



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden, sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und Mag. Hofmann in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **EliteMedianet GmbH**, D-20457 Hamburg, Am Sandtorkai 50, vertreten durch Georg S. Mayer Rechtsanwalt GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung nach dem KSchG (Streitwert: EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16.5.2012, 18 Cg 12/12x-9, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.724,06 (darin enthalten EUR 454,01 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Der nach § 29 KSchG aktiv legitimierte Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, zu unterlassen,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Fernabsatz in Österreich, insbesondere bei Geschäftsabschlüssen im Internet - wie unter der Seite www.elitepartner.at - gegenüber Konsumenten mittels Erklärungsfiktion von einer automatischen Vertragsverlängerung auszugehen und damit den Verbrauchern die Kündigung des Vertrags zu verweigern, obwohl die Verlängerungsklausel bereits in den AGB der Beklagten gesetzwidrig ist und gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstößt;

b) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Fernabsatz in Österreich, insbesondere bei Geschäftsabschlüssen im Internet - wie unter der Seite www.elitepartner.at - gegenüber Konsumenten mittels Erklärungsfiktion von einer automatischen Vertragsverlängerung auszugehen, obwohl die Informationspflichten nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht eingehalten werden, indem Verbraucher nicht nochmals bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung ihres Verhaltens besonders hingewiesen werden und diesen zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist eingeräumt wird;

c) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Fernabsatz in Österreich, insbesondere bei Geschäftsabschlüssen im Internet - wie unter der Seite www.elitepartner.at - Konsumenten zu suggerieren, eine Vertragsauflösung zum Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit wäre nur unter vom Unternehmer vorgegebenen Bedingungen möglich, wie zum Beispiel, dass sich die Konsumenten dazu bereit erklären, ihre Kennenlerngeschichte sowie ein Bild

zur Veröffentlichung in der Rubrik „Erfolgsgeschichten“ zu schicken, obwohl der Vertrag auf bestimmte Dauer mangels einer rechtskonformen Erklärungsfiktion gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zum vereinbarten Endtermin automatisch endet,

oder sinngleiche Praktiken anzuwenden, und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung zu erteilen.

Zur Begründung führt der Kläger aus, die Beklagte biete eine Online-Partnerbörse über das Internet, somit auch im gesamten österreichischen Bundesgebiet, an und betreibe die Website www.elitepartner.at. Sie trete in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in Kontakt und schließe mit diesen Verträge. Sie betreibe Fernabsatz und E-Commerce.

Dabei verstoße sie im Massengeschäft gegen gesetzliche Bestimmungen.

So schreibe sie laufend Kunden, die Verbraucher seien, dahingehend an, dass sie von einer automatischen Verlängerung der auf bestimmte Zeit geschlossenen Verträge durch Nichtkündigung ausgehe. Sie unterstelle also die Wirksamkeit einer vereinbarten Erklärungsfiktion. Dabei verstoße sie gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Danach seien Bestimmungen unzulässig, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, der Verbraucher werde nicht nur im Vertrag, sondern nochmals bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und habe zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Die AGB der Beklagten sehen eine derartige Verpflichtung der Beklagten zu einem gesonderten Hinweis nicht vor und die Beklagte informiere die Kunden auch

tatsächlich nicht bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist über die Konsequenz des Schweigens als Zustimmung zur Verlängerung des Vertrags. Die Bestimmungen zur automatischen Vertragsverlängerung werden den Kunden erst nach Vertragsabschluss zur Kenntnis gebracht, weshalb sie gar nicht Vertragsbestandteil seien.

Demnach ende jeder befristete Vertrag mit Ablauf der vereinbarten Kündigungsdauer automatisch. Dennoch behandle die Beklagte die Kunden dahingehend, dass sie trotz nicht wirksamer Vertragsverlängerung von verlängerten Verträgen ausgehe und Ansprüche aus derartigen Verträgen über die ursprünglich vereinbarte Laufzeit hinaus geltend mache.

Kunden, die „verspätet“ kündigen wollen, werde mitgeteilt, dass sich wegen verspäteter Kündigung der Vertrag „wie vertraglich vereinbart“ um einen weiteren Zeitraum verlängere, außer die Konsumenten erklären sich bereit, ihre Kennenlerngeschichte und ein Foto in der Rubrik „Erfolgsgeschichten“ zu veröffentlichen. Damit werde den Konsumenten aber die tatsächliche Rechtslage verschleiert, was einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG bedeute.

Die Beklagte setze das inkriminierte Verhalten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Diese sei schon deshalb anzunehmen, weil der Kläger die Beklagte vor der Klags- einbringung mit eingeschriebenem Brief vom 13.12.2011 aufgefordert habe, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben und die Beklagte dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen sei. Sie habe lediglich angekündigt, nach künftig durchzuführenden Änderungen auf ihrer

Website allenfalls zu einer - erst in zu definierender Form einzuschränkenden - Unterlassungserklärung bereit zu sein.

Die Beklagte bestritt den Unterlassungsanspruch mit der Begründung, sie bestreite, laufend das in der Klage beschriebene Verhalten zu setzen. Bereits zum Zeitpunkt der Klagsanhebung haben mit Beilage ./1 AGB gegolten, nach deren Inhalt die Beklagte den Kunden (außer beim 1-Monats-Paket und dem 14-Tage-Paket) vier Wochen vor Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist per E-Mail auf die automatische Verlängerung im Falle des Unterbleibens einer Kündigung durch den Kunden hinweise (Punkt 7.), während Punkt 8. den Hinweis enthalte, dass (außer beim 1-Monats-Paket und dem 14-Tage-Paket) die Beklagte die Nutzer vier Wochen vor Ablauf der Kündigungsfrist per E-Mail darüber informieren werde, dass sich ihr Vertragsverhältnis automatisch und die im Folgenden vorgesehene Vertragslaufzeit verlängere, sofern Nutzer den Vertrag nicht vor Ende der Kündigungsfrist der jeweiligen Vertragslaufzeit schriftlich kündigen.

Es sei richtig, dass der Kläger die Beklagte mit Brief vom 13.12.2011 aufgefordert habe, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, welche die Unterlassungsbegehren gemäß der Klage umfasst habe. Da die Beklagte zu diesem Zeitpunkt aber bereits die alten AGB umgestellt habe und es nicht zutreffe, dass die individuelle Korrespondenz zwischen der Beklagten und ihren Kunden von § 6 Abs 3 KSchG umfasst sei, habe die Beklagte mit Anwaltsfax vom 9.1.2012 vorgeschlagen, eine sprachlich abgestimmte strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Daraufhin habe der Kläger die Klage eingebracht. Die am 19.1.2012 freigeschalteten AGB der Beklag-

ten habe er davor offenbar nicht mehr überprüft.

Eine Rückkehr hinter den Standard dieser AGB sei aufgrund der europarechtlichen Entwicklungen und insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen ausgeschlossen. Der Markt für Online-Partnervermittlungen sei - auch gerichtlich - hart umkämpft. In einem solchen Umfeld wäre es ein ökonomischer Unfug, sich der Gefahr gerichtlicher Dispute über Erklärungsfiktionen im Zusammenhang mit automatischen Vertragsverlängerungen auszusetzen.

Zahlreiche deutsche Gerichte haben in Verfahren, in denen die Beklagte die Möglichkeit gehabt habe, ihren Kaufprozess transparent zu machen, das Entgelt für gültig vereinbarte Verlängerungsperioden zugesprochen. Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte in der Vergangenheit Kunden individuelle Möglichkeiten angeboten, aus ihren Verträgen auszusteigen. Doch habe die Beklagte ihren Kunden nichts „suggiert“, insbesondere nicht, dass eine Vertragsauflösung zum Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit nur unter vom Unternehmer vorgegebenen Bedingungen möglich wäre.

Außerdem sei es schon aufgrund der vor Klagseinbringung erfolgten Umgestaltung der AGB der Beklagten ausgeschlossen, dass es im Zusammenhang mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wieder zu dahingehender Korrespondenz mit Kunden komme. Aus Gründen der Kundenorientierung werde sich die Beklagte jedoch in anderen Fällen, in welchen Nutzer aus ihren Verträgen aussteigen wollen, die Möglichkeit offen halten, individuelle Angebote zum Vertragsausstieg zu unterbreiten.

Zusammenfassend liege keine Wiederholungsgefahr vor, weil die Beklagte ihre AGB schon vor Klagseinbringung abgeändert habe, was dem Kläger aufgrund der Korrespon-

denz bekannt sein müsse. Die Beklagte tue also nicht, was ihr vorgeworfen werde. Sie behaupte auch nicht, zu dem von der Klage inkriminierten Verhalten berechtigt zu sein, weshalb sie dem Kläger auch vorgeschlagen habe, eine abgestimmte sprachlich gegenüber seinem Brief vom 13.12.2011 modifizierte strafbewehrte Verpflichtungserklärung abzugeben.

Dem hielt der Kläger entgegen, dass - auch wenn die Beklagte ihre AGB zwischenzeitig geändert habe - die „alten“ AGB nach wie vor für bereits abgeschlossene Vertragsverhältnisse gelten. Damit bestehe jedenfalls die Gefahr, dass sich die Beklagte in diesen Verträgen auf diese Klauseln berufe.

Die ab 20.7.2011 gültigen AGB der Beklagten (Beilage ./A) lauten in Punkt 7. über die Kündigung wie folgt: „Das Mitglied hat das Recht, den Vertrag - insbesondere zur Abwendung der automatischen Verlängerung - unter Beachtung der vereinbarten Kündigungsfrist (Rubrik „Preis und Leistungen“) mit Wirkung zu dem vereinbarten Vertragssende zu kündigen.“ Sie enthalte weder die Verpflichtung des Unternehmers zur Vornahme einer Verständigung, noch sei danach der Verbraucher bei Beginn der für eine ausdrückliche Erklärung vorgesehenen Frist zu verständigen.

Auch die nach dem Vorbringen der Beklagten abgeänderten AGB (Beilage ./1) verstoßen gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, weil die Klausel nicht vorsehe, dass die Verbraucher benachrichtigt werden, bevor die Kündigungsfrist zu laufen beginne. Die „neue“ Klausel sei demnach in gleicher Weise unzulässig wie die vorangegangene.

Dass die Verbraucher auch tatsächlich nicht zu Beginn der Erklärungsfrist einen besonderen Hinweis des Unternehmers erhalten, gehe insbesondere aus dem E-Mail

der Beklagten an Frau Elfriede Lindner hervor, in dem dem Kündigungsansuchen der Konsumentin zwar entgegengehalten werde, dass eine achtwöchige Kündigungsfrist in den Vertragsbedingungen einzusehen wäre, aber nicht angeführt werde, dass ein expliziter Hinweis auf die automatische Vertragsverlängerung zu Beginn der achtwöchigen Kündigungsfrist erfolgt sei.

Mangels eines Hinweises auf die vereinbarten Kündigungsfristen, das vereinbarte Vertragsende und die automatische Vertragsverlängerung in den AGB der Beklagten idF laut Beilage ./A (sowie ./B und ./E) verletze deren Punkt 7. das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG, weil die AGB keine näheren Informationen über die automatische Vertragsverlängerung enthalten.

Damit werde die Klausel nicht Vertragsbestandteil. Ein befristeter Vertrag ende somit automatisch nach Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, ohne dass es einer Kündigung bedürfe.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt.

Dazu traf es die aus Seiten 6 und 7 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird.

Davon ist hervorzuheben, dass die Beklagte laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt und mit diesem Verträge unter Verwendung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) schließt, die sie immer wieder aktualisiert. Die verfahrensrelevanten AGB waren unter www.elitepartner.de abrufbar. Deren Punkt 1. lautet: Die Fa. EMN betreibt verschiedene Teledienste und Medienservices z.B.: www.elitepartner.de, www.elitepartner.at, www.elitepartner.ch. Diese AGB gelten für alle

Nutzer der o.g. EMN Teledienste und Medienservices."

Punkt 7. der AGB über die Kündigung lautet: „Das Mitglied hat das Recht, den Vertrag - insbesondere zur Abwendung der automatischen Verlängerung - unter Beachtung der vereinbarten Kündigungsfrist (Rubrik „Preise und Leistungen“) mit Wirkung zu dem vereinbarten Vertragsende zu kündigen.“

In Fällen, in denen Konsumenten verspätet kündigen und sich dadurch die Verträge verlängern, bietet die Beklagte die Möglichkeit an, einen früheren Kündigungstermin zu akzeptieren, sofern sich diese Konsumenten bereit erklären, ihre Kennenlerngeschichte und ein Foto in der Rubrik „Erfolgsgeschichten“ zu veröffentlichen.

Die Beklagte änderte ihre AGB mit Gültigkeit ab 19.1.2012 (Beilage ./1).

In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, die AGB der Beklagten (Beilage ./A) gelten nach ihrem Inhalt auch für die Nutzer der Website www.elitepartner.at und seien damit für Geschäftsabschlüsse in Österreich maßgeblich.

Soweit die AGB der Beklagten eine automatische Vertragsverlängerung vorsehen, handle es sich um eine Erklärungsfiktion iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Weder in den AGB noch in der Rubrik „Preise und Leistungen“ seien entsprechende Fristen enthalten, noch werde der Konsument auf die Verlängerung im Fall seines Schweigens und darüber, dass er durch die Beklagte noch einmal separat auf diese Wirkung hingewiesen werde, aufgeklärt. Damit sei das Verhalten der Beklagten, die in der Folge von einer rechtswirksamen Verlängerung des Vertrags ausgehe und dem Verbraucher die (Wirkungen einer) Kündigung verweigere, gemäß § 28a Abs 1 KSchG gesetzwidrig. Die Beklagte beein-

trächtige dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher.

Da die Beklagte weder in Punkt 7. ihrer AGB noch an anderer Stelle auf die vereinbarten Kündigungsfristen, das vereinbarte Vertragsende, sowie auf die automatische Vertragsverlängerung hinweise, lasse sie den Konsumenten diesbezüglich im Unklaren. Die Regelung der automatischen Vertragsverlängerung sei unvollständig, weil die AGB keine näheren diesbezüglichen Informationen enthalten. Sie entspreche damit nicht den Anforderungen des § 6 Abs 3 KSchG, weshalb diese Bestimmung nicht Vertragsinhalt werde.

Da die Beklagte der Forderung des Klägers, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, nicht nachgekommen sei, sei die Wiederholungsgefahr allein aufgrund der Änderung der AGB per 19.1.2012 nicht weggefallen. Es sei der Beklagten nicht gelungen, unter Beweis zu stellen, dass sie die Änderung der AGB nicht nur unter dem Druck eines drohenden Prozesses vorgenommen habe. Eine künftige Verwendung von dem KSchG zuwider laufenden AGB durch die Beklagte sei nicht ausgeschlossen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Gründen einer Mangelhaftigkeit des Verfahrens, einer unrichtigen Beweiswürdigung und einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit den Anträgen, das Urteil im klagsabweisenden Sinn abzuändern, in eventu aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Als Verfahrensmangel rügt die Beklagte, dass das

Erstgericht von der Einvernahme des Zeugen André Karjoth Abstand genommen hat.

Dazu bringt die Beklagte vor, dass sie schon in der Klagebeantwortung und in ihrem vorbereitenden Schriftsatz präzisiert habe, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht die AGB Beilage ./A, sondern jene gemäß Beilage ./1 verwendet habe, dass sie schon bei Einlangen des Aufforderungsschreibens vom 13.12.2011 an der Umstellung ihrer AGB gearbeitet habe und es nicht der Druck des Prozesses gewesen sei, der diese Vorgangsweise ausgelöst habe, dass aufgrund der europarechtlichen Entwicklungen und aus wirtschaftlichen Gründen eine Rückkehr hinter den Standard der AGB Beilage ./1 ausgeschlossen sei, und dass es aufgrund der bereits vor Klageeinbringung erfolgten Umgestaltung der AGB ausgeschlossen sei, dass es im Zusammenhang mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wieder zu vom Kläger in diesem Verfahren inkriminierter Korrespondenz mit Kunden komme.

Zum Beweis für diese Umstände habe sich die Beklagte auf die Einvernahme des Zeugen berufen, doch habe das Gericht diesen Antrag mit der unrichtigen Ansicht, der Sachverhalt sei spruchreif, abgewiesen.

Doch hat das Erstgericht zutreffend erkannt, dass die Beweisthemen, zu deren Nachweis sich die Beklagte auf die Einvernahme des Zeugen berufen hat, rechtlich bedeutungslos sind.

Es entspricht der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung, dass nach einer Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr beseitigt. Zwar sieht § 28 Abs 2 KSchG nicht ausdrücklich vor, dass die Wieder-

holungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen kann, doch vermag das (fakultative) Abmahnverfahren nur seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung tritt daher nur dann ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht. Daher muss die Unterlassungserklärung nach ständiger Rechtsprechung eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten. Werden Einschränkungen oder Bedingungen angeführt, so entfällt die Wiederholungsgefahr nicht. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Geradezu ausgeschlossen wäre die Verwendung der Klauseln etwa auch aufgrund des Angebots eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs (vgl 8 Ob 110/08x).

Entscheidungen, in denen der Oberste Gerichtshof den Wegfall der Wiederholungsgefahr unter der Voraussetzung bejaht hat, dass nach den konkreten Umständen bei vernünftiger Beurteilung die Annahme gerechtfertigt sei, der Unternehmer werde in Hinkunft anstelle der alten nur noch die neuen Allgemeinen Vertragsbedingungen verwenden, sind für den Fall einer vorprozessualen Abmahnung nach der durch die KSchG-Novelle BGBl I 1997/6 geschaffenen Rechtslage überholt (5 Ob 138/09v; RIS-Justiz RS0124304).

Insbesondere erübrigte sich eine Überprüfung der am 19.1.2012 freigeschalteten AGB der Beklagten (6 Ob 24/11i).

Mangels Abgabe einer mit angemessener Konventional-

strafe besicherten Unterlassungserklärung nach Abmahnung durch den Kläger kommt es nicht darauf an, inwieweit für die Beklagte aufgrund europarechtlicher Entwicklungen und aus wirtschaftlichen Gründen eine Rückkehr hinter den Standard ihrer neuesten AGB ausgeschlossen erscheint, besteht doch bei zutreffender Sicht insbesondere dafür keine Gewähr, dass sich die Beklagte bei Altverträgen nicht auf die Vertragsbedingungen laut Beilage ./A beruft.

Die Beweisrüge führt Erwägungen ins Treffen, die zur Schlussfolgerung führen sollen, dass die AGB der Beklagten Beilage ./A keine Relevanz haben sollen, weil die Beklagte ohne Eindruck eines drohenden Prozesses ihre AGB ab dem 19.1.2012 (und damit vor der Klage) in Form der Beilage ./1 abgeändert habe, die seither allein für österreichische Geschäftsabschlüsse in Österreich maßgeblich seien.

Dies ist im Hinblick auf die durch die Verwendung der AGB laut Beilage ./A indizierte und nicht weggefallene Wiederholungsgefahr aus rechtlichen Gründen unrichtig.

Ebenso wenig ist nachvollziehbar, dass es aufgrund der Änderungen der AGB der Beklagten nicht mehr zu einer Korrespondenz wie der in diesem Verfahren inkriminierten mit Kunden kommen könne, weil gerade nicht mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen ist, dass sich die Beklagte nach wie vor auf die inkriminierten Klauseln beruft.

Im Übrigen stellt die Beklagte im Rahmen der Beweisrüge im Wesentlichen rechtliche Erwägungen an, ohne eine unrichtige Beweiswürdigung des Erstgerichts darzustellen und damit den Anforderungen der ständigen Rechtsprechung

an eine gesetzmäßig ausgeführte Beweisrüge zu genügen (vgl. Kodek in Rechberger³, § 471 Rz 8).

Die Rechtsrüge vermisst Feststellungen zur Reaktion der Beklagten auf die an sie am 13.12.2011 gerichtete Aufforderung, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, der sie nicht nachgekommen sei, weil bei Erhalt des Schreibens die Umstellung der AGB bereits im Gange gewesen sei und die Beklagte dem Kläger angeboten habe, gerne eine Unterlassungserklärung abzugeben, welche den vorgeworfenen Sachverhalt angemessen berücksichtige, und den Wortlaut der Verpflichtungserklärung abzustimmen.

Damit verkennt sie jedoch die bereits dargestellte, durch die zitierte oberstgerichtliche Judikatur determinierte Rechtslage.

Ebenso erübrigen sich danach Feststellungen zum Inhalt der abgeänderten AGB Beilage ./1.

Rechtlich ohne Bedeutung ist auch, inwieweit Kunden (zu einem nicht näher bestimmten Zeitpunkt) „vor“ dem Vertragsabschluss über die relevanten speziellen Vertragsbedingungen und die jeweiligen Kündigungsfristen hingewiesen wurden.

Nach der Rechtsprechung kann keinem Zweifel unterliegen, dass § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nur genügt ist, wenn sowohl die Widerspruchsmöglichkeit als auch die Frist bereits in den Vertragstext aufgenommen werden (6 Ob 85/11k), sodass es etwa auch nicht ausreicht, dass der Unternehmer - ohne eine solche Vereinbarung - lediglich de facto unter Einhaltung einer angemessenen Frist bei Beginn dieser Frist auf die Erklärungsbedeutung des Verbraucherverhaltens und auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinweist.

Nur bei Aufnahme der Widerspruchsmöglichkeit in die

Vertragsbestimmung bei Vertragsabschluss hat der Verbraucher die (adäquate) Möglichkeit, diese kennenzulernen und allenfalls abzulehnen.

Der Berufung konnte daher kein Erfolg beschieden sein.

Die Beklagte hat dem Kläger daher gemäß §§ 41, 50 ZPO die Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes beruht auf den vom Kläger angegebenen Interesse.

Die ordentliche Revision ist im Hinblick auf die einschlägige zitierte oberstgerichtliche Judikatur nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 20. November 2012

Dr. Klaus Dallinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG