



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

133 R 19/18v

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie die Richter Dr. Terlitza und Dr. Thunhart in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **simpli services GmbH & Co KG**, Storchengasse 1, 1150 Wien, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500) über die Berufung der beklagten Partei (Interesse EUR 30.452,86) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 18.12.2017, 30 Cg 7/17g-9, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Kläger ist ein klagebefugter Verein iSd § 29 Abs 1 KSchG und berechtigt, Unterlassungsansprüche nach §§ 28 und 28a KSchG geltend zu machen.

Die Beklagte betreibt digitale Fernsehprodukte und bietet ihre Leistungen zumindest in allen wesentlichen Bal-

lungszentren Österreichs, jedenfalls in allen Landeshauptstädten und somit bundesweit an. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die folgenden, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klauseln legt die Beklagte im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ihren Verträgen zugrunde:

1. Bei verschuldetem Zahlungsverzug des Kunden ist simpli services berechtigt, die daraus entstehenden notwendigen und zweckentsprechenden Spesen und Kosten, insbesondere für Mahnung, Inkasso und außergerichtliche Anwaltskosten sowie Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe zusätzlich zu verrechnen.

[in der Folge kurz: **Klausel 1**]

2. Der Kunde stimmt zu, dass die von ihm angegebenen Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Gerätenummer (Client ID) des TV-Empfangsgeräts, Internet ID) von simpli services verwendet werden, um dem Kunden Informationen über das Produktportfolio von simpliTV (Aktionen, neue Angebote, neue Programme, Programmhighlights), simpli Internet, TV-Empfangsgeräte, terrestrische Empfangsmöglichkeiten, per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen sowie zum Datenabgleich gemäß Rundfunkgebührengesetz. Des Weiteren stimmt der Kunde zu, dass die von ihm angegebenen Daten zu den oben angeführten Zwecken an die verbundenen Unternehmen der simpli services (ORS comm GmbH & Co KG, Österreichische Rundfunksender GmbH & CO KG, Österreichischer Rundfunk, ORF-KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG, GIS Gebühren Info Service GmbH) übermittelt werden. Diese Zustimmung kann der Kunde jederzeit schriftlich mit Brief oder E-Mail an simpli services widerrufen.

[in der Folge kurz: **Klausel 2**]

3. Der Kunde stimmt weiters zu, dass die von ihm angegebenen Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Gerätenummer (Client ID) des TV-Empfangsgeräts, Internet ID) von simpli services verwendet werden, um dem Kunden Informationen über Angebote (Produkte und Leistungen) der Kooperationspartner von simpli services per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen. Kooperationspartner von simpli services sind Unternehmen mit Sitz in Österreich, mit welchen simpli services bei der Vermarktung der Angebote (Produkte und Leistungen) von simpli services zusammenarbeitet und/oder welche ergänzende Leistungen zu den Angeboten

von simpli services angeboten. Kooperationspartner sind Flimmit GmbH, ORS comm GmbH & Co KG, Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, Österreichischer Rundfunk, ORF – KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG und GIS Gebühren Info Service GmbH. Firmenbuchnummer 298288i. Diese Zustimmung kann der Kunde jederzeit schriftlich mit Brief oder E-Mail an simpli services widerrufen.

[in der Folge kurz: **Klausel 3**]

Der **Kläger** begehrt – gestützt auf §§ 6 und 6b KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und § 4 Z 14 DSG – die Unterlassung und Urteilsveröffentlichung ua hinsichtlich dieser Klauseln.

Die **Beklagte** bestreitet aufgrund eines von ihr vor Klagseinbringung angebotenen Vergleichs das Vorliegen der Wiederholungsgefahr und erachtet im Übrigen die beanstandeten Klauseln als gesetzeskonform.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht zu allen Klauseln sowohl dem Unterlassungs- als auch dem Veröffentlichungsbegehren statt. Über den eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt hinaus traf es noch die weiteren auf US 7 bis 10 ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen (§ 500a ZPO) und aus denen als für das Berufungsverfahren wesentlich hervorgehoben wird:

Nach dem Bestellvorgang ist ein Vertragsabschluss mit der Beklagten nur möglich, wenn auch die Klauseln 2 und 3 akzeptiert werden. [1]

Die Beklagte bietet auf der Website nur unter der Nummer 0810 96 97 98 eine kostenpflichtige Hotline an, wobei Anrufe zu dieser Nummer nach den Angaben auf der Webseite der Beklagten maximal EUR 0,10 pro Minute kosten.

In den Registrierungsbedingungen findet sich in Punkt IV B. ein Hinweis auf die Service Hotline mit der Nummer 0800 37 63 15, ebenso in den HD Aktivierungsbedingungen Teil II B.

In der am 21.11.2016 auf der Webseite aufgerufenen Rücktrittsbelehrung und im Rücktrittsformular findet sich nur ein Hinweis auf die kostenpflichtige Hotline unter

0810 96 97 98, obwohl ein solches Rücktrittsformular nur von Vertragskunden ausgefüllt wird.

In der Bestellbestätigung ist die Bestandskunden-Hotline 0800 37 63 15 genannt. Eine weitere Hotline gibt es für die Antennentechnik.

Es ist nicht möglich, nachträglich die Gesprächsgebühren nachzulassen, wenn ein Bestandskunde die kostenpflichtige Bestellhotline angerufen hat.

Laut der Telefonrechnung von UPC an [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] der mit der Beklagten einen Vertrag abgeschlossen hatte, wurden ihm für einen Anruf am 5.9.2016 im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag[, der] 5:15 Minuten dauerte, EUR 0,46 exkl. USt, das heißt EUR 0,55 inkl. USt, verrechnet. Für einen weiteren Anruf am 14.11.2016, der im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag gestanden und 11:06 Minuten gedauert [hat], wobei der Anrufer erfolglos in der Warteschleife der Kundenhotline gewartet hatte, wurden ihm EUR 0,96 exkl. USt, somit EUR 1,15 inkl. USt, verrechnet. [2]

Mit Schreiben vom 28.12.2016 forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungs[erklärung] iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Die Beklagte gab eine solche Unterlassungserklärung nicht ab, sondern bot eine Erklärung mit folgendem „Zusatz“ an:

«Dies schränkt nicht unser Recht ein, iSd § 1333 Abs 2 ABGB bei verschuldetem Zahlungsverzug des Kunden die daraus entstehenden notwendigen und zweckentsprechenden Spesen und Kosten, insbesondere für Mahnung, Inkasso und außergerichtliche Anwaltskosten sowie Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe zusätzlich zu verrechnen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.»

Gegen dieses Urteil wendet sich die **Berufung** der Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel mit dem Antrag, es im klagsabweis-

senden Sinn zu ändern. Hilfsweise stellt die Beklagte einen Aufhebungsantrag.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Für die Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess nach § 28 KSchG und die Geltungs- und Inhaltskontrolle gelten folgende **allgemeine Grundsätze** (zuletzt etwa 6 Ob 120/15p oder 9 Ob 31/15x):

1.1. Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205; RS0016590, T1 und T15). Auch ist auf die praktische Handhabung sowie auf allfällige individuelle Erklärungen oder Vereinbarungen keine Rücksicht zu nehmen (RIS-Justiz RS0121726). Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (zB *Koziol*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess, RdW 2011/70, 67; *P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ [§ 6 Abs 3 KSchG], JBl 2011, 141).

1.2. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089; RS0038205).

1.3. § 864a ABGB zufolge werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei

denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss somit ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646; ähnlich *Rummel* in *Rummel* ABGB³ § 864a Rz 5; *Bollenberger* in *KBB*, ABGB⁴ § 864a Rz 10 mwN). Einen Überraschungseffekt hat die Klausel etwa dann, wenn sie sich nicht dort befindet, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss, und wenn er sie nicht dort findet, wo er sie vermuten könnte (RIS-Justiz RS0014646 [T14]). Der Inhalt der Klausel, auf den es dabei alleine nicht ankommt, spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstexts eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich besonders aus der Art ihrer Einordnung in den AGB (RIS-Justiz RS0014659).

§ 864a ABGB erfasst zudem alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Eine Wertung der Benachteiligung findet daher zunächst nicht statt, sondern erst - sofern die Vertragsbestimmung Vertragsbestandteil geworden ist - bei der Inhaltskontrolle, vor allem nach § 879 ABGB (RIS-Justiz RS0014659).

1.4. Die zentrale Norm der Inhaltskontrolle ist § 879 ABGB. Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag nichtig, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot (was hier nicht behauptet wird) oder gegen die guten Sitten verstößt. Sittenwidrig sind nach ständiger Rechtsprechung Verträge, wenn eine Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergibt oder wenn bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den verletzten und den geförderten Interessen vorliegt (1 Ob 145/08t; *Bollen-*

berger in KBB, ABGB⁴ § 879 Rz 5) Unter den guten Sitten ist der Inbegriff jener Rechtsnormen zu verstehen, die im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Beurteilung der rechtlichen Interessen ergeben, die nicht gröblich benachteiligt werden dürfen.

Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Durch diese Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, das die objektive Äquivalenzstörung und die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt (RIS-Justiz RS0016914).

Die Beurteilung, ob eine Vertragsbestimmung gröblich benachteiligend ist, hat sich am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren. Weicht eine Vertragsbestimmung vom dispositiven Recht ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0014676 [T21]).

§ 879 Abs 3 ABGB soll verhindern, dass ein typischerweise überlegener Vertragspartner dem anderen durch die Verwendung von AGB benachteiligende vertragliche Nebenbestimmungen aufdrängt und so die Privatautonomie missbraucht (RIS-Justiz RS0014676 [T35]).

1.5. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Das damit für Verbrauchergeschäfte normierte, sogenannte Transparenzgebot soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über

seine Rechte und Pflichten zu informieren (5 Ob 247/07w mwN). Im Verbandsprozess sollen nicht nur gesetzwidrige Klauseln verboten sondern auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 221/06p und 4 Ob 91/08y mwN). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird; ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt; er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115219, T9; 10 Ob 28/14m). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0037107 [T6]). Es soll verhindert werden, dass er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder dass ihm unberechtigt Pflichten auferlegt werden (stRsp; RIS-Justiz RS0115217 [T8] = 7 Ob 131/06z; 4 Ob 5/08a).

Die Elemente des Transparenzgebots sind Erkennbarkeit, Verständlichkeit, Hinweis auf bestimmte Rechtsfolgen, Bestimmtheit, Differenzierung, Richtigkeit sowie Vollständigkeit (4 Ob 28/01y; 1 Ob 241/06g; 7 Ob 216/11g, je mwN). Maßgeblich ist dabei - auch bei der Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess - das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0126158).

Aus dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG kann also eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben. Es verlangt nicht nur formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit, sondern auch, dass der Inhalt und die Tragweite durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0115219 [insbes T1 und T33]). Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern

oder undeutlich darstellen, widersprechen dem Transparenzgebot (RIS-Justiz RS0115217 [T14 und T31]).

2.1. Die §§ 28, 29 KSchG begründen einen materiellrechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung von gesetzwidrigen oder sittenwidrigen Bestimmungen (§ 879 ABGB, § 6 KSchG) in AGB oder Formblättern, worunter auch ein Verstoß gegen Bestimmungen des jeweils anwendbaren Datenschutzrechts fällt (7 Ob 73/15h; 2 Ob 20/15b; 2 Ob 155/16g = RIS-Justiz RS0110990 [T6]).

2.2. Nach § 1 Abs 1 DSG hat nämlich jedermann, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht.

§ 8 Abs 1 Z 2 DSG bestimmt, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. § 4 Z 14 DSG definiert die „Zustimmung“ als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Dementsprechend fordert die Rechtsprechung auch im Rahmen des § 6 Abs 3 KSchG, dass eine Zustimmungserklärung zur Weitergabe persönlicher Daten die zu übermittelnden Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnet (RIS-Justiz RS0111809). Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten *„in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“* zustimmt (2 Ob 1/09z mwN; 7 Ob 84/12x; 1 Ob 105/14v; 2 Ob 20/15b; RIS-Justiz RS0115216).

Eine Klausel, welcher der Verbraucher im Wesentlichen nur entnehmen kann, dass Daten an Dritte weitergegeben werden, nicht aber, welchen konkreten Dritten welche konkreten Daten weitergegeben werden dürfen, ist hingegen unzulässig (RIS-Justiz RS0115216 [T12]).

3. Nach diesen Grundsätzen sind die beanstandeten Klauseln zu beurteilen.

4. Zur Feststellungsrüge:

4.1. Als Ergebnis einer unrichtigen Beweiswürdigung sieht die Beklagte die bereits eingangs der Berufungsentcheidung als [1] hervorgehobene Feststellung an. Sie strebt ersatzweise diese Konstatierung an:

„Es steht dem Betroffenen frei, den Vertrag mit der Beklagten zu schließen oder einen anderen Anbieter zu wählen. Überdies kann er die datenschutzrechtliche Zustimmung jederzeit (damit auch zeitgleich mit dem Vertragsabschluss) widerrufen, ohne dass hiervon der Vertrag berührt wäre oder dem Betroffenen irgendwelche negativen Konsequenzen drohen würden.“

Dass auf dem Markt auch andere Anbieter wie die Beklagte existieren, ist für die Falllösung bedeutungslos (s dazu näher noch unten Punkt 5.1.).

Die Ausführungen zur Beweisrüge müssen zudem eindeutig erkennen lassen, aufgrund welcher Umwürdigung bestimmter Beweismittel welche vom angefochtenen Urteil abweichenden Feststellungen angestrebt werden. Zwischen der bekämpften Feststellung und der Ersatzfeststellung muss daher ein inhaltlicher Gegensatz (Widerspruch) bestehen; die eine Feststellung muss die andere ausschließen (vgl RIS-Justiz RS0041835 [T2]). Dies ist hier nicht der Fall, weil der Umstand, dass die datenschutzrechtliche Zustimmung erst nach dem Vertragsabschluss widerrufen werden kann, der vom Erstgericht getroffenen und hier relevanten Feststellung nicht entgegensteht.

Davon abgesehen steht die kritisierte Konstatierung mit den vom Kläger vorgelegten Urkunden in Einklang (vgl insbesondere Beilage ./S) und die Beklagte zeigt außerdem nicht auf, aufgrund welcher anderen Beweisergebnisse sich diese als zumindest überwiegend wahrscheinlich als unrichtig erweist. Dass die Beklagte in ihrem Internetauftritt auch auf „AGB/Datenschutz“ verweist, ist kein belastbares Argument gegen die vom Erstgericht getroffene Feststellung.

4.2. Für nicht von den Beweisergebnissen gedeckt erachtet die Beklagte weiters die oben als **[2]** bezeichnete und gekennzeichnete Feststellung; sie meint stattdessen wäre Folgendes zu konstatieren gewesen:

„[REDACTED] hat trotz Kenntnis der kosten freien Service-Hotline - wie aus seinem E-Mail von 14.11.2016 (Beilage ./3) eindeutig hervorgeht - auch über die kostenpflichtige Bestell-Hotline 0810 96 97 98 Kontakt mit der Beklagten aufgenommen. Ob er dies zur Vermeidung von Wartezeiten bei der kostenfreien Service-Hotline tat, ist nicht feststellbar. [REDACTED] hat nicht offengelegt, dass er im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag anruft und die Mitarbeiter der Beklagten konnten daher nicht erkennen, dass dieser ein Bestandskunde ist, da sie ihn sonst auf die kostenfreie Service-Hotline hingewiesen hätten.“

Die Beklagte argumentiert hier, es wäre der Zeugin [REDACTED] zu folgen gewesen, die deponiert habe, die Mitarbeiter der Beklagte bei der Bestellhotline seien angewiesen worden, Bestandskunden darauf hinzuweisen, dass es auch eine kostenfreie Hotline gebe (s näher ON 8, PS 2 f).

Das überzeugt das Berufungsgericht nicht, weil - wie der Kläger in seiner Berufungsbeantwortung nachvollziehbar darlegt - die Strategie der Beklagten erkennbar darauf angelegt ist, möglichst alle Anfragen auf die (kostenpflichtige) „Bestell-Hotline“ zu leiten: Aus den Beilagen ./F bis ./H und ./J bis ./K ist ohne weiteren Widerspruch im Beweisverfahren ersichtlich, dass Bestandskunden

der Beklagten nicht nur auf der Website www.simplityv.at auf diese kostenpflichtige Hotline hingewiesen werden (Beilage ./G), sondern dass dies auch in ihrem Online-Kundenkonto der Fall ist, auf das nur Kunden mit ihrem jeweiligen Passwort Zugriff haben (Beilage ./H). Aber auch im E-Mail-Verkehr mit dem Kundendienst der Beklagten, den [REDACTED] führte, verwies das „simpliTV-Team“ bei weiteren Fragen sowie sogar bei Fragen zur Rechnung, die bei exakter Vorgehensweise wohl nur bestehende Kunden der Beklagten stellen könn(t)en, auf die kostenpflichtige Hotline (Beilagen ./I und ./R).

Auf die in der Berufung besonders relevierte Frage, ob ein Unternehmer verpflichtet ist, Nachforschungen anzustellen, ob es sich beim Anrufer um einen Bestandskunde oder um einen Interessenten handle, kommt es damit nicht weiter an. Dass [REDACTED] im Zug eines (weiteren) Telefonats von den Mitarbeitern der Beklagten allenfalls auf die - daneben bestehende - kostenfreie Service-Hotline hingewiesen worden wäre oder die kostenpflichtige Hotline zur Vermeidung von Wartezeiten gewählt hätte, ist für einen Verstoß gegen § 6b KSchG („Kosten telefonischer Kontaktaufnahme nach Vertragsabschluss“) im Zusammenhang mit der kostenpflichtigen Hotline zudem rechtlich irrelevant.

4.3. Das Berufungsgericht übernimmt daher den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt und legt ihn gemäß § 498 Abs 1 ZPO seiner Entscheidung zugrunde.

5. Zur Rechtsrüge:

5.1. Die Beklagte vermisst zunächst - erkennbar als Teil der Rechtsrüge und daher dieser zuzurechnen (s die Überschrift zu Punkt 1. der Berufung; RIS-Justiz RS0041911) - Feststellungen zum von ihr behaupteten Umstand, sie sei hinsichtlich der Versorgung von Kunden mit Fernsehprogrammen einer der kleinsten Anbieter in Österreich und die Kunden hätten mehrere Anbieter zur Wahl (Berufung, Punkt 1.1.).

Es ist indessen für die allein maßgebliche Frage, ob die Beklagte die zu prüfenden Klauseln berechtigt oder unberechtigt verwendet, nicht darauf abzustellen, ob die Beklagte auf dem relevanten Markt eine bedeutende oder unbedeutende Stellung einnimmt. § 28 Abs 1 KSchG stellt allein darauf ab, ob Beklagte „im geschäftlichen Verkehr“ handelt, wovon angesichts des Umstands, dass sie im gesamten Bundesgebiet wirtschaftlich tätig ist (vgl US 7), ohne Weiteres auszugehen ist.

5.2. Unter Punkt 1.2. der Berufung begehrt die Beklagte die Konstatierung, wonach sie zu der vom Kläger geforderten Unterlassungserklärung im Zusammenhang mit den Inkassokosten und der Telefonhotline eine solche Erklärung angeboten habe. Hierbei übersieht die Beklagte, dass dieser Sachverhalt, soweit er die Nichtabgabe der Unterlassungserklärung und dabei insbesondere das (Gegen-)Anbot der durch die Beklagte ergänzten Unterlassungserklärung im Zusammenhang mit den Inkassokosten (Klausel 1), ohnehin feststeht (US 9 f).

Was Klausel 2 anlangt, so hat das Erstgericht dazu im Rahmen seiner rechtlichen Erwägungen zu einem Verstoß gegen § 6b KSchG (dislozierte) Tatsachenfeststellungen getroffen (US 14), wonach die Beklagte nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abzugeben bereit war, ohne diese jedoch - in der von ihr selbst vorgeschlagenen Formulierung - abzugeben. Diese Ausführungen der Erstrichterin sind damit eindeutig (zumindest auch) dem Tatsachenbereich zuzuordnen (vgl *M. Bydlinski in Fasching/Konecny*² § 417 ZPO Rz 12; RIS-Justiz RS0043110; 3 Ob 2016/96h).

Zwar ist eine Formulierung grundsätzlich unbedenklich, wenn sie keine Willenserklärung des Verbrauchers enthält, sondern bloß dessen Aufklärung dient (10 Ob 28/14m; 4 Ob 130/03a; 5 Ob 217/16x; 2 Ob 155/16g). Bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung ist die vorliegende Klausel aber dahin zu verstehen, dass der Verbraucher nicht bloß über die darin genannte Datenübermittlung informiert wird, sondern

dass er ihr - durch Akzeptieren der AGB - auch zustimmt. Dabei ist aber weder klar, welchen sonstigen „berechtigten Anlass“ es für die in der Klausel genannten Maßnahmen geben kann, mit welcher Zielsetzung die Daten „bewertet“ werden und mit welchen anderen Unternehmen und zu welchem Zweck ein „Datenaustausch“ erfolgt. Damit bleibt für den Verbraucher unklar, welchen Maßnahmen er durch den Vertragsabschluss mit der Beklagten zustimmt. Somit ist weiters unerheblich, ob diese Maßnahmen nach dem anwendbaren Datenschutzrecht zulässig sind oder nicht, denn das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG bezieht sich auf die strittige Klausel, jedoch nicht auf das vom Datenschutzrecht geregelte tatsächliche Verhalten der Beklagten.

5.3. Zu Klausel 1:

Das **Erstgericht** vertritt die Auffassung, dass Klausel 1 gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße, weil mit ihr die Betreuungskosten unabhängig von einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung auf den Verbraucher überwältzt werden könnten.

Die **Beklagte** tritt dieser Rechtsansicht entgegen und argumentiert, es stehe ihr „laut Gesetz“ offen, Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen entsprechend § 1333 Abs 2 ABGB geltend zu machen. Das Erstgericht übersehe, dass die Klausel den Zusatz „in gesetzlicher Höhe“ enthalte; dieser beziehe sich auf den gesamten Absatz. Die Klausel erlaube es daher gerade nicht, Kosten geltend zu machen, die nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Kapitalforderung stünden.

Der **Kläger** bestreitet die Berechtigung der Beklagten zur Verwendung dieser Klausel, denn der Hinweis „in gesetzlicher Höhe“ erfasse seines Erachtens nach dem Wortlaut und nach dem Sinn der Klausel nur die Verzugszinsen, die der Beklagten in gesetzlicher Höhe zustehen sollen. Der Kostenersatz insgesamt solle der Beklagten nach der vorliegenden Klausel jedoch ohne Rücksicht darauf zustehen, ob die zu

ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.

Das Berufungsgericht teilt die Rechtsansicht des Klägers, wonach sich die Passage „in gesetzlicher Höhe“ aufgrund der Satzstellung nur auf die Verzugszinsen und nicht auf den ersten der Klausel 1 bezieht, weil dabei nach ständiger Rechtsprechung auch auf die verbraucherfeindlichste Auslegung Bedacht zu nehmen ist (zB RIS-Justiz RS0016590).

Bereits das Erstgericht hat außerdem zutreffend darauf aufmerksam gemacht (US 11 f; § 500a ZPO), dass diese Klausel zum Nachteil der adressierten Verbraucher deswegen von § 1333 Abs 2 ABGB abweicht, weil der Gläubiger nach dieser Norm die Kosten von Betriebs- oder Einbringungsmaßnahmen nur insoweit geltend machen kann, „soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen“.

Dass aber im Gegensatz dazu auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht zu nehmen ist, entspricht nicht nur dem Gesetz, sondern auch der darauf basierenden ständigen Rechtsprechung des OGH (s nur 7 Ob 84/12x [Klausel 17]; 1 Ob 105/14v [Klausel 5]; RIS-Justiz RS0129621; RS0121945).

Die Klausel 1 ist daher gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB; ihre Verwendung ist der Beklagten damit zu untersagen.

5.4. Zu Klausel 2 und 3:

Das **Erstgericht** führt aus, nach dem Bestellvorgang sei ein Vertragsabschluss mit der Beklagten nur möglich, wenn auch die Klauseln 2 und 3 akzeptiert würden. Dies sei ein Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot, für den es keine sachliche Rechtfertigung gebe.

Die **Beklagte** argumentiert, der dem „Koppelungsgedanken“ zugrunde liegende Mangel an Ausweichmöglichkeiten des Verbrauchers bestehe hier nicht: Für Kunden in Österreich sei es problemlos möglich, Fernsehen über andere Anbieter zu beziehen ohne substanzielle Schranken überwinden zu müssen.

Die Beklagte sei einer der kleinsten Anbieter in Österreich für die Versorgung von Kunden mit Fernsehprogrammen. Die Ansicht des Erstgerichts sei verfehlt, wonach in der gegenständlichen Konstellation die Freiwilligkeit der Kundenzustimmung fehle. Es sei auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG oder gegen § 6b KSchG gegeben.

Der **Kläger** erwidert diesen Berufungsausführungen, die Zustimmung werde nicht freiwillig erteilt, weil von einer freiwilligen Einwilligung (Zustimmung) gemäß § 4 Z 14 DSG keine Rede sein könne, wenn der Vertragsabschluss vom Akzeptieren der in AGB enthaltenen Klauseln zum Erhalt von Werbung abhängig gemacht werde. Die Zustimmungsklauseln der Beklagten seien zudem nicht hervorgehoben, sodass sie intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und daher unzulässig seien.

§ 4 Z 14 DSG definiert „Zustimmung“ als die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt, was auch unter dem vergleichbaren Gesichtspunkt des § 107 Abs 1 und 2 TKG gilt (s nur 4 Ob 221/06p: „Einwilligung“ anstelle von „Zustimmung“). Nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG sind schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, aber ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nicht sensibler Daten liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden (RIS-Justiz RS0115216). Nur dann kann davon gesprochen werden, dass der Betroffene der Verwendung seiner Daten „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ zustimmt. Die Zustimmungserklärung muss zu übermittelnde Datenarten, deren Empfänger und den Über-

mittlungszweck abschließend bezeichnen (RIS-Justiz RS0111809).

Das Berufungsgericht hält unter diesen Umständen auch in Bezug auf diese beiden Klauseln die Argumente des Erstgerichts für überzeugend, sodass auch hier zur Vermeidung von Wiederholungen darauf zu verweisen ist (§ 500a ZPO): Es fehlt hier zunächst an der von § 4 Z 14 DSG geforderten Freiwilligkeit der Zustimmung, weil ein Vertragsabschluss wirksam nur zustande kommt, wenn auch diesen beiden Klauseln zugestimmt wird (s dazu bereits oben Punkt 4.1.).

Wie nämlich der Kläger in seiner Berufungsbeantwortung richtig aufzeigt, haben die beiden inkriminierten Klauseln nicht Datenverarbeitung zur Erfüllung des mit dem Kunden geschlossenen Vertrags zum Inhalt, sondern sie bezwecken dieselbe für sonstige und/oder andere Werbemaßnahmen der Beklagten einschließlich verbundener Unternehmen (Klausel 2) oder von (sonstigen) Kooperationspartnern der Beklagten (Klausel 3).

Ob den Verbrauchern auch andere Anbieter zur Verfügung stehen, ist im Verbandsprozess wie bereits betont ohne Belang (vgl soeben Punkt 5.1.).

Mit der Behauptung, es sei zeitgleich mit dem Vertragsabschluss ein Widerruf der Zustimmung möglich, entfernt sich die Beklagte in unzulässiger Weise vom festgestellten Sachverhalt. (RIS-Justiz RS0043603; RS0043312 [T12, T14]; 7 Ob 59/17b). Fest steht nämlich, dass ein Vertragsabschluss nur möglich ist, wenn - denklogisch zumindest zeitgleich - auch die Klauseln 2 und 3 akzeptiert werden (US 8, vorletzter Absatz; oben Punkt 4.1.), was einen simultanen Widerruf der Einwilligung ausschließt.

Ob die Klauseln 2 und 3 - daneben - auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoßen, ist damit nicht näher zu untersuchen, obgleich das Berufungsgericht einen solchen Verstoß im Einklang mit der Begründung des

Klägers und jener des Erstgerichts ebenso verwirklicht sieht (s daher nur RS0037107 uva).

Auch die Verwendung der Klauseln 2 und 3 ist der Beklagten daher zu untersagen.

5.5. Zu § 6b KSchG (= Klagebegehren 1.b.):

Das **Erstgericht** erwog dazu, dass die Beklagte nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt unter 0810 96 97 98 eine kostenpflichtige Kundendienstnummer anbiete. Selbst in der am 21.11.2016 auf der Website aufgerufenen Rücktrittsbelehrung und im Rücktrittsformular befinde sich nur ein Hinweis auf diese kostenpflichtige Hotline, obwohl dieses nur von Vertragskunden ausgefüllt werde. Die Beklagte verstoße daher gegen § 6b KSchG.

Die **Beklagte** meint im Gegensatz dazu, diese Norm ziele darauf ab, im Kontext geschlossener Verbraucherverträge telefonische Kontaktaufnahme zu ermöglichen. Sinn der Norm sei es, Bestandskunden die kostenlose (im Sinne von Zusatzkosten über dem Grundtarif) Kontaktaufnahme mit ihrem Vertragspartnern zu ermöglichen. § 6b KSchG zwingt aber nicht dazu, auf kostenpflichtige Hotlines für Neukunden grundsätzlich zu verzichten oder bei solchen Hotlines technische Vorkehrungen zu treffen, dass Bestandskunden gar nicht anrufen könnten.

Der **Kläger** erwidert, die Beklagte ignoriere die zentrale Feststellung, wonach die Beklagte unter 0810 96 97 98 eine kostenpflichtige Kundendienstnummer anbiete. Dass diese Rufnummer nur für Neukunden und nicht auch für Bestandskunden gelte und die Beklagte diesen Unterschied an ihre Kunden entsprechend kommuniziere, stehe hingegen nicht fest.

Aus Sicht des Berufungsgerichts wesentlich ist für diese Frage auf der Tatsachenebene in erster Linie, dass sich sowohl in der Rücktrittsbelehrung als auch im Rücktrittsformular bloß ein Hinweis auf diese kostenpflichtige Hotline findet, obwohl ein solches Formular nur von Ver-

tragskunden ausgefüllt werden kann (US 9, Abs 3). Ausgehend davon ist ein Verstoß gegen § 6b KSchG evident, ist doch Zweck der (sekundärrechtlich determinierten) Norm, dem Verbraucher nach Vertragsabschluss eine telefonische Kontaktaufnahme mit dem Unternehmer zu ermöglichen, ohne überhöhten Zahlungsverpflichtungen ausgesetzt zu werden (statt aller vgl *Schoditsch/Kathrein* in KBB, ABGB⁵ § 6b KSchG Rz 1 f mwH).

Ausgehend nicht nur davon, aber auch dies zugrundeliegend, teilt das Berufungsgericht die Conclusio des Klägers in seiner Berufungsbeantwortung, wonach den Vertragskunden der Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, dass sie diese kostenpflichtige Hotline, welche die Beklagte (ohne Einschränkung auf Neukunden) kommuniziert, in Anspruch nehmen.

Die Beklagte verstößt daher gegen durch das Europarecht determiniertes nationales Recht; sie hat künftig derartige Verstöße zu unterlassen.

6.1. Schon aufgrund des Beharrens der Beklagten selbst noch in der Berufung, dass sie die hier relevanten Klauseln gesetz- und damit rechtmäßig verwende und die Hotline ebenso berechtigt verwende, bedarf die Annahme des Erstgerichts, dass eine mit der Formulierung einer Ersatzklausel - ohnedies nur angebotene und gar nicht abgegebene (vgl oben Punkt 5.2.) - Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht beseitige (vgl RIS-Justiz RS0111638 [T1]; RS0012055; RS0128187; RS0119007 uva), keiner Korrektur.

6.2. Es entspricht zudem der gefestigten Rechtsprechung des OGH, dass die Verpflichtung des beklagten Verwenders von AGB, diese zu ändern, keine reine Unterlassung ist, wenn diese die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RIS-Justiz RS0041265 [T1]; 4 Ob 130/03a, 10 Ob 70/07b, 7 Ob 84/12x; 7 Ob 44/13s uva).

6.3. Das Gericht hat gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen (RIS-Justiz RS0041265 [T3]; RIS-Justiz RS0041260 [T2], RS0041265 [T2]). Das Berufungsge-

richt erachtet die vom Erstgericht gesetzte Frist unter Bedachtnahme auf den voraussichtlichen Aufwand für angemessen, wobei die Beklagte auf diese Frage in ihrer Berufung ohnedies nicht mehr zurückkommt.

6.4. Auch ihre Verpflichtung zur Urteilsveröffentlichung zieht die Beklagte in ihrer Berufung nicht in Zweifel (*Kodek in Rechberger*, ZPO⁴ § 471 Rz 9; RIS-Justiz RS0043338; RS0043352 [T10, T26, T27, T30, T34]; RS0043903).

7. Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 41, 50 ZPO.

8. Die Bewertung des Entscheidungsgegenstands (§ 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO) folgt den unbedenklichen Angaben in der Klage, die von der Beklagten nicht beanstandet wurden.

9. Es liegt eine wesentliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO vor, weil es sich zumindest teilweise um vom OGH bislang noch nicht beurteilte Klauseln – und im Hinblick auf § 6b KSchG – Geschäftspraktiken einer Branche handelt, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl RIS-Justiz RS0121516). Soweit für das Berufungsgericht ersichtlich fehlt außerdem Rechtsprechung des OGH zu § 6b KSchG und seinen näheren Determinanten.

Oberlandesgericht Wien
1010 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 133, am 2. Mai 2018

Dr. Reinhard Hinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG