aushöhle, und verstoße auch gegen § 9 KSchG.

[23] Die **Beklagte** bestritt die behaupteten Gesetzesverstöße. Die Klausel stelle bloß eine vertragliche und transparente Definition ihres Angebots dar und gebe ihr kein Vertragsänderungsrecht.

[24] Das **Erstgericht** vertrat die Ansicht, die Klausel sehe bei kundenfeindlichster Auslegung ein einseitiges Vertragsänderungsrecht ohne sachliche Rechtfertigung vor

und verstoße daher gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Zudem verletze sie das Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar bleibe, was mit „gelegentlichen Veränderungen“ gemeint sei.

[25] Das **Berufungsgericht** bejahte einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Die Klausel ermögliche bei kundenfeindlichster Auslegung auch eine nicht nur geringfügige Änderung der von der Beklagten zu erbringenden Leistungen. Da zumutbare Änderungen nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG geringfügig und sachlich gerechtfertigt sein müssten, sei auf die Frage, ob die Änderungen allenfalls sachlich gerechtfertigt sein könnten, nicht einzugehen.

[26] Die Beklagte vertritt in ihrer **Revision** die Ansicht, aufgrund der „Lizenzvolatilität“ sei der Änderungsvorbehalt sachlich gerechtfertigt und dem Verbraucher auch zumutbar. Denke man den Ansatz des Berufungsgerichts zu Ende, dürfte sie eine einmal erlangte Sendelizenz nie wieder verlieren, weil sie den Inhalt ihres Programms ja über den Grad der Geringfügigkeit hinaus nicht ändern dürfte. Dies hätte aber die Konsequenz, dass sie für jeden einzelnen Sendelizenzzerhalt und ungeachtet deren jeweiligen Rentabilität stets die allerhöchsten wirtschaftlichen Anstrengungen unternehmen müsste, um ihr Angebot stets unverändert zu lassen. Im Ergebnis bedeutete dies, dass ihr jeglicher Spielraum bei ihrer jeweiligen Budgetierung und Prioritätensetzung verwehrt wäre, was als erheblicher Eingriff in ihr wirtschaftliches Handeln vollkommen unverhältnismäßig und unbillig wäre; dies werde noch dadurch weiter verschärft, dass es sich bei den Sport-Sende-Lizenzvergaben um stark umkämpfte Bieter- bzw Vergabeverfahren handle.

[27] Der Kläger hält in seiner **Revisions-**

beantwortung seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht und führt insbesondere ins Treffen, dass es massiv von den eigenen Dispositionen der Beklagten abhängt, welche Lizenzen sie erwerbe.

Der Senat hat erwogen:

[28] Das Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG) gilt gemäß seinem § 1 Abs 1 Z 2 lit a für zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) geschlossene Verträge über die Bereitstellung digitaler Leistungen gegen eine Zahlung. Der Begriff „digitale Leistungen“ bezeichnet dabei digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen (§ 2 Z 1 VGG). Streamingdienste wie jene der Beklagten unterliegen nach allgemeiner Ansicht dem VGG (*Schmitt*, Das neue Gewährleistungsrecht ab 2022: Digitale Leistungen und mehr, *jusIT* 2021/67 [186]; *Flume/Ziegler* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG [2022] § 1 Rz 60 ff; *Schmitt*, Das neue Gewährleistungsrecht – Schwerpunkt digitale Leistungen [2022] 31; *W. Faber* in *KBB*⁷ [2023] § 1 VGG Rz 16; vgl auch ErläutRV 949 BlgNR 27. GP 15 und ErwG 31 Digitale-Inhalte-Richtlinie [EU] 2019/770 [jeweils: „digitale Fernsehdienste“]; für Deutschland statt vieler *Steinrötter* in *Staudinger* [2023] § 327 BGB Rz 78).

[29] Für den Fall, dass die digitale Leistung nach dem Vertrag fortlaufend über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum bereitzustellen ist, kann der Unternehmer gemäß § 27 Abs 1 VGG – über die in § 5 Z 4 und § 7 VGG vorgesehenen Aktualisierungen hinaus – die digitale Leistung ändern, „wenn 1. im Vertrag eine solche Änderung sowie ein triftiger Grund dafür vorgesehen sind, 2. die Änderung für den Verbraucher nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden ist, 3. der Verbraucher klar und verständlich über die Änderung informiert wird und 4. der Verbraucher bei einer nicht nur

geringfügigen Beeinträchtigung (Abs 2) in angemessener Frist im Vorhinein mittels eines dauerhaften Datenträgers über die Merkmale und den Zeitpunkt der Änderung sowie über sein Vertragsauflösungsrecht nach Abs 2 oder über die Möglichkeit der unveränderten Beibehaltung nach Abs 4 informiert wird“. Der Verbraucher ist gemäß § 27 Abs 2 Satz 1 VGG zur kostenfreien Auflösung des Vertrags berechtigt, wenn durch die Änderung sein Zugang zur digitalen Leistung oder deren Nutzung nicht nur geringfügig beeinträchtigt werden. Er ist zur Auflösung des Vertrags nicht berechtigt, wenn ihm der Unternehmer die unveränderte Beibehaltung der digitalen Leistung ohne zusätzliche Kosten ermöglicht und die digitale Leistung weiterhin dem Vertrag entspricht (§ 27 Abs 4 VGG).

[30] Mit § 27 VGG wird Art 19 der Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen („Digitale-Inhalte-Richtlinie“ – DIRL) in das österreichische Recht umgesetzt. Durch § 27 enthält das VGG eine besondere Regelung einer einseitigen Leistungsänderung, die – unter anderem durch das Abstellen auf einen „triftigen“ Grund – von der Vorschrift des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG abweicht, die in AGB (oder Vertragsformblätter) vorgesehene Leistungsänderungen regelt. Wie auch Art 19 DIRL (siehe insb Abs 1 lit a) hängt § 27 VGG (siehe insb Abs 1 Z 1) aber nicht davon ab, ob die vertragliche Vereinbarung, die eine Änderung der digitalen Leistung vorsieht, in AGB enthalten ist.

[31] In der Literatur wird vertreten, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Verfasser der DIRL den Umstand, dass eine Vereinbarung iSd Art 19 Abs 1 lit a DIRL (bzw § 27 Abs 1 Z 1 VGG) in der Regel in Form von AGB abgeschlossen sein wird, übersehen haben, müsse eine solche

Vereinbarung nicht nur auch in AGB möglich sein, sondern es sei auch § 27 VGG gegenüber § 6 Abs 2 Z 3 KSchG (respektive Nr 1 lit k des Anhangs der [Klausel-]Richtlinie 93/13/EWG) als *lex specialis* anzusehen (*G. Kodek, Änderung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen* (Art 19 DIRL), in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht* [2019] 141 [146]; *G. Kodek/Leupold, Gewährleistung NEU* [2019] 91 f).

[32] Allerdings wird in Deutschland zum Verhältnis der DIRL zur KlauselRL – wenngleich wohl aufgrund der deutschen Gesetzesmaterialien zu § 327r Abs 1 Z 1 BGB (BT-Drs. 19/27653, 77) vorgegeben – in der Literatur eine parallele Anwendung des Gesetzesregimes zu AGB-Klauseln und des Gesetzesregimes zu digitalen Leistungen vertreten (vgl *Metzger* in *MünchKommBGB*⁹ III [2022] § 327r Rz 3; *Grüneberg* in *Grüneberg, BGB*⁸⁴ [2025] § 327 Rz 2).

[33] Ob § 27 VGG die Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG bei der Regelung der Zulässigkeit einer einseitigen Vertragsänderung verdrängt, kann hier mangels Entscheidungsrelevanz aber offen bleiben, weil die Klausel jedenfalls intransparent ist:

[34] Zumal das VGG keine dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG entsprechende Bestimmung enthält (§ 27 Abs 1 Z 3 VGG betrifft nur die Information über die Leistungsänderung, nicht die Vereinbarung des Änderungsrechts selbst), findet dieses jedenfalls neben § 27 VGG Anwendung (*Parzmayr* in *Flume/Kronthaler/Laimer, VGG* [2022] § 27 Rz 12 mwH; allgemein *G. Kodek/Leupold, Gewährleistung NEU* [2019] 92 f). Im Vertrag muss die Leistungsänderung damit nicht nur vorgesehen sein (§ 27 Abs 1 Z 1 VGG), sondern die betreffende Vertragsbestimmung muss, wenn sie in AGB enthalten ist, auch klar und

verständlich abgefasst sein (e contr § 6 Abs 3 KSchG).

[35] Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RS0122169 [T2]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittsverbrauchers (RS0126158).

[36] Durch die Wendung „etwa bei Wegfall bestehender oder Hinzukommen neuer Lizenzen“ erweckt die Klausel den Eindruck, dass die von der Beklagten geschuldete Leistung auch aus anderen Gründen als der „Neuvergabe von Lizenzen“ eine Änderung erfahren kann. Welche Gründe dies sein sollten, sagt die Klausel nicht; sie ist daher iSd § 6 Abs 3 KSchG intransparent.

Klausel 2:

„2.6. Du darfst ausschließlich in dem Land, in dem du deine Mitgliedschaft abgeschlossen hast, auf den DAZN-Service zugreifen und die in diesem Land zur Verfügung stehenden Inhalte streamen. Solltest du erfolgreich für die grenzüberschreitende Portabilität (bitte siehe dazu auch unsere FAQ) des DAZN-Services verifiziert werden können, erhältst du Zugang zum DAZN-Service, wenn du dich vorübergehend in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums („EWR“) aufhältst, unabhängig davon, ob der DAZN-Service grundsätzlich in dem Mitgliedstaat des EWR verfügbar ist.“

[37] Der **Kläger** beanstandete die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Es sei unklar, wie und unter welchen Voraussetzungen ein Verbraucher für die „grenzüberschreitende Portabilität [...] des DAZN-Services verifiziert“ werden könne. Der Entfall des zweiten

Klauselteils führe zwingend auch zum Entfall des ersten, ansonsten ein Verstoß gegen die Portabilitätsverordnung (VO [EU] 2017/1128) vorläge.

[38] Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel beziehe sich lediglich auf die Portabilitätsverordnung samt den „Verifikationsvoraussetzungen“ in deren Art 5. Der österreichische Verbraucher werde, wie auf der Website der Beklagten erklärt, bei seiner Registrierung automatisch für die Portabilität verifiziert.

[39] Das **Erstgericht** qualifizierte die Klausel als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil ihr nicht zu entnehmen sei, wie und wovon eine positive grenzüberschreitende Portabilitätsverifizierung abhänge, zumal zum Zeitpunkt der Klagseinbringung auch der Hinweis in den FAQ nicht abrufbar gewesen sei. Verbraucher könnten sich anhand der Klausel kein Bild davon machen, ob und wie sie die Dienste der Beklagten in anderen EWR-Staaten nutzen könnten.

[40] Das **Berufungsgericht** teilte diese Rechtsansicht. Aufgrund der Klausel sei es für den Durchschnittskunden nicht nachvollziehbar, unter welchen Voraussetzungen eine erfolgreiche Verifizierung für die grenzüberschreitende Portabilität und somit eine Nutzung des Angebots der Beklagten auch im EU-Ausland stattfinden könnten. Die Klausel vermittele auch dahin ein unklares Bild, als sie den Eindruck erwecke, es wäre für die Nutzung in einem Mitgliedstaat des EWR eine gesonderte Verifizierung notwendig.

[41] Die **Beklagte** führt in ihrer **Revision** die Feststellung ins Treffen, dass ihre Kunden wegen des von ihr angebotenen Portabilitätsservices ihre Angebote automatisch auch in einem anderen EU-Land streamen könnten. Schon

deshalb habe die Klausel „keinen Raum für irgendeine faktische Anwendbarkeit“. Sie sei auch nicht intransparent, weil sie wahrheitsgemäß nur darauf hinweise, dass der Kunde auch dann einen Zugang zum DAZN-Service erhalte, wenn er sich vorübergehend in einem Mitgliedstaat des EWR aufhalte. Dass – wie vom Berufungsgericht angenommen – sich der Verbraucher kein Bild darüber machen könne, wie und wovon eine positive grenzüberschreitende Portabilitätsverifizierung abhängt, sei aufgrund der festgestellten automatischen Freischaltung nicht relevant. Zudem fehle es aufgrund der Nachreichung der FAQ an der Wiederholungsgefahr.

[42] Der Kläger hält in der **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht und ergänzt, die Klausel sei auch deshalb unzulässig, weil die unionsrechtlich gebotene grenzüberschreitende Portabilität von Online-Inhaltsdiensten erfordere, dass der grenzüberschreitenden Nutzung keine Steine in den Weg gelegt würden.

Der Senat hat erwogen:

[43] Aus dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben. Zweck des Verbandsprozesses ist es nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist, sondern es sollen auch Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Eine Klausel, die zwar nur eine geltende Rechtslage wiedergibt, aber unvollständig, sodass der Verbraucher einen unrichtigen Eindruck von seiner Rechtsposition bekommen kann, ist intransparent (RS0115219 [T1, T55]).

[44] Die gegenständliche Klausel stellt die Rechtslage unverständlich dar, weil sie den Eindruck erweckt, es wäre

eine gesonderte Verifizierung notwendig, um in anderen EWR-Staaten die Leistungen in Anspruch nehmen zu können. Aufgrund ihrer Formulierung erweckt sie beim Kunden den Eindruck, er könne die Inhalte der Beklagten in anderen EWR-Staaten nur streamen, wenn er „erfolgreich“ für die grenzüberschreitende Portabilität des Services der Beklagten verifiziert werden „kann“. Solches entspräche aber nicht der Rechtslage, zumal gemäß Art 3 Abs 1 der Verordnung (EU) 2017/1128 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt („Portabilitätsverordnung“) der Anbieter eines Online-Inhaltedienstes, der gegen Zahlung eines Geldbetrags bereitgestellt wird, einem Abonnenten, der sich vorübergehend in einem Mitgliedstaat aufhält, zu ermöglichen hat, in derselben Form wie in seinem Wohnsitzmitgliedstaat auf den Online-Inhaltedienst zuzugreifen und ihn zu nutzen, indem unter anderem der Zugriff auf dieselben Inhalte, für dieselben Arten und dieselbe Zahl von Geräten, für dieselbe Zahl von Nutzern und mit demselben Funktionsumfang gewährt wird.

[45] Dass die Kunden der Beklagten – wie festgestellt und in der Revision ins Treffen geführt – automatisch deren Angebote auch in einem anderen EWR-Land streamen können, ändert nichts daran, dass die Klausel die aus Art 3 Abs 1 der Portabilitätsverordnung ersichtliche Rechtslage unrichtig darstellt, indem sie suggeriert, für eine Verifizierung müssten besondere Voraussetzungen – die der Kunde womöglich nicht erbringt – gegeben sein.

[46] Die Klausel ist daher jedenfalls intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

[47] Nach der Rechtsprechung ist es als Indiz für das Vorhandensein einer Wiederholungsgefahr zu werten, wenn

der Beklagte im Prozess seine Unterlassungspflicht bestreitet und keine Gewähr für das zukünftige Unterlassen des inkriminierten Verhaltens besteht (vgl. RS0012055). Zumal die Beklagte weiterhin – auch in der Revision – die Gesetzwidrigkeit der Klausel bestreitet, kann aufgrund des bloßen Nachtragens der FAQ noch kein Wegfall der Wiederholungsgefahr angenommen werden. Die Beklagte wurde daher zu Recht zur Unterlassung der Klausel verurteilt.

Klausel 3:

„5.2. Die Zahlung für eine zahlungspflichtige Mitgliedschaft und/oder Add-On-Events muss durch eines der in deinem Land anerkannten Zahlungsmittel, die dir während des Anmeldevorgangs mitgeteilt werden, z.B. Kreditkarte, Debitkarte, PayPal oder über ein anderes gängiges, gültiges und akzeptiertes Zahlungsmittel, einschließlich unterstützter Drittzahlungsanbieter, erfolgen ('Zahlungsmittel'). [...]“

[48] Der **Kläger** beanstandete die Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil sie es bei kundenfeindlichster Auslegung ermögliche, auch weit verbreitete Zahlungsmittel auszuschließen bzw die Zahlungsmöglichkeiten auf nur eine einzige Zahlungsart einzuschränken. Dies ergebe sich bereits aus der Formulierung „eines der in deinem Land anerkannten Zahlungsmittel“. Die Klausel sei zudem intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

[49] Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel bringe nur zum Ausdruck, dass das Zahlungsmittel in Österreich allgemein akzeptiert sein müsse. Sie ermögliche es der Beklagten nicht, in Österreich weit verbreitete Zahlungsmittel auszuschließen.

[50] Das **Erstgericht** qualifizierte die Klausel als intransparent und gröblich benachteiligend. Sie ermögliche es

der Beklagten sehr wohl, auch weit verbreitete Zahlungsmittel auszuschließen, weil sie dem Konsumenten das Zahlungsmittel anlässlich des Anmeldevorgangs mitteile. Teile sie – wie in der Klausel formuliert – nur eines der beispielhaft angeführten Zahlungsmittel mit, sei bereits dadurch die Beschränkung evident.

[51] Nach dem **Berufungsgericht** wäre die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung dahin zu verstehen, dass die Beklagte zumindest ein Zahlungsmittel im Zuge des Anmeldevorgangs mitteilen müsse, welches entweder eines der beispielhaft genannten Zahlungsmittel oder ein anderes gängiges, gültiges und akzeptiertes Zahlungsmittel sei. Damit könnte aber die Möglichkeit der Zahlung auf ein – allenfalls erst im Zuge des Anmeldevorgangs bekanntgegebenes – Zahlungsmittel reduziert werden, was eine gröbliche Benachteiligung der Verbraucher iSd § 879 Abs 3 ABGB darstellte. Darüber hinaus sei die Formulierung „oder ein anderes gängiges, gültiges und akzeptiertes Zahlungsmittel“ intransparent, weil nicht klar sei, welches Zahlungsmittel damit gemeint sein könnte.

[52] Die Beklagte hält dem in **Revision** entgegen, durch die Formulierung der Klausel sei klar, dass die Zahlungsmöglichkeiten des Kunden nicht beschränkt seien; die Klausel nenne mehrere Zahlungsmittel beispielhaft, um möglichst viele gängige Zahlungsmittel abzubilden. Der zu Unrecht als intransparent qualifizierte Verweis auf „eines der in deinem Land anerkannten Zahlungsmittel“ stelle lediglich klar, dass das vom Kunden verwendete Zahlungsmittel in Österreich anerkannt sein müsse. Es könne keine Rede davon sein, dass das Wort „eines“ in diesem Zusammenhang der Beklagten die Möglichkeit eröffne, die im Zuge des Anmeldevorgangs bekanntgegebenen Zahlungsmittel auf ein

einziges zu beschränken. Darüber hinaus verweise die Klausel letztlich auch auf „ein anderes gängiges, gültiges und akzeptiertes Zahlungsmittel“ und damit auf ein solches, welches im Zuge des Anmeldevorgangs nicht genannt werde.

[53] Der Kläger hält in der **Revisionsbeantwortung** seine bisherige Rechtsansicht aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[54] Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist eine Klausel gröblich benachteiligend, wenn sie das Lastschriftverfahren als einzig zulässige Zahlungsart vorsieht (7 Ob 151/07t [Klausel 7]), „die Wahl der Zahlungsart weitgehend einschränkt“ (so 1 Ob 124/18v [Klausel 5]), oder den Verbraucher zwingt, Einzüge von seinem Konto – sei es im Wege des SEPA-Lastschriftverfahrens, sei es im Wege der Kreditkarte – zunächst hinzunehmen und bei einem zu hohen Einzug aktiv zu werden und fristgerecht die Rückzahlung zu begehren (9 Ob 38/19g [Klausel 13]).

[55] Nach der Formulierung der gegenständlichen Klausel muss die Zahlung durch eines der im Land des Kunden anerkannten Zahlungsmittel, die während des Anmeldevorgangs mitgeteilt werden, erfolgen. Die Formulierung „Zahlungsmittel, die dir [...]“ kann – auch bei kundenfeindlichster Auslegung – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nur so verstanden werden, dass mehrere Zahlungsmittel angeboten werden. Ansonsten hätte in der Klausel nicht das Wort „die“ (Plural), sondern das Wort „das“ (Singular) verwendet werden müssen.

[56] Die Auswahl der (zumindest zwei) Zahlungsmöglichkeiten steht nach der Formulierung der Klausel aber der Beklagten zu. Sie könnte dem Verbraucher zB lediglich ein SEPA-Lastschriftverfahren und alternativ

dazu die Hinterlegung der Kreditkartendaten anbieten und damit eine Situation schaffen, in der der Verbraucher zunächst einen überhöhten Einzug nicht verhindern kann und den Mehrbetrag sodann aktiv zurückfordern muss. Damit ist die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB (vgl 9 Ob 38/19g [Klausel 13]). Ob sie auch gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt, ist damit nicht mehr entscheidungsrelevant.

Klausel 4:

„5.6. Wenn Du eine zahlungspflichtige Mitgliedschaft mit einer Mindestvertragslaufzeit von mindestens 3 Monaten mit uns abgeschlossen hast, werden bei einem Zahlungsverzug von entweder zwei aufeinanderfolgenden Monaten oder eines Gesamtbetrags, der den für Dich geltenden Preis für die Mitgliedschaft für zwei Monate übersteigt, sofort, d.h. mit Eintritt des Verzugs, die gesamten bis zum Ende der Mindestlaufzeit der Mitgliedschaft noch ausstehenden Zahlungen fällig und werden von uns über das von dir gewählte Zahlungsmittel abgerechnet.“

[57] Der **Kläger** begründete seine Beanstandung der Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB damit, dass mit ihr alle vereinbarten Zahlungsziele ihre Wirksamkeit verlören und Forderungen vorzeitig fällig gestellt werden könnten, wenn der Verbraucher mit zwei Zahlungen in Verzug gerate. Zudem verstoße die Klausel gegen § 14 Abs 3 VKrG (analog) und stelle auch die Rechtslage falsch dar (§ 6 Abs 3 KSchG).

[58] Die **Beklagte** erwiderte, da auch sich im Zahlungsverzug befindende Abonnenten weiterhin alle Inhalte konsumieren könnten und sie damit ihre Leistungen erbringe, ohne dafür das vereinbarte Entgelt zu erhalten, habe sie bei einem Zahlungsverzug das berechtigte Interesse, die Abonnementgebühren für die restliche Vertragslaufzeit im

Voraus zu erhalten. § 14 Abs 3 VKrG gelte nur für Kreditgeschäfte nach dem VKrG und sei nicht analog anzuwenden.

[59] Das **Erstgericht** urteilte, die Regelung eines Terminsverlusts im Verbrauchergeschäft sei zwar nicht per se verboten, da die Klausel aber nicht auf ein Verschulden abstelle und mit ihr sämtliche vereinbarten Zahlungsziele und -fälligkeiten ungültig würden, sei sie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

[60] Das **Berufungsgericht** bejahte einen Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 6 KSchG. Die Klausel habe zur Folge, dass der Kunde eine Vorausleistung („die noch ausstehenden Zahlungen“) für Streamingangebote, die er zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht erhalten habe, erbringen müsse. § 6 Abs 1 Z 6 KSchG schließe zwar die Vereinbarung einer Vorausleistung durch den Verbraucher nicht von vornherein aus. Dies gelte aber nicht, wenn dessen Leistungsverweigerungsrecht umgangen würde. Genau dies könne hier bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel nicht ausgeschlossen werden, weil für den Zeitraum der Mindestlaufzeit auch in dem Fall, in dem der Kunde aus von der Beklagten zu vertretenden Gründen deren Leistungen nicht in Anspruch nehmen könne, kein Zurückbehaltungsrecht für die infolge eines Terminsverlusts bereits vorweg erfolgten Zahlungen bestünde.

[61] Die Beklagte hält in der **Revision** dem Berufungsgericht entgegen, auch wenn er seinen Zahlungsverzug nicht verschuldet haben mag, liege keine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers vor, weil die Beklagte ein berechtigtes Sicherheitsinteresse habe. Die Bedenken des Berufungsgerichts, das Leistungsverweigerungsrecht des Verbrauchers könne durch die Klausel

umgangen werden, seien unberechtigt, zumal die Vereinbarung einer Vorleistung des Verbrauchers grundsätzlich zulässig sei und mit einer solchen Vereinbarung der Entfall des Leistungsverweigerungsrechts schon rein faktisch stets verbunden sei. Hier handle es sich überdies um keine anlasslose entsprechende Vereinbarung, sondern um die Vereinbarung des Terminverlusts, wenn der Verbraucher bereits einen maßgeblichen Zahlungsverzug zu vertreten habe.

[62] Der Kläger schließt sich in der **Revisionsbeantwortung** der Beurteilung des Berufungsgerichts an.

Der Senat hat erwogen:

[63] Im Verbandsverfahren nach § 28 KSchG kann sich die Rechtsmittelentscheidung auf rechtliche Argumente zur Unzulässigkeit einzelner Klauseln stützen, die im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht vorgetragen wurden (6 Ob 120/15p [Pkt 2; RS0127694 [T4]). Dass das Berufungsgericht die Klausel im Lichte des § 6 Abs 1 Z 6 KSchG überprüfte, ist damit nicht zu beanstanden.

[64] Der Oberste Gerichtshof hatte zu 9 Ob 69/11d eine Klausel (Klausel 4) in einem Fitness-Studio-Vertrag zu beurteilen, die einen Terminverlust im Falle eines Verzugs in der Dauer von mindestens sechs Wochen und Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen vorsah. Es wurde auf einen Verstoß der Klausel gegen die Vorschrift § 6 Abs 1 Z 6 KSchG erkannt. Danach sind für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB nicht verbindlich, nach denen das Recht des Verbrauchers, seine Leistung nach § 1052 ABGB bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung zu verweigern, für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass der Unternehmer seine Leistung nicht vertragsmäßig erbringt oder ihre Erbringung durch seine

schlechten Vermögensverhältnisse, die dem Verbraucher zur Zeit der Vertragsschließung weder bekannt waren noch bekannt sein mussten, gefährdet ist. § 6 Abs 1 Z 6 KSchG schließt zwar die Vereinbarung einer Vorausleistung durch den Verbraucher nicht von vornherein aus. Dies gilt aber nicht, wenn dessen Leistungsverweigerungsrecht umgangen wird (vgl RS0020072; 2 Ob 137/08y [Pkt 4.2.7.] mwN).

[65] Genau dies kann hier – wie bereits vom Berufungsgericht erkannt – bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel nicht ausgeschlossen werden. Nach der Klausel würden mit Eintritt des Verzugs „die gesamten bis zum Ende der Mindestlaufzeit der Mitgliedschaft noch ausstehenden Zahlungen fällig“, und zwar auch in dem Fall, in dem der Kunde aus von der Beklagten zu vertretenden Gründen deren Leistungen gar nicht in Anspruch nehmen kann und damit an sich ein Leistungsverweigerungsrecht hätte.

[66] Da die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 6 KSchG verstößt, erübrigt sich ein Eingehen auf die vom Kläger behaupteten weiteren Gesetzesverletzungen.

Klausel 5:

„5.9. Wir behalten uns das Recht vor, den Preis für die zahlungspflichtige Mitgliedschaft und/oder Add-On-Events in [...] Österreich [...] nach Vertragsschluss an sich veränderte Marktbedingungen anzupassen, soweit sich die für die Kalkulation dieser Preise relevanten Bereitstellungskosten für den DACH Markt ('Gesamtkosten') erheblich erhöhen und wir diese Erhöhung nicht durch eine Saldierung mit rückläufigen anderen Kostenfaktoren ausgleichen können ('Gesamtkostenerhöhung').

Unsere Bewertungsgrundlage für die Ermittlung der Gesamtkosten sind Änderungen folgender Kostenelemente, wobei die Gewichtung des einzelnen Kostenelements für

unsere Kalkulation der Gesamtkosten von links nach rechts abnimmt: Entgelte für Sportübertragungslizenzen, Kosten für die technische Bereitstellung des DAZN-Services (insbesondere gesteigerte Energie- und Produktionskosten), Kundenservice- und sonstige Umsatzkosten, allgemeine Verwaltungskosten, staatlich auferlegte Gebühren, Abgaben und Steuern (exkl. der Mehrwertsteuer), sowie Löhne (inkl. Tariflöhnen). Wir können den Preis für die zahlungspflichtige Mitgliedschaft und/oder den Preis für Add-On-Events nur um den Betrag anpassen, der zum Ausgleich einer Gesamtkostenerhöhung erforderlich ist. Eine Erhöhung des Preises für die zahlungspflichtige Mitgliedschaft und/oder Add-On-Events kann nicht zur Erzielung eines zusätzlichen Gewinns erfolgen. Wir verpflichten uns zugleich, Senkungen der Gesamtkosten an dich weiterzugeben.“

[67] Der **Kläger** relevierte einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

[68] Die **Beklagte** replizierte zusammengefasst, Lizenzen könnten sich im Rahmen einer jeden Neuvergabe spürbar verteuern. Dies sowie die Kosten für die technische Bereitstellung ihrer Services, staatlich auferlegte Gebühren, Abgaben und Steuern sowie Kundenservicekosten, sonstige Umsatzkosten, allgemeine Verwaltungskosten sowie Löhne könnten von ihr nicht beeinflusst werden. Die Wortfolge „von links nach rechts“ bilde die übliche Leserichtung ab. Da die Klausel vorsehe, dass eine Weitergabe der Kosten keinesfalls den Gewinn der Beklagten steigern dürfe, sei klar, dass es bloß um eine Weitergabe von Kostenänderungen gehe.

[69] Nach dem **Erstgericht** lässt die Klausel unbeschränkte Preiserhöhungen zu, weil sie selbst keine für den Kunden nachvollziehbaren Parameter und/oder Beschränkungen normiere. Sie sei daher intransparent (§ 6

Abs 3 KSchG), gröblich benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB) und verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

[70] Das **Berufungsgericht** bestätigte das Ersturteil. Die Klausel sei intransparent, weil sie offen lasse, wie sich die in ihr genannten „Bereitstellungskosten“ änderten und um welche Kosten, Gebühren und Steuern es sich handelte, sodass für den Verbraucher nicht überprüfbar bzw nachvollziehbar sei, wann und weshalb sich der Preis ändern könne. Bei kundenfeindlichster Auslegung verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, da schon innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsschluss eine Entgeltänderung eintreten könne.

[71] Die Beklagte vertritt in ihrer **Revision** den Standpunkt, die Klausel umschreibe die für die Preisänderung maßgebenden Umstände ausreichend deutlich; die Umstände seien auch sachlich gerechtfertigt, weil sie Elemente der Gesamtkostenstruktur der Beklagten seien. Sie hingen auch nicht von ihrem Willen ab.

[72] Der Kläger hält in seiner **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht und entgegnete der Beklagten unter anderem, das Verhältnis ihrer Kostenfaktoren zueinander und deren Einflussgewichtung entfalteteten für das Verhältnis zwischen ihr und dem Konsumenten keinerlei rechtliche Relevanz.

Der Senat hat erwogen:

[73] Nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sind Vertragsbestimmungen unverbindlich, nach denen dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung

maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.

[74] Zweck der Norm ist es, den Verbraucher vor überraschenden Preiserhöhungen zu schützen (RS0124336). Die Verpflichtung des Unternehmers, gegebenenfalls auch den Preis herabzusetzen, ist erforderlich, um eine ausgewogene Verteilung der Vor- und Nachteile zu gewährleisten und um Regelungen allein zu Lasten des Verbrauchers auszuschließen (RS0117365). § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt auch für Dauerschuldverhältnisse (RS0124336; 8 Ob 81/24f [Pkt 1.2.]).

[75] Der Oberste Gerichtshof hatte zu 9 Ob 38/19g eine Klausel (Klausel 24) zu beurteilen, die Preisänderungen aufgrund geänderter Lizenzkosten für Film- und Sportrechte sowie Technikkosten vorsah. Für den Fall einer Preisreduktion sah die Klausel eine Kostensenkung vor. Der Oberste Gerichtshof erwog dazu, dass der Eintritt der im Vertrag angeführten Faktoren nicht vom Willen des konkreten Unternehmers abhängig sein dürfe, er dürfe auf sie keinen messbaren Einfluss haben. Sie müssten „von außen“ kommen; ansonsten sei der Umstand nicht „sachlich gerechtfertigt“ im Sinne des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Nach den 9 Ob 38/19g zugrundeliegenden Feststellungen wurden die Lizenzkosten für Film- und Sportrechte von der damaligen Beklagten verhandelt. Damit war nach der Beurteilung des Obersten Gerichtshofs jedenfalls der in der Klausel genannte Umstand der Erhöhung von Lizenzkosten für den Erwerb von Film und Sportrechten nicht sachlich gerechtfertigt, weshalb die Klausel als Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gewertet wurde.

[76] Der Sachverhalt der genannten Entscheidung ist mit dem hier zu beurteilenden im Wesentlichen ident. Die

Lizenzvergabe erfolgt durch regelmäßige Ausschreibungen. Die Beklagte entscheidet selbst, welchen Sparten sie Priorität einräumt und wie viel sie für Lizenzen bietet. Die Entgelte für Sportübertragungslizenzen sind sogar der wichtigste Kostenpunkt in den Gesamtkosten der Beklagten. Weil er vom Willen der Beklagten abhängig ist, somit gerade nicht (nur) „von außen“ kommt, verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

[77] Den übrigen vom Kläger relevierten Gesetzesverstößen kommt damit keine Entscheidungsrelevanz mehr zu.

Klausel 6:

„5.10. Unabhängig davon ist DAZN bei erheblichen Veränderungen im Verbraucherpreisindex des Statistischen Bundesamts (als erhebliche Veränderung gilt eine Anhebung von 0,5 Prozentpunkten oder mehr gegenüber dem Vergleichszeitraum des Vorjahres) oder einer Erhöhung der auf den von dir zu bezahlenden Preis für die zahlungspflichtige Mitgliedschaft und/oder Add-On-Events anfallenden gesetzlichen Mehrwertsteuer berechtigt und für den Fall einer Senkung derselben verpflichtet, den Preis für die zahlungspflichtige Mitgliedschaft und/oder Add-On-Events entsprechend anzupassen.“

[78] Der **Kläger** relevierte Verstöße der Klausel gegen § 6 Abs 2 Z 4, § 6 Abs 1 Z 5 und 6 sowie § 6 Abs 3 KSchG und § 864a ABGB.

[79] Die **Beklagte** bestritt – soweit hier von Interesse –, dass die Klausel Erhöhungen und Senkungen der angesprochenen Faktoren unterschiedlich behandle.

[80] Das **Erstgericht** hielt die Klausel für nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig, weil sie nur der inflationsbedingten Absicherung diene, was sich aus dem

Wort „Anhebung“ ergebe.

[81] Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung. Die Klausel verstoße bei kundenfeindlichster Auslegung gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil die erhebliche Veränderung nur durch das Wort „Anhebung“ definiert werde. Darüber hinaus sei sie aus mehreren – vom Berufungsgericht näher erörterten Gründen – intransparent.

[82] Die Beklagte hält in ihrer **Revision** dem Berufungsurteil im hier interessierenden Punkt entgegen, die Klausel gehe durch das Wort „anzupassen“, das sowohl eine Anhebung als auch Absenkung umfasse, klar „in beide Richtungen“. Im Gesamtkontext beziehe sich das Wort „derselben“ nämlich auch auf alle in der Klausel genannten Faktoren, nicht nur die Mehrwertsteuer.

[83] Der Kläger tritt in seiner **Revisionsbeantwortung** im Wesentlichen der Sicht des Berufungsgerichts bei.

Der Senat hat erwogen:

[84] Preisgleitklauseln müssen aufgrund von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zweiseitig ausgestaltet sein, nämlich nicht nur eine Preiserhöhung, sondern ebenso eine Preissenkung vorsehen (vgl RS0117365; RS0119513).

[85] Die gegenständliche Klausel definiert im ersten Satzteil eine „erhebliche Veränderung“ im angeführten VPI als eine „Anhebung“ (desselben) bestimmten Ausmaßes. Aufgrund dieser Definition läge bei einer Senkung des VPI keine „erhebliche Veränderung“ vor. Der Passus „und für den Fall der Senkung derselben“ im zweiten Satzteil vermag daran nichts zu ändern, weil sich „derselben“ bei kundenfeindlichster (und durchaus nicht gänzlich fernliegender) Auslegung nur auf eine Senkung der (zuletzt genannten) Mehrwertsteuer, nicht hingegen auch auf eine

Senkung des VPI bezieht, sodass die Klausel so gelesen zwar bei einer Erhöhung des VPI eine Preissteigerung vorsieht, nicht aber bei dessen Senkung eine Preissenkung.

[86] Die Klausel ist damit wegen Verletzung des Erfordernisses der Zweiseitigkeit von Preisgleitklauseln nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig, ohne dass es auf die weiteren strittigen Punkte ankommt.

Klausel 7:

„5.11. Jegliche dieser Preisänderungen für zahlungspflichtige Mitgliedschaften und/oder Add-On-Events finden frühestens dreißig (30) Tage nach dem Tag unserer E-Mail-Benachrichtigung an deine zuletzt eingetragene E-Mail-Adresse Anwendung.“

[87] Der **Kläger** relevierte einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Die Verletzung der erstgenannten Bestimmung begründete er damit, dass die Klausel auf die unzulässigen Klauseln 5 und 6 Bezug nehme.

[88] Die **Beklagte** bestritt die behaupteten Rechtsverstöße; auch seien die verwiesenen Klauseln 5 und 6 nicht unzulässig.

[89] Nach dem **Erstgericht** ist die Klausel unzulässig, weil sie auf unwirksame Klauseln verweise. Zudem liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG vor.

[90] Das **Berufungsgericht** führte aus, dass ein Verweis auf unzulässige Bestimmungen im Klauselwerk zwingend die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung selbst zur Folge habe, sodass aufgrund der Unwirksamkeit der Klauseln 5 und 6 auch die darauf verweisende Klausel 7 unwirksam sei.

[91] Dagegen richtet sich die **Revision** der Beklagten, in der sie vorbringt, weil die Klauseln 5 und 6 zulässig seien verweise die Klausel 7 nicht auf unzulässige Bedingungen.

[92] Der Kläger hält in der **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[93] Nach ständiger Rechtsprechung führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung nach § 6 Abs 3 KSchG. Denn durch den Verweis wird die Bestimmung, auf die verwiesen wird, zu einem Teil der verweisenden Bestimmung, sodass eine getrennte Beurteilung nicht mehr möglich ist (4 Ob 227/06w [Pkt 2.3. lit b]; RS0122040 [T31]). Da die Klausel 7 auf die Klauseln 5 und 6 verweist und deren Unzulässigkeit feststeht, ist auch sie iSd § 6 Abs 3 KSchG unzulässig.

[94] Ob die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstößt, ist nicht mehr entscheidungsrelevant.

Klausel 8:

„5.12. Beträgt eine unter den Voraussetzungen der Ziffern 5.9 oder 5.10 vorgenommene Preiserhöhung mehr als 5 % des bis zum Zeitpunkt der Erhöhung geltenden Preises, bist du berechtigt, den Vertrag jederzeit innerhalb der dreißig (30) Tage ab dem Tag des Zugangs unserer Mitteilung über die Erhöhung mit Wirkung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Erhöhung zu kündigen. Kündigst du nicht oder nicht fristgemäß, wird das Vertragsverhältnis zu dem in der Mitteilung genannten Zeitpunkt mit dem geänderten Preis fortgesetzt.[...]“

[95] Der **Kläger** beanstandete die Klausel – auch aufgrund des Verweises auf die unzulässigen Klauseln 5 und 6 – als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG; zudem verstoße sie gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

[96] Die **Beklagte** vertrat den Standpunkt, es liege keine Intransparenz vor, weil die verwiesenen Klauseln nicht

zu beanstanden seien. Es sei zudem nicht nachvollziehbar, inwiefern die Zustimmungsfiktion nicht zulässig sein sollte.

[97] Das **Erstgericht** trat dem Standpunkt des Klägers bei. Aufgrund des Verweises auf unzulässige Klauseln verstoße die Klausel 8 gegen § 6 Abs 3 KSchG. Zudem nahm das Erstgericht einen Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG an.

[98] Das **Berufungsgericht** bestätigte die Beurteilung des Erstgerichts in Hinsicht auf die behauptete Verletzung von § 6 Abs 3 KSchG.

[99] Die Beklagte bringt in ihrer **Revision** vor, dass keine Intransparenz vorliege, weil die verwiesenen Klauseln bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht zu beanstanden seien. Im Übrigen verbiefe die Klausel 8 ein Sonderkündigungsrecht des Verbrauchers im Falle einer Preiserhöhung von mehr als 5 %, das aufgrund der Zulässigkeit einer Preiserhöhung nach den Klauseln 5 oder 6 nach den zwingenden gesetzlichen Regelungen gar nicht notwendig wäre. Die Klausel 8 stelle den Verbraucher also besser; sie schütze ihn vor einer zulässigen einseitigen Preiserhöhung, wenn diese die 5 %-Hürde übersteige. Dazu komme, dass der Kläger im Verfahren das in der Klausel 8 vorgesehene Sonderkündigungsrecht ausdrücklich nicht beanstandet habe.

[100] Der Kläger führt in seiner **Revisionsbeantwortung** insbesondere aus, die Klausel sei aufgrund des Verweises gesetzwidrig.

Der Senat hat erwogen:

[101] Da die Klausel 8 auf die unzulässigen Klauseln 5 und 6 verweist, ist sie iSd § 6 Abs 3 KSchG unzulässig; zur Vermeidung von Wiederholungen ist auf die Begründung der Unzulässigkeit der Klausel 7 zu verweisen. Die

Unzulässigkeit erfasst die gesamte Klausel, weil sie zwar nur in ihrem ersten Satz auf die unwirksamen Klauseln 5 und 6 verweist, ihr zweiter Satz aber durch das Wort „Mitteilung“ an ihren ersten Satz anknüpft.

[102] Zum Einwand der Beklagten, der Kläger habe im Verfahren das Sonderkündigungsrecht des Verbrauchers ausdrücklich nicht beanstandet, ist anzumerken, dass der Kläger lediglich im Rahmen seiner Beanstandung eines Gesetzesverstoßes der Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Besagtes erklärte (Schriftsatz ON 37 S 12); primär focht er die Klausel aber – wie ausgeführt zur Gänze berechtigt – nach § 6 Abs 3 KSchG an.

Klausel 9:

„Du verpflichtest dich dazu, dass du:

[...]

9.1.7. den DAZN-Service nicht an Orten schaust, an denen er von Teilen der Öffentlichkeit zeitgleich mitgeschaut werden kann, [...].“

[103] Der **Kläger** beanstandete die Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Verbraucher müssten Vorkehrungen treffen, um ein „Mitschauen“ des DAZN-Service von öffentlichen Orten aus hintanzuhalten. Möchte ein Verbraucher etwa im Garten, in einer Erdgeschosswohnung oder in einem Zug am Mobiltelefon das Angebot nutzen, müsste er also entsprechende Sichtschutzeinrichtungen anbringen. Das überspanne seine Sorgfaltspflichten. Eine Einschränkung, den DAZN-Stream lediglich für ein Public Viewing nicht zu verwenden, enthalte die Klausel nicht. Zudem sei iSd § 6 Abs 3 KSchG unklar, was unter Orten zu verstehen sei, „an denen er von Teilen der Öffentlichkeit zeitgleich mitgeschaut werden kann“.

[104] Der **Beklagte** erwiderte, da mobile Endgeräte in

der Regel nur sehr kleine und überdies stark spiegelnde Displays hätten, sei das Risiko, dass Teile der Öffentlichkeit auf diesem Wege mitschauten, gering. Die Klausel spreche deutlich erkennbar vor allem das Verbot an, den DAZN-Stream unberechtigtweise für ein Public Viewing – zB in Gastronomiebetrieben – zu verwenden. Aufgrund des Begriffs „Teile der Öffentlichkeit“ sei transparent beschrieben, was damit gemeint sei: Erstens gehe es um „Teile“, und damit mehrere Personen. Zweitens gehe es um die Öffentlichkeit, und damit um ein öffentliches „Setting“ – der allfällige Garten des Verbrauchers und seine allfällige Erdgeschosswohnung seien daher nicht von der „Öffentlichkeit“ umfasst. Zusätzlich sei die Klausel im Zusammenspiel bzw in der Gesamtschau mit den Klauseln 2.7 (auf private Zwecke beschränktes Nutzungsrecht) und 2.8 (Vertragsstrafe für öffentliche Vorführungen) zu lesen. Daraus ergebe sich in transparenter Weise, dass die Klausel 9.1.7 nur die bewusste, kommerzielle öffentliche „Vorführung“ von DAZN-Inhalten betreffe.

[105] Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Bei kundenfeindlichster Auslegung dürfe der Verbraucher das DAZN-Service nicht in Anspruch nehmen, wenn es von Teilen der Öffentlichkeit mitgeschaut werden könne, was in der Regel schon dann der Fall sei, wenn man sich außerhalb seiner eigenen vier Wände aufhalte. Dass sich die Bestimmung nur auf unzulässiges Public Viewing beziehe, lasse sich aus ihr nicht ableiten. Vielmehr dürfe bei kundenfeindlichster Auslegung das Service der Beklagten weder in gut besuchten Zügen oder Bussen noch in überfüllten U-Bahnen genutzt werden, weil all das Orte seien, an denen es von Teilen der Öffentlichkeit zeitgleich mitgeschaut

werden könne. Gerade in öffentlichen Verkehrsmitteln komme es häufig vor, dass Live-Sportübertragungen auf Handys oder Tablets konsumiert würden. Der Klausel nach müsste der Verbraucher, um sich vertragskonform zu verhalten, entweder auf den Konsum verzichten oder Vorkehrungen treffen, um ein „Mitschauen“ von beispielsweise Sitznachbarn und/oder dahinter sitzenden oder stehenden Personen zu verhindern.

[106] Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Beurteilung. Bei kundenfeindlichster Auslegung verbiete die Klausel dem Verbraucher die Nutzung des Angebots der Beklagten an öffentlichen Orten wie Parks oder öffentlichen Verkehrsmitteln, weil dort jedenfalls die Möglichkeit bestehe, dass Dritte mitschauten. Dies stelle eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB dar. Darüber hinaus erschließe sich aufgrund der Formulierung der Klausel für den Verbraucher nicht eindeutig, wo er das Angebot der Beklagten schauen dürfe und wo nicht, sodass die Klausel auch intransparent sei. Da die Klägerin jedoch offensichtlich nur die Untersagung von Punkt 9.1.7., nicht jedoch von Punkt 9.1.1. bis 9.1.6. und 9.1.8., begehre, sei das erstinstanzliche Urteil mit der Maßgabe zu bestätigen, dass die Verwendung des Obersatzes „Du verpflichtest dich dazu, dass du:“ nicht untersagt werde; anderenfalls würde den nicht bekämpften Punkten der Regelungsinhalt genommen.

[107] Dagegen richtet sich die **Revision** der Beklagten. Sie wiederholt ihren bisherigen Standpunkt und führt ergänzend aus, „Öffentlichkeit“ setze eine konkrete Wahrnehmbarkeit durch einen größeren Personenkreis von etwa zehn Personen voraus. Die Annahme, dass in öffentlichen Verkehrsmitteln auf einem Handybildschirm mehr als zehn Personen gleichzeitig mitschauten, sei lebensfremd, da der Kunde mit seinem eigenen Körper den Blickwinkel auf

den Bildschirm abdecke. Zudem seien Handy- und Tabletbildschirme so klein, dass ab einem Abstand von ca 1,5 Meter nichts Sinnvolles mehr erkennbar sei. Eine Intransparenz der Klausel liege nicht vor, da der Begriff „Öffentlichkeit“ bereits von der Rechtsprechung konkretisiert worden sei.

[108] Der Kläger hält in seiner **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[109] Den Vorinstanzen ist beizupflichten, dass die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung dem Verbraucher die Nutzung des Angebots der Beklagten an jedem Ort untersagt, an dem eine nicht berechtigte Person „mitschauen“ könnte. Dadurch werden die Nutzungsrechte des Verbrauchers ohne sachliche Rechtfertigung erheblich eingeschränkt. Die Klausel verstößt somit gegen § 879 Abs 3 ABGB.

[110] Auf die rechtliche Bedeutung des Begriffs „Öffentlichkeit“ in einzelnen Rechtsmaterien – etwa dem Strafrecht (§ 69 StGB; vgl dazu RS0091902) – kommt es entgegen der Ansicht der Revision nicht an, sondern ausschließlich auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0126158). Dass sich die Klausel, wie von der Beklagten vertreten, nur auf „kommerzielle öffentliche Vorführungen“ beziehe, ist ihr nicht zu entnehmen. Im Gegenteil spricht sie allgemein von „Orten“ und „Teilen der Öffentlichkeit“ und ist damit weit formuliert.

Klausel 10:

„9.2. Wir können deinen Zugang zum DAZN-Service aussetzen, deine Mitgliedschaft außerordentlich kündigen oder Werbeaktionen, Angebote oder Rabatte für dich

sperren, wenn:

9.2.1. wir berechnigte Gründe zu der Annahme haben, dass du den DAZN-Service [...] übermäßig [...] nutzt und/oder

[...]

9.2.3. wir berechnigte Gründe zu der Annahme haben, dass du gegen diese Bedingungen verstößt und/oder

[...]

9.2.5. wir [...] glauben, dass es aufgrund geltender Gesetze notwendig ist;

und wir dich erfolglos abgemahnt bzw. wir dir erfolglos eine Frist zur Abhilfe gesetzt haben. Abmahnung bzw. Fristsetzung gemäß dieser Ziffer 9.2 sind entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung unserer Rechte gemäß dieser Ziffer 9.2 rechtfertigen oder wenn dies anderweitig gesetzlich vorgesehen ist.“

[111]

Der **Kläger** relevierte einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Er vertrat zu Pkt 9.2.1. der Klausel den Standpunkt, eine Einschränkung, die eine übermäßige Nutzung begründen könne, sei mit den Verbrauchern nicht gültig vereinbart. Zudem sei unklar, wann eine übermäßige Nutzung vorliege. Dieser Teil der Klausel sei daher intransparent, gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Pkt 9.2.3. der Klausel sei gröblich benachteiligend, weil er auch einen Verstoß des Verbrauchers gegen unzulässige Bedingungen erfasse. Die Formulierung in Pkt 9.2.5. der Klausel „glauben, dass es auf Grund geltender Gesetze“ lasse zu großen Spielraum, wie sich die Beklagte von der Leistungspflicht befreien könne. Dies sei an keine Parameter gebunden und daher keiner objektiven Überprüfung

zugänglich. Auch dieser Teil der Klausel sei gröblich benachteiligend und intransparent.

[112] Die **Beklagte** erwiderte, die übermäßige Nutzung stelle unverkennbar auf Account-Sharing ab. Die (mit Ausnahmen) vorgesehene vorherige Abmahnung stelle sicher, dass die Abonnenten Einwendungen erheben könnten. Pkt 9.2.3. der Klausel ziele nur auf solche Bestimmungen der AGB ab, die zulässig vereinbar und auch durchsetzbar seien. Die Formulierung mit „glauben“ in Pkt 9.2.5. der Klausel stelle auf Situationen ab, in denen die Beklagte den begründeten Verdacht hege, dass eine der Maßnahmen geboten sei, um eine rechtliche Pflicht – wie jene eines Host-Providers bei User Generated Content oder Identitätsdiebstahl – zu erfüllen.

[113] Nach dem **Erstgericht** verstößt Pkt 9.2.1. der Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil sich aus ihm nicht ergebe, was unter einer „übermäßigen“ Nutzung zu verstehen sei, und gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil das Leistungsversprechen der Beklagten unzulässig eingeschränkt werde. Pkt 9.2.3. der Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil er auch Verstöße gegen unzulässige Bestimmungen erfasse. Pkt 9.2.5. der Klausel sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil der bloße Verdacht genüge.

[114] Das **Berufungsgericht** bejahte wie das Erstgericht eine Intransparenz von Pkt 9.2.1 und Pkt 9.2.5. der Klausel iSd § 6 Abs 3 KSchG. Da Pkt 9.2.3. der Klausel auf einen Verstoß „gegen diese Bedingungen“ und damit auch auf einen Verstoß gegen unzulässige Klauseln verweise, sei auch er unzulässig. Darüber hinaus verletze der pauschale Verweis auf einen Verstoß „gegen diese Bedingungen“ den

auch auf Dauerschuldverhältnisse anwendbaren § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Andernfalls wäre die Beklagte etwa beispielsweise auch dann berechtigt, die Mitgliedschaft außerordentlich zu kündigen, wenn der Abonnent nicht sicherstelle, dass er sämtliche Hardware, Software und Netzanbindung habe und unterhalte (Pkt 8.1.). Auch der letzte Teil der Klausel gebe keinen Rückschluss darüber, worum es sich bei den besonderen Umständen handle und unter welchen Umständen eine mangelnde Abmahnung bzw Fristsetzung gesetzlich vorgesehen sei, sodass auch er intransparent und damit unzulässig sei.

[115] Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin Pkt 9.2.2. und 9.2.4. sowie die grundsätzlich vorgesehene erfolglose Mahnung bzw Frist zur Abhilfe nicht bekämpft habe. Da Pkt 9.2.2. und 9.2.4. ohne Pkt 9.2. nicht sinnvoll erschienen, sei die erstinstanzliche Entscheidung mit der Maßgabe zu bestätigen, dass lediglich die tatsächlich (inhaltlich) von der Klägerin bekämpften Teile der AGB für unzulässig erklärt würden.

[116] In ihrer **Revision** bringt die Beklagte zusammengefasst vor, dass sich der Verweis auf die übermäßige Nutzung (Pkt 9.2.1.) nur auf Account-Sharing beziehen könne, da jedem Benutzer aufgrund der „Natur des Angebots“ bestens bekannt sei, dass er den Dienst unlimitiert konsumieren könne. Zudem ergebe sich dies aus der vorangehenden Klausel 9, die Public Viewing verbiete. Das Problem des entgeltlosen Account-Sharing sei den Nutzern aufgrund diverser Berichte in den Medien bestens bekannt. Zudem sehe die Klausel die Setzung einer Abhilfefrist vor, in der der Verbraucher Einwendungen erheben könne. Im Übrigen beziehe sich Pkt 9.2.3. nur auf zulässige Klauseln. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG liege nicht vor, da

die Kündigung sachlich gerechtfertigt sei. Pkt 9.2.5. sei nicht intransparent, da er eindeutig auf solche Situationen abstelle, in denen die Beklagte den begründeten Verdacht hege, dass eine der geschilderten Maßnahmen unabdingbar sei, um eine rechtliche Verpflichtung zu erfüllen oder ein gesetzlich verbotenes Verhalten des Kunden abzustellen. Dabei handle es sich um objektive Kriterien.

[117] Der Kläger hält in seiner **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[118] Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Der Verbraucher hat durch die Klausel Klarheit über seine Rechte und Pflichten zu gewinnen (RS0115217 [T3]).

[119] Aus der Formulierung „übermäßig nutzt“ ergibt sich nicht, ob damit das Ausmaß der Nutzung durch den Berechtigten oder (wie von der Beklagten behauptet) das Account-Sharing gemeint ist. Aufgrund dieser unklaren Formulierung kann beim Verbraucher der Eindruck entstehen, dass eine unlimitierte Nutzung des Accounts nicht zulässig sei. Pkt 9.2.1. der Klausel verstößt daher gegen das Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

[120] Pkt 9.2.3. der Klausel ist unzulässig, weil mit ihm auch auf unzulässige Klauseln verwiesen wird. Wie bereits zu Klausel 7 ausgeführt führt nach ständiger Rechtsprechung die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung.

[121] Pkt 9.2.5. der Klausel entspricht aufgrund der Wörter „glauben“ und „notwendig“ ebenso wenig dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG, wobei den

Begründungen der Vorinstanzen nichts hinzuzufügen ist.

[122] Damit verstoßen alle drei inkriminierten Unterpunkte der Klausel gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG. Ob auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG vorliegt, ist nicht mehr entscheidungswesentlich.

Klausel 11:

„13.1. Vorbehaltlich der Ziffer 13.2 ist unsere Haftung sowie die Haftung dritter Rechtsinhaber dir gegenüber aufgrund von oder in Zusammenhang mit der Bereitstellung des DAZN-Services an dich bei einer leicht fahrlässigen Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht gemäß diesen Bedingungen auf solche Schäden begrenzt, die typischerweise vorhersehbar sind. Eine 'wesentliche Vertragspflicht' gemäß diesen Bedingungen ist eine Pflicht, deren Erfüllung wesentlich ist für die ordnungsgemäße Durchführung dieser Bedingungen, deren Verletzung die Zwecke dieser Bedingungen gefährdet und auf deren Erfüllung du regelmäßig vertraust. Ein Schaden ist 'vorhersehbar', wenn er zum Zeitpunkt, an dem du diese Bedingungen angenommen hast, typischerweise vorhersehbar war. [...]“

[123] Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lasse sich keine generelle Haftungseinschränkung bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten im Falle leichter Fahrlässigkeit ableiten. Die Haftung des Unternehmers orientiere sich gemäß § 1295 ABGB am entstandenen und nicht am für den Unternehmer vorhersehbaren Schaden, welcher geringer sein könne als der tatsächlich vorliegende. Da die Klausel somit die Haftung der Beklagten ohne sachliche Rechtfertigung beschränke, sei sie auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Darüber hinaus sei sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG,

weil unklar bleibe, was ein vorhersehbarer Schaden sei.

[124] Die **Beklagte** replizierte, bei der Vorhersehbarkeit handle es sich um einen gerade im Zusammenhang mit Schadensereignissen allgemein gebräuchlichen Begriff, der hinreichend verständlich sei. Eine ähnliche Haftungsbeschränkung sei vom Bundesgerichtshof auch unter Berücksichtigung des Transparenzgebots für zulässig befunden worden.

[125] Das **Erstgericht** erkannte die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie „typischerweise vorhersehbare Schäden“ nicht näher definiere. Der Beklagten komme dadurch ein völlig unklarer, unvorhersehbarer, subjektiver, willkürlicher Ermessensspielraum zu.

[126] Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung und führte aus, dass die von der Beklagten zitierte Entscheidung des BGH (VIII ZR 337/11) eine Klausel betroffen habe, in welcher die Haftung lediglich der Höhe nach auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren und vertragstypischen Schäden begrenzt gewesen sei. Die gegenständliche Klausel schränke jedoch bei kundenfeindlichster Auslegung die Haftung auch dem Grunde nach auf „typischerweise vorhersehbare“ Schäden ein. Die Beschränkung sei geeignet, dem Verbraucher ein unklares bzw unvollständiges Bild seiner Rechte zu vermitteln, sodass die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG sei.

[127] Dagegen richtet sich die **Revision** der Beklagten, in der vorgetragen wird, dass die typische Vorhersehbarkeit ein rein objektives Kriterium sei. Es sei nichts anderes als das Adäquanzprinzip des allgemeinen Schadenersatzrechts gemeint. Der BGH habe in VIII ZR 337/11 an der Wortfolge „auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren und vertragstypischen Schäden“ nichts auszusetzen gehabt.

[128] Der Kläger hält in seiner **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[129] Zu 1 Ob 124/18v hatte der Oberste Gerichtshof eine Klausel (Klausel 10) zu beurteilen, die die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit auf Schäden aus der Verletzung von vertraglichen Hauptleistungspflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Karteninhaber regelmäßig vertraut und vertrauen darf, beschränkte. Der Oberste Gerichtshof urteilte, es sei auch dem verständigen Kunden nicht klar, was unter „vertraglichen Hauptleistungspflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Karteninhaber regelmäßig vertraut und vertrauen darf“, zu verstehen sei.

[130] Die hier vorliegende Klausel ähnelt in ihrem Satz 2, welcher den Begriff „wesentliche Vertragspflicht“ definiert, jener im Verfahren zu 1 Ob 124/18v. Die rechtliche Beurteilung dieser Entscheidung kann somit auf diesen Fall übertragen werden. Auch die gegenständliche Klausel vermittelt dem Verbraucher schon durch ihre Definition wesentlicher Vertragspflichten ein unklares bzw unvollständiges Bild seiner Rechte, weshalb sie § 6 Abs 3 KSchG verletzt.

[131] Dagegen spricht auch nicht die von der Beklagten ins Treffen geführte Entscheidung BGH VIII ZR 337/11 (Klausel 4), war doch in jenem Fall die Definition des Begriffs „wesentliche Vertragspflichten“ (nach der damaligen Klausel: „[...] sind solche, deren Erfüllung den Vertrag prägt und auf die der Kunde vertrauen darf“) gar nicht inkriminiert.

[132] Da sich die hier zu beurteilende Klausel bereits

aufgrund ihres Satzes 2 (Definition von „wesentliche Vertragspflicht“) als intransparent erweist, kann dahingestellt bleiben, ob sie auch aufgrund des Begriffs „vorhersehbar“ intransparent ist und ob die Ausführungen des BGH zur Verwendung jenes Begriffs in einer Klausel auf die österreichische Rechtslage übertragbar wären. Ebenso erweist sich nicht mehr als entscheidungswesentlich, ob die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstößt.

Klausel 12:

„14.3. Sämtliche Mitteilungen unsererseits erfolgen per E-Mail an deine zuletzt eingetragene E-Mail-Adresse. Wir sind nicht dafür verantwortlich, wenn du von uns gesendete Nachrichten nicht erhältst, es sei denn, wir haben eine etwaige Störung bei der Übermittlung der Nachricht verschuldet.“

[133] Der **Kläger** vertrat die Ansicht, die Formulierung „zuletzt eingetragene E-Mail-Adresse“ ohne Spezifizierung, dass diese Bekanntgabe oder Eintragung durch den Verbraucher selbst erfolgt wäre, eröffne bei kundenfeindlichster Auslegung die Möglichkeit der Fiktion der Zustellung auch an einer Adresse, die nicht vom Verbraucher bekannt gegeben (oder eingetragen) worden sei. Damit verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

[134] Die **Beklagte** replizierte, es gebe stets der Abonnent – vor allem im Zuge der Registrierung – seine E-Mail-Adresse in das System der Beklagten ein. Der Wortlaut „an deine zuletzt eingetragene“ sage ohne weiteres aus, dass die E-Mail-Adresse vom Abonnenten eingetragen worden sei.

[135] Das **Erstgericht** entschied, die gewählte Formulierung „deine zuletzt eingetragene E-Mail-Adresse“ umfasse auch Fälle, in denen die Adresse nicht vom

Verbraucher bekannt gegeben worden sei, zumal nicht von der vom Kunden eingetragenen E-Mail-Adresse die Rede sei. Die Klausel verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG.

[136] Das **Berufungsgericht** bestätigte das Urteil des Erstgerichts. Da die Klausel auch die besagten Fälle umfassen könnte, sei unerheblich, ob die in § 6 Abs 1 Z 3 KSchG vorgesehene Ausnahme auch für E-Mails gelte.

[137] Die **Beklagte** beharrt in ihrer **Revision** auf ihrem Standpunkt, die Klausel umfasse nur Fälle, in denen die E-Mail-Adresse vom Verbraucher selbst eingegeben worden sei. Sofern die Beklagte oder einer ihrer Erfüllungsgehilfen die E-Mail-Adresse falsch eingebe, liege eine Störung bei der Übermittlung vor, für die nach der Klausel die Beklagte verantwortlich sei.

[138] Der Kläger hält in der **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Standpunkt aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[139] Zweck des Verbots der Zugangsfiktion in § 6 Abs 1 Z 3 KSchG ist es, zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher überwältigt wird (9 Ob 15/05d [Klausel 10.b] mwN). Vom Verbot vereinbarter Zugangsfiktionen sind nur Vertragsbestimmungen ausgenommen, nach denen der Zugang einer Erklärung an der vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebenen Anschrift eintritt, sofern der Verbraucher pflichtwidrig eine Anschriftsänderung nicht mitgeteilt hat (RS0106801 [T1]). Die Formulierung „an die zuletzt bekannt gegebene Adresse“ ohne Spezifizierung, dass diese Bekanntgabe vom Verbraucher selbst erfolgt, eröffnet bei kundenfeindlichster Auslegung auch die Möglichkeit der Zugangsfiktion an einer Adresse, die nicht vom Verbraucher bekannt gegeben wurde (RS0106801 [T5]; 7 Ob 68/11t

[Klausel 34]; 7 Ob 173/10g [Klausel 29]).

[140] Die zitierte Judikatur ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestoßen. Hauptargument ist, dass § 6 Abs 1 Z 3 KSchG selbst die Formulierung „an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers [...]“ verwendet (*P. Bydlinski*, JBl 2012, 312 f; *Koziol*, ÖBA 2012, 250 ff).

[141] Die Kritik der Lehre ist hier nicht einschlägig, weil die Klausel nicht den Gesetzeswortlaut wiedergibt, sondern von „deine zuletzt eingetragene E-Mail-Adresse“ spricht. Die Klausel verstößt – der gesicherten Rechtsprechung folgend – gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG.

Klausel 13:

„16. Höhere Gewalt

Weder wir noch dritte Rechtsinhaber haften für die verzögerte Erbringung oder die Nichterbringung des DAZN-Services, soweit sich diese Verzögerung oder Nichterbringung unserer Kontrolle bzw. der Kontrolle des dritten Rechtsinhabers entzieht, einschließlich, jedoch nicht begrenzt auf den Ausfall von elektronischen oder mechanischen Einrichtungen oder Kommunikationswegen, Zugriffe Dritter (einschließlich Denial-of-Service-Angriffen und Überbeanspruchung oder Missbrauch des DAZN-Services), Störung des Telekommunikations- oder anderer Netzwerke, Computerviren, unerlaubten Zugang, Diebstahl, Bedienfehler, Feuer, extreme Witterungsbedingungen, einschließlich Überschwemmungen, Naturereignissen oder Anordnungen von Aufsichts-, Regierungs- oder überstaatlichen Behörden, Krieg, Aufruhr, Arbeitskämpfen und der Absage oder Verschiebung einer Veranstaltung.“

[142] Der **Kläger** rügte, durch die Klausel behalte sich die Beklagte ein gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässiges einseitiges Leistungsänderungsrecht vor. Im Übrigen sei die

Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil trotz massiver Leistungsänderungsmöglichkeit jede Haftung ausgeschlossen werde. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung für die darin vorgesehene Abweichung von der werkvertraglichen Sphärentheorie iSd § 1168 ABGB. Auch werde gegen § 9 KSchG verstoßen.

[143] Die **Beklagte** replizierte, dass die Klausel nur ihre Haftung und jene ihrer Sende-Lizenzgeber betreffe. Sie schließe die Haftung für nicht verschuldete Schäden aus. Ein Leistungsänderungs- oder Leistungseinstellungsrecht werde nicht verbrieft. Das DAZN-Abonnement sei ein reiner digitaler Dienstleistungsvertrag, kein Werkvertrag.

[144] Das **Erstgericht** qualifizierte die Klausel als nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässig. Darüber hinaus könne das Gewährleistungsrecht des Verbrauchers nach § 9 KSchG vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen werden.

[145] Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Die Klausel räume der Beklagten ein umfangreiches Leistungsänderungsrecht bis zur gänzlichen Nichterbringung ein, schließe zeitgleich aber jeglichen Schadenersatzanspruch aus. Es sei keine sachliche Rechtfertigung dafür ersichtlich, dass die Beklagte beispielsweise aufgrund eines in der Klausel ausdrücklich erwähnten Bedienfehlers ihre Leistungen nicht erbringe, dem Verbraucher jedoch keinerlei Ansprüche zustünden. Zudem schließe die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung auch die Ansprüche auf Preisminderung, Rückzahlung oder Nichtzahlung aus. Sie sei daher auch gröblich benachteiligend.

[146] Die Beklagte bringt in ihrer **Revision** vor, dass die Klausel die Haftung nur für solche Schäden ausschließe, welche die Beklagte nicht verschuldet habe. Dies werde durch

die Beispiele verdeutlicht. Mit Bedienfehler sei ein Bedienfehler des Verbrauchers gemeint, was sich aus dem Satzteil „soweit sich diese Verzögerung oder Nichterbringung unserer Kontrolle bzw. der Kontrolle des dritten Rechtsinhabers entzieht“ und den anderen Beispielen eindeutig ergebe. Da sich die in der Klausel angesprochenen Umstände allesamt der Beherrschbarkeit durch die Beklagte und/oder ihre Lizenzgeber entzögen, sei sie sachlich gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen § 9 KSchG liege nicht vor, weil die Klausel nur die schadenersatzrechtliche Haftung betreffe, nicht aber die daraus resultierenden Ansprüche des Abonnenten auf Preisminderung, Rückzahlung oder Nichtzahlung.

[147] Der Kläger führt in der **Revisionsbeantwortung** aus, das Berufungsgericht habe zutreffend erkannt, dass der Beklagten durch die Klausel ein gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässiges einseitiges Leistungsänderungsrecht vorbehalten werde. Im Übrigen sei die Klausel gröblich benachteiligend, weil trotz massiver Leistungsänderungsmöglichkeiten jede Haftung ausgeschlossen werde. Bei kundenfeindlichster Auslegung sei jegliche Haftung seitens der Beklagten und dritter Rechtsinhaber ausgeschlossen, worunter auch das Gewährleistungsrecht zu subsumieren sei. Ein gänzlicher Haftungsausschluss sei gröblich benachteiligend. Zudem trüge der Unternehmer nach den allgemeinen gesetzlichen Regelungen bei Ausfall wegen höherer Gewalt oder aus einer neutralen Sphäre die Preisgefahr, müsse also den Kunden den entsprechenden Preis zurückzahlen. Die gegenständliche Klausel sehe eine Abweichung von diesem Grundsatz vor, ohne eine sachliche Rechtfertigung dafür aufzuweisen. Sie benachteilige daher die Kunden der Beklagten gröblich (§ 879 Abs 3 ABGB).

Der Senat hat erwogen:

[148] Auch die kundenfeindlichste Auslegung hat vom Wortlaut auszugehen; sie ist nämlich immer noch Auslegung (*P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ (§ 6 Abs 3 KSchG), JBl 2011, 141 [142]). Schon aus dem Wortlaut ihrer Überschrift „Höhere Gewalt“ folgt hier, dass die in der Klausel genannten Umstände nur solche sind, die sich außerhalb der Kontrolle der Beklagten bzw jener des dritten Rechtsinhabers befinden. Zumal die Klausel schon aufgrund ihrer Überschrift klar nur Fälle erfasst, in denen durch außerhalb der Kontrolle der Beklagten sowie des dritten Rechtsinhabers liegende Umstände die Erbringung der Leistung der Beklagten verzögert oder verunmöglicht wird, ist nicht erkennbar, dass die Beklagte durch die Klausel ein „Leistungsänderungsrecht“ erhalte. Die Klausel verstößt damit jedenfalls nicht gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG; angesichts dieses Ergebnisses kann die bereits bei der Behandlung der Klausel 1 angesprochene Frage offen bleiben, ob diese Bestimmung überhaupt neben der eine „Änderung der digitalen Leistung“ regelnden Bestimmung des § 27 VGG anwendbar ist.

[149] Die Verletzung des von ihm auch angezogenen § 879 Abs 3 ABGB begründete der Kläger damit, dass die Klausel eine Leistungsänderungsmöglichkeit enthalte und vor diesem Hintergrund der Haftungsausschluss gröblich benachteiligend sei; zumal aber, wie ausgeführt, gerade keine Leistungsänderungsmöglichkeit vorliegt, ist auch der behauptete Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB zu verneinen.

[150] Nicht zuzustimmen ist der Ansicht des Klägers, die Klausel verstoße gegen § 9 KSchG. Er geht dabei erkennbar noch von der Fassung der Vorschrift aus, die bis zum 31. 12. 2021 galt. Seit dem am 1. 1. 2022 in

Kraft getretenen Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG, BGBl I 2021/175) enthält § 9 KSchG in seinem Halbs 1 zwar die bereits zuvor in Satz 1 *leg cit* enthalten gewesene Anordnung, dass Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können, sein Halbs 2 ordnet nunmehr aber an, dass „beim Kauf von Waren sowie bei der Bereitstellung digitaler Leistungen [...] das Verbrauchergewährleistungsgesetz zu beachten [ist]“. Letzteres stellt nach den ErläutRV (949 BlgNR 27. GP 48) einen Gesetzesverweis dar. Die Materialien merken dazu an, dass § 3 VGG den Charakter der Bestimmungen des VGG als zugunsten des Verbrauchers relativ zwingendes Recht zum Ausdruck bringe. Zumal § 3 VGG Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Bestimmungen des VGG abweichen, für unwirksam erklärt, „es sei denn, die Vereinbarung wird erst geschlossen, nachdem der Verbraucher den Unternehmer vom Mangel verständigt hat“ (wohingegen § 9 KSchG vertragliche Vereinbarungen zulasten des Verbrauchers ab „Kenntnis“ des Mangels erlaubt), und damit eine § 9 Halbs 1 KSchG zwar ähnliche, aber von ihm im Detail abweichende Bestimmung enthält, ergibt sich aus den Materialien klar, dass aufgrund des Gesetzesverweises des § 9 KSchG fortan für die Frage des Gewährleistungsausschlusses sowohl beim Kauf von Waren als auch – hier interessierend – bei der Bereitstellung digitaler Leistungen allein das VGG gilt (vgl auch *Aichberger-Beig* in *Flume/Kronthaler/Laimer*, VGG [2022] § 9 KSchG Rz 1, 3 und 7).

[151] Auch der Oberste Gerichtshof darf Parteien nicht mit einer Rechtsansicht – hier: der Anwendung von Vorschriften des VGG – überraschen, die sie nicht beachtet

haben und auf die sie auch nicht hingewiesen wurden (vgl. RS0037300 [T60]; 3 Ob 9/21a [Rz 56] mwN). Da die Parteien hier die Anwendbarkeit des VGG – und damit auch zum einen dessen §§ 3, 4 iVm §§ 18 ff (Gewährleistung), zum anderen dessen § 27 (Leistungsänderung) – im Verfahren übersehen haben (mag auch im zuletzt genannten Aspekt, wie ausgeführt, schon im Ansatz nicht ersichtlich sein, dass eine Leistungsänderungsmöglichkeit vorliegt), ist zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung in Bezug auf die Klausel 13 mit Urteilsaufhebung vorzugehen.

[152] Das Erstgericht wird nach Verfahrensergänzung iSd § 182a ZPO eine neuerliche Entscheidung zu treffen haben.

Klausel 14:

„19. Abtretung, Wechsel deines Vertragspartners

[...]

Im Fall einer Übertragung unseres Vertrags mit dir auf einen Dritten werden wir dich hiervon benachrichtigen. Unter der aufschiebenden Bedingung, dass es tatsächlich zum Eintritt eines Dritten in unser Vertragsverhältnis kommt, bist du berechtigt, den Vertrag durch Mitteilung an uns binnen vier (4) Wochen ab Erhalt unserer Benachrichtigung fristlos zu kündigen.“

[153] Der **Kläger** beanstandete an der Klausel, diese räume entgegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG dem Unternehmer das Recht ein, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem im Vertrag nicht namentlich genannten Dritten zu überbinden. Darüber hinaus sehe die Klausel nicht vor, dass der Verbraucher bei Beginn der vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen werde, sodass sie auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße.

[154] Die **Beklagte** replizierte, die Klausel sehe ausschließlich ein Sonderkündigungsrecht des Abonnenten, jedoch keine Zustimmungsfiktion vor. Es liege in der Natur der Sache, dass die Klausel den Dritten noch nicht namentlich nenne. Die Klausel entspreche § 309 Nr 10 BGB. Das Konsumentenschutzrecht sei EU-weit hochgradig harmonisiert. Es sei nicht einzusehen, weshalb eine Klausel in Österreich unzulässig sein solle, wenn sie in Deutschland der Gesetzeslage entspreche.

[155] Das **Erstgericht** urteilte, die Klausel widerspreche § 6 Abs 2 Z 2 KSchG, weil sie nicht im Einzelnen ausgehandelt worden und der Dritte nicht namentlich genannt sei. Es sei für die Beklagte nichts gewonnen, wenn die Klausel der deutschen Rechtslage entspreche.

[156] Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn enthalte die Klausel eine Zustimmung des Verbrauchers zur Übertragung des Vertrags auf einen nicht genannten Dritten, sodass sie gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG verstoße. Daran vermöge auch das damit zusammenhängende Sonderkündigungsrecht und eine allfällige Übereinstimmung mit der deutschen Rechtslage nichts zu ändern. Zum Argument der Beklagten hinsichtlich der Harmonisierung des Konsumentenschutzrechts wies das Berufungsgericht darauf hin, dass § 6 Abs 2 Z 2 KSchG in der derzeitigen Fassung bereits seit 1. 10. 1979 in Kraft sei. Den Gesetzesmaterialien zufolge solle die Bestimmung dem Verbraucher vor allem die Haftung eines ihm bekannten Unternehmers sichern. Eine vorherige unausgehandelte Zustimmung des Verbrauchers zu einer Schuld- oder Vertragsübernahme solle nur wirksam sein, wenn der mögliche Übernehmer schon genannt sei. Auch Art 3

Abs 3 sowie der Anhang der Richtlinie 93/13/EWG („Klausel-RL“) enthielten diesbezüglich keine Vorgaben.

[157] Die Beklagte wiederholt in ihrer **Revision** ihr Argument, die Klausel entspreche § 309 Nr 10 BGB und das Konsumentenschutzrecht innerhalb der EU sei hochgradig harmonisiert. Zudem sei eine namentliche Nennung des Übernehmers unmöglich. Sie sei auch nicht notwendig, da die Klausel sicherstelle, dass die Inhalte gleich blieben, sodass keine Nachteile für die Kunden entstünden.

[158] Der Kläger vertritt in der **Revisionsbeantwortung** insbesondere die Ansicht, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Der Senat hat erwogen:

[159] Gemäß § 6 Abs 2 Z 2 KSchG sind Vertragsbestimmungen nicht verbindlich, nach denen dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt ist, sofern der Unternehmer nicht beweist, dass die Vertragsbestimmungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Durch diese Vorschrift soll verhindert werden, dass anstelle des Unternehmers dem Konsumenten ein nach dem Vertrag unbekannter Dritter aufgedrängt wird (RS0108693 [T1]), somit, dass sich der Verbraucher überraschend einem neuen Partner gegenüber sieht und die Haftung des bisherigen Vertragspartners verliert. Der Verbraucher soll nicht nur vor unabschätzbaren Liquiditätsrisiken, sondern auch davor geschützt werden, dass die Vertragsleistung von einem minder qualifizierten Unternehmer erbracht wird (RS0108693 [T2]).

[160] In 6 Ob 291/07y sprach der Oberste Gerichtshof aus, dass die Klausel, die die dortige Beklagte berechtigte, „das aus dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags

resultierende Vertragsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten einem österreichischen Kreditinstitut zu übertragen“ gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG verstoße, weil „österreichische Kreditinstitute“ lediglich eine Gattungsbezeichnung enthalte, nicht jedoch eine namentliche Nennung.

[161] In 6 Ob 85/11k entschied der Oberste Gerichtshof über eine Klausel, die eine Übertragung des Teilnehmerverhältnisses an ein verbundenes Unternehmen vorsah. Er ortete einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG, da „verbundenes Unternehmen“ keine hinreichende Bezeichnung sei.

[162] In der gegenständlichen Klausel wird lediglich das Wort „Dritter“ verwendet. Es liegt weder eine Konkretisierung noch eine namentliche Nennung vor, sodass praktisch jeder als Vertragsübernehmer in Betracht kommt. Die Entscheidung 6 Ob 85/11k zeigt, dass ein für den Fall der Vertragsübernahme vorgesehenes Sonderkündigungsrecht nichts an der Unzulässigkeit ändert. Solches wäre auch nicht nachvollziehbar, weil der Verbraucher durch ein Kündigungsrecht schlechter gestellt ist als durch das Recht, die Abtretung abzulehnen.

[163] Ob die Klausel deutschem Recht entspricht, ist – wie bereits vom Berufungsgericht ausgeführt – ohne rechtliche Relevanz.

[164] Da die Klausel § 6 Abs 2 Z 2 KSchG verletzt, ist nicht mehr entscheidungsrelevant, ob auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorliegt.

Klausel 15:

„20. Salvatorische Klausel

Sofern eine Vorschrift dieser Bedingungen unzulässig oder undurchsetzbar ist, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bedingungen unberührt.“

[165] Der **Kläger** führte zu dieser Klausel aus, nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH könne bei Vorliegen von missbräuchlichen Klauseln der Gesamtwegfall des Vertrags 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. Die Unwirksamkeit einer Klausel könne daher auch Auswirkungen auf die verbleibenden Bestimmungen haben, wenn der Vertrag ohne sie nicht fortbestehen könne und im Interesse des Verbrauchers ein Gesamtwegfall des Vertrags geboten sei. Die Klausel gebe die Rechtslage somit nicht richtig wieder, weshalb sie iSd § 6 Abs 3 KSchG intransparent und damit unzulässig sei.

[166] Die **Beklagte** bestritt den behaupteten Gesetzesverstoß.

[167] Das **Erstgericht** bejahte die Verletzung des Transparenzgebots des § 6 Abs 3 KSchG mit der Begründung, durch die vorliegende salvatorische Klausel sei für den durchschnittlichen Verbraucher nicht mehr erkennbar, was nun eigentlich gelte.

[168] Das **Berufungsgericht** bestätigte den Verstoß gegen das Transparenzgebot. Zwar sähen die Mitgliedsstaaten gemäß Art 6 Abs 1 der Klausel-RL vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibe, wenn er ohne die missbräuchliche Klausel bestehen könne. Die Beurteilung, ob ein Vertrag tatsächlich ohne die missbräuchliche Klausel bestehen könne, habe objektiv zu erfolgen. Da die gegenständliche Klausel dies jedoch unvollständig wiedergebe, sodass der Verbraucher einen unrichtigen Eindruck von seiner Rechtsposition bekommen könne, sei sie intransparent. Daran ändere auch Pkt 21 der AGB („21. Anwendbares Recht: Auf diese Bedingungen findet

ausschließlich deutsches Recht Anwendung. Zwingende Verbraucherschutzrechte deines Landes bleiben ggf. hiervon unberührt und finden weiterhin Anwendung.“) nichts, weil nach der Rechtsprechung etwa auch eine Klausel, wonach Gesetze Vorrang zu in Beförderungsbestimmungen enthaltenen Bestimmungen hätten, intransparent sei. Zudem verweise die Klausel auf andere ungültige Klauseln, was ebenfalls die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung selbst zur Folge habe.

[169] Die Beklagte bringt in ihrer **Revision** vor, dass die Klausel – wie alle anderen verfahrensgegenständlichen Klauseln – unter dem Vorbehalt von Pkt 21 der AGB stehe. Dieser entspringe Art 6 Abs 2 der Rom-I-VO und normiere, dass die zwingenden Verbraucherschutzrechte jedenfalls unberührt blieben. Die gegenständliche Klausel werde insoweit vom zwingenden Verbraucherrecht verdrängt.

[170] Der Kläger hält in der **Revisionsbeantwortung** seinen bisherigen Rechtsstandpunkt aufrecht.

Der Senat hat erwogen:

[171] Die hier zu beurteilende Klausel entspricht im Wesentlichen der Klausel 1 in der Entscheidung 1 Ob 222/15a. Der Oberste Gerichtshof führte in jenem Fall unter eingehender Darstellung der Rechtsprechung des EuGH aus, dass zwar Fälle denköglich seien, in denen die Nichtigkeit einer Klausel auch die Nichtigkeit des Restvertrags (und damit der übrigen Klauseln) bewirke oder die Unwirksamkeit einer Klausel die Unwirksamkeit einer anderen Klausel nach sich ziehe, dass aber der auf Unterlassung einer Klausel wie der damals (und auch hier) vorliegenden klagende Verband einen derartigen Fall anhand der konkreten Bestimmungen als denköglich darzulegen habe. In jenem Fall unterlag der (auch hier) klagende Verband

mit seinem Begehren auf Unterlassung der Klausel, weil er weder eine Verweisungsbestimmung genannt noch sonst aufgezeigt hatte, dass der Wegfall einer der Klauseln der AGB den Bestand des gesamten Vertrags gefährden könnte.

[172] Auch im vorliegenden Fall hat der Kläger einen solchen Nachweis nicht erbracht, weshalb die behauptete Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG nicht angenommen werden kann.

[173] Hinsichtlich der Klausel 15 erweist sich damit die Revision im Ergebnis als berechtigt; die Urteile der Vorinstanzen waren insofern im klageabweisenden Sinn abzuändern.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

[174] Die Beklagte macht in der Revision lediglich geltend, dass der Veröffentlichungsanspruch nicht bestehe, da es sich um einen abgeleiteten, unselbstständigen Anspruch handle und die Klauseln nicht zu beanstanden seien. Die Beklagte zieht somit ihre Verurteilung zur Veröffentlichung des klagestattgebenden Teils des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung inhaltlich nicht in Zweifel.

[175] Zusammengefasst waren die Urteile der Vorinstanzen in Hinsicht auf die Klausel 15 im klageabweisenden Sinn abzuändern, in Hinsicht auf die Klausel 13 – unter Auftrag an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung – aufzuheben und im Übrigen zu bestätigen.

[176] Die Aufhebung der Kostenaussprüche der Vorinstanzen ist eine Folge des Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschlusses.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 28. März 2025
Dr. T a r m a n n - P r e n t n e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG