

TE OGH 2009/4/1 9Ob66/08h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.04.2009

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, Dr. Hradil, Dr. Hopf und Hon.-Prof. Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagten Parteien 1.) Andreas S*****, 2.) Manuel S*****, beide vertreten durch Dr. Johannes Öhlböck, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung nach dem KSchG (Streitwert 21.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 4.500 EUR), infolge Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 8. Juli 2008, GZ 2 R 86/08v-17, mit dem infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 25. Jänner 2008, GZ 39 Cg 61/06y-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die im Übrigen einschließlich des Kostenpunktes unberührt bleiben, werden im Punkt I lit a Z 1 dahin abgeändert, dass sie unter Verbleib der übrigen bestätigten Teile der Entscheidungen als Punkt A als nachfolgender Punkt B zu lauten haben:

Das Klagebegehren, die Beklagten sind schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihnen geschlossenen Verträgen zu Grunde legen und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Klausel

„Der Kunde ist verpflichtet, persönliche Passwörter und Login-Kennungen vor dem Zugriff Dritter zu schützen. Bei unberechtigter Nutzung durch dritte Personen haftet der Kunde für einen eventuellen Missbrauch bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Dienstleister schriftlich oder telefonisch zur Sperrung aufgefordert hat. Vorgenanntes gilt nicht, sofern Zugriff wie auch der Missbrauch ohne Verschulden des Kunden erfolgt sind.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sind ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel zu berufen,

wird abgewiesen.

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei die mit 1.614,89 EUR (darin enthalten 269,15 EUR an USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagten sind Gesellschafter einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese gründeten sie im Jahr 2003 und betreiben seit

Jänner 2006 diverse Internet-Websites mit verschiedenen Diensten, die sie auf individuellen Abruf im Online-Verkehr bereitstellen. Sie sind Gesellschafter dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bei der sie auch die grundlegenden Entscheidungen treffen. Sie betreiben ihr Unternehmen im Fernabsatz von Deutschland aus. Die Websites sind deutschsprachig und wurden und werden auch von österreichischen Kunden genutzt. Verschiedene von ihnen locken etwa mit Angeboten wie „100 SMS gratis“ zu kostenlosen Testabos, die allerdings jeweils nur bis 24 Uhr des jeweiligen Registrierungstages durchgeführt werden. Danach verlängert sich das Abo automatisch für die Dauer von 24 Monaten um den Preis von 7 EUR monatlich. 12 Monate müssen im Voraus bezahlt werden. Beim klagenden Verein gab es seit Anfang des Jahres 2006 viele Beschwerden österreichischer Verbraucher, die Mahnungen erhielten, obwohl sie vom Vertrag zurückgetreten waren. Auch wurden Rechnungen ausgestellt für ein zweites Vertragsjahr, obwohl rechtzeitig gekündigt worden war. Die Verbraucher waren auch überrascht, dass ihnen 84 EUR in Rechnung gestellt wurden, obwohl auf der Website mit „100 SMS gratis“ geworben wurde. Die von der Gesellschaft verwendeten Geschäftsbedingungen wurden zuletzt am 16. 6. 2006 geändert. Derzeit arbeitet sie bei den unterschiedlichen Websites mit zwei verschiedenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine schriftliche Bestätigung über die in den §§ 5c ff KSchG angeführten Informationen stellte sie nicht aus. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen waren unter anderem folgende - von der Klägerin bekämpfte - Klauseln enthalten:

I. § 4 Pflichten und Obliegenheiten des Kunden

...

2.) Der Kunde ist verpflichtet, persönliche Passwörter und Login-Kennungen vor dem Zugriff Dritter zu schützen. Bei unberechtigter Nutzung durch dritte Personen haftet der Kunde für einen eventuellen Missbrauch bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Dienstleister schriftlich oder telefonisch zur Sperrung aufgefordert hat. Vorgenanntes gilt nicht, sofern Zugriff oder Missbrauch ohne Verschulden des Kunden erfolgt sind.

II. § 6 Zahlungsbedingungen

1.) Die Kosten belaufen sich auf 7 EUR inklusive MwSt monatlich und berechtigen zum Zugang zum Memberbereich. Der Mitgliedsbeitrag wird dem Kunden jeweils für 12 Monate im Voraus in Rechnung gestellt.

...

III. § 8 Gewährleistung

1.) Der Dienstleister übernimmt keine Gewährleistung für durch den Besuch des Memberbereichs am PC des Kunden auftretende eventuelle Schäden, die der Dienstleister oder eine Person, für die er einzustehen hat, leicht fahrlässig verschuldet hat.

...

IV. § 10 Kündigung

1.) Die Vertragslaufzeit beträgt 24 Monate

V. § 10 Kündigung

1.) ...

Eine Kündigung des Vertrags ist erstmals zum Ende der Laufzeit des Vertrags möglich. Der Vertrag verlängert sich vorbehaltlich einer anderweitigen Abrede oder einer Kündigung jeweils um ein weiteres Jahr, sofern auf diesen Umstand per E-Mail - die zwei Monate vor dem Ende der Laufzeit des Vertrags an die vom Kunden angegebene E-Mail-Adresse gesendet wird - besonders hingewiesen wurde und sich der Kunde innerhalb eines Monats nach Absendung der E-Mail nicht ausdrücklich gegenteilig erklärt hat.

VI. § 3 Vertragsleistungen

1.) ...

2.) Der Teilnehmer ist berechtigt, am Tag der Anmeldung bis 24:00 Uhr gratis den Zugang zum Memberbereich zu nutzen.

3.) Ihre Gratistestzeit verändert sich nach Ablauf des Anmeldetages (ab „24:00 Uhr“) zu einem Abo. Die Kosten finden Sie unter § 6 Zahlungsbedingungen.

VII. § 7 Zahlungsverzug/Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung

1.) ...

2.) Bei Zahlungsverzug ist der Gesamtbetrag für die Restlaufzeit des Vertrags sofort in voller Höhe fällig, sofern der Kunde trotz einer weiteren Zahlungsaufforderung des Dienstleisters den geschuldeten Betrag nicht leistet.

VIII. § 7 Zahlungsverzug/Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung

...

3.) Die Aufrechnung und die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist dem Kunden gegen Forderungen des Dienstleisters nur dann gestattet, wenn die Forderung des Kunden von dem Dienstleister nicht bestritten wird oder sie rechtskräftig festgestellt ist.

IX. § 12 Anwendbares Recht/ Schlussbestimmungen

1.) ...

2.) Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrags einschließlich dieser Regelung ganz oder teilweise unwirksam sein oder sollte der Vertrag eine Regelungslücke enthalten, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.

X. § 3 Vertragsleistungen

1.) ...

2.) ...

Sofern der Kunde die Testmitgliedschaft nicht innerhalb von 14 Tagen kündigt, verlängert sich der Vertrag in eine Mitgliedschaft mit einer Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten. Der SMS-Versand wird dann im Sinne des § 6 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen kostenpflichtig.

XI. § 5 Widerrufsrecht

1.) Der Kunde kann, sofern er Verbraucher im Sinn des § 13 BGB ist, die Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (zB Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung.

...

XII. § 5 Widerrufsrecht

1.) ...

2.) Das Widerrufsrecht des Kunden erlischt vorzeitig, wenn der Dienstleister mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Kunden vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Kunde diese selbst veranlasst hat. ...

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin, die Beklagten schuldig zu erkennen, die Verwendung der dargestellten Klauseln (vgl auch Beil ./F ./J und ./L) oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es ebenfalls zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässig vereinbart wurden. Weiters begehrt sie die Beklagten dazu zu verpflichten, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft im elektronischen Geschäftsverkehr sowie im Zusammenhang mit Abschlüssen im Fernabsatz, insbesondere im Internet, Verträge abzuschließen, ohne den gesetzlich vorgesehenen Informationspflichten nachzukommen, insbesondere ohne rechtzeitig eine Bestätigung der in §§ 5c ff KSchG genannten Informationen (insbesondere ordnungsgemäße Belehrung über das zustehende Rücktrittsrecht) in der vorgesehenen Form (dauerhafter Datenträger) auszustellen und den Verbrauchern die ihnen zustehenden Rücktrittsrechte zu verwehren. Darüber hinaus stellte die Klägerin ein näher präzisiertes Veröffentlichungsbegehren in einer Tageszeitung und auf Websites.

Sie stützte die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte darauf, dass die Beklagten ihre Dienstleistungen auch gegenüber österreichischen Verbrauchern im Fernabsatz anbiete. Nach Art 5 Z 3 der EuGVO sei die inländische

Gerichtsbareit gegeben, da im Sprengel des Erstgerichts auch entsprechende Schädigungen der Konsumenten eingetreten seien.

Die Passivlegitimation der beiden Gesellschafter gründete die Klägerin darauf, dass nach österreichischem Recht eine GesbR nicht parteifähig sei und auch nach deutschem Recht die gesetzlichen Vertreter als Organe persönlich auf Unterlassung nach dem UWG in Anspruch genommen werden könnten. Die beiden Beklagten haben die inkriminierten Vorgehensweisen auch entweder persönlich vorgenommen oder in Auftrag gegeben und seien über sämtliche Vorgänge innerhalb der GesbR informiert.

Der Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG und § 28a KSchG ergebe sich aus der Verwendung der verpönten Klauseln. Allein eine nachträgliche Änderung der AGB bewirke keinen Wegfall der Wiederholungsgefahr. Die Beklagten haben die Klauseln teilweise auch weiter verwendet und trotz Abmahnverfahren keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Auch verteidige sie weiter die Rechtmäßigkeit der Klauseln. Dabei sei auch darauf Bedacht zu nehmen, dass es auch darum gehe, dass keine Berufung auf unzulässige Klauseln in alten Verträgen erfolgen solle.

Die Klägerin erstattete dann ein umfangreiches Vorbringen zu den einzelnen Klauseln, auf das im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch näher eingegangen wird. Im Wesentlichen stützte sie deren Unwirksamkeit auf Bestimmungen des KSchG insbesondere des § 6 Abs 1 Z 1, 2, 7 bis 9 sowie § 6 Abs 3 KSchG, § 13 KSchG, § 15 Abs 1 KSchG sowie § 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB. Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs betreffend die mangelnde formell ausreichende Belehrung der Verbraucher stützte sich die Klägerin vor allem auf die §§ 5d ff KSchG.

Die von den Beklagten verwendeten - hier bekämpften Klauseln - seien entweder gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, überraschend im Sinne des § 864a ABGB bzw würden gegen § 6 Abs 1 KSchG oder § 15 KSchG verstoßen. Die Belehrung und deren formelle Voraussetzungen hinsichtlich des Rücktrittsrechts seien in den §§ 5e ff KSchG ausdrücklich geregelt.

Die Beklagten wendeten vorweg die mangelnde Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ein. Die Beklagte habe in Österreich keine Verträge unter Verwendung der beanstandeten Klauseln abgeschlossen. Es sei hier auch kein schädigendes Ereignis eingetreten oder drohe einzutreten. Ebenso wenig sei hier eine unerlaubte Handlung gesetzt worden.

Ihre Passivlegitimation bestritten die Beklagten unter Hinweis darauf, dass nach deutschem Recht die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aktiv und passiv parteifähig sei und daher die Gesellschafter einer derartigen Gesellschaft auch keine Parteistellung haben.

Auch die Beklagten erstatteten ein umfangreiches Vorbringen zu den verschiedenen beanstandeten Vertragsklauseln in denen sie weitgehend die Ansicht vertrat, dass diese ohnehin weder gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB noch überraschend im Sinne des § 864a ABGB seien und auch nicht gegen die genannten Bestimmungen des KSchG verstoßen. Auch darauf wird im Wesentlichen bei der Behandlung der Rechtsrüge zu den einzelnen Klauseln eingegangen werden. Die Beklagten bestritten auch ausdrücklich die Wiederholungsgefahr, da sie ab 16. 6. 2006 neue Klauseln verwendeten. Auch hätten sie einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten. Ihrer gesetzlichen Informationspflicht komme die GesbR nach.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Es ging zusammengefasst von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Erstgerichts aus, da das schädigende Ereignis in dessen Sprengel stattgefunden habe. Auch sei österreichisches Recht anzuwenden und die Gesellschafter einer GesbR persönlich haftbar.

Die I. Klausel sei wegen der allgemeinen Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB unzulässig.

Der II. Klausel stehe § 864a ABGB entgegen. Sie sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur kleingedruckt sichtbar gewesen, während die auf der Website gestellte Aufschrift „100 SMS gratis !!!“ deutlich wahrnehmbar gewesen sei. Auch sei für den Kunden nicht vorhersehbar, dass für die Leistung des SMS-Versendens 7 EUR monatlich, und zwar 12 Monate im Voraus, geleistet werden müssten.

Der III. Klausel stehe die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, die den Ausschluss der Haftung für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten nicht zulasse, entgegen.

Die IV. Klausel verstoße gegen die Kündigungsmöglichkeit nach § 15 Abs 1 KSchG, weil sie eine 24-monatige Bindungsfrist vorsehe.

Die V. Klausel widerspreche der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, die eine derartige Erklärungsfiktion nicht zulasse.

Als nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB sei die VI. Klausel einzustufen, da ein Kunde der sich unter der Prämisse des „Gratiszugangs“ anmelde, nicht mit einem gebührenpflichtigen Abonnement rechnen müsse. Die Erklärungsfiktion verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

§ 13 KSchG stehe der VII. Klausel hinsichtlich des Terminsverlusts entgegen und § 6 Abs 1 Z 8 KSchG der VIII. Klausel betreffend das Verbot der Aufrechnung, das selbst für den Fall der Zahlungsunfähigkeit gelten sollte.

Die IX. Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da nach der in der Klausel angeordneten Regelung, dass im Fall der Unwirksamkeit von Bestandteilen des Vertrags die gesetzlichen Regelungen gelten sollten, ein unklares Bild für die Vertragssituation des Konsumenten entstehe.

§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG und § 864a ABGB stünden der X. Klausel entgegen, da diese ebenfalls eine Erklärungsfiktion enthalte.

Da § 5e KSchG bei Dienstleistungen ein Widerrufsrecht für 7 Tage ab dem Vertragsabschluss vorsehe, verstoße die XI. Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, da sie auf die Absendung der E-Mail durch die Beklagten abstelle.

Da § 5f Z 1 KSchG vorsehe, dass der Verbraucher nur dann bei Beginn der Ausführung des Vertrags innerhalb von sieben Tagen ab Vertragsabschluss kein Rücktrittsrecht habe, wenn die Vereinbarung über die vorzeitige Ausführung aufgrund einer entsprechenden Information durch den Unternehmer getroffen wurde, bedeute dies, dass eine bloße Information auf der Website nicht ausreichend sei, weshalb auch die XII. Klausel über das Erlöschen des Widerrufsrechts unzulässig sei.

Wegen des Interesses der betroffenen Verbraucherkreise sei auch eine entsprechende Urteilsveröffentlichung geboten und berechtigt.

Das Berufungsgericht gab der gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung der Beklagten nicht Folge. Es erachtete die Beweistrübe hinsichtlich der Stellung der Beklagten in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als nicht dem Gesetz entsprechend ausgeführt und verwies darauf, dass die Zurechnung des Verhaltens an die Beklagten eine Frage der rechtlichen Beurteilung sei. Grundsätzlich sei auf Personengesellschaften das Recht des tatsächlichen Sitzes der Hauptverwaltung anzuwenden, hier also das deutsche Recht. Auch wenn nach deutschem Recht eine (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit besitze, ändere dies aber nichts daran, dass nach § 28 Abs 1 KSchG nicht nur der Unternehmer selbst, sondern auch „Mittäter, Anstifter und Gehilfen“ passiv klagslegitimiert seien. Es sei bei Personengesellschaften ein persönlich haftender Gesellschafter auch dann passiv klagslegitimiert, wenn er zumindest die Möglichkeit hatte, den Wettbewerbsverstoß zu unterbinden, jedenfalls aber dann, wenn er aktiv am Wettbewerbsverstoß mitwirkte. Hier sei aber davon auszugehen, dass die Beklagten an der Geschäftsführung mitwirkten und auch als Verwender der AGB im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG anzusehen und daher auch passiv klagslegitimiert seien.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit der einzelnen Klauseln durch das Erstgericht schloss sich das Berufungsgericht dessen Rechtsauffassung an. Ergänzend verwies es darauf, dass der Oberste Gerichtshof bereits umfassend zu den Informationspflichten im Fernabsatz Stellung genommen habe. Daraus ergebe sich, dass die Übermittlung eines Links auf einer Internetseite jedenfalls nur dann genüge, wenn ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher schon aus der Gestaltung der Bestätigungs-E-Mail erkenne, dass die Information zum Rücktrittsrecht dort zu finden sei. Dem entspreche aber die Vorgangsweise der Beklagten, wonach nur entsprechende Informationen als Dateien „heruntergeladen“ werden könnten, nicht. Dabei sei auch darauf zu verweisen, dass die verärgerten Vertragspartner typischerweise gerade nicht mehr auf die Internetseiten des ehemaligen Geschäftspartners zurückkehrten. Insoweit sei auch die Veröffentlichung in der Zeitung berechtigt. Die Wiederholungsfahr sei durch eine bloße Änderung der AGB nicht weggefallen. Eine vollständige Unterwerfung der Beklagten unter den Anspruch der Kläger liege nicht vor.

Auch die internationale Zuständigkeit bejahte das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Erstgericht. Bei Delikten im Internet sei der Erfolgsort am Aufenthaltsort des Nutzers anzunehmen, wenn dort die Interessen des

Verletzten beeinträchtigt sind. Dazu komme noch, dass hier die Äußerungen bestimmungsgemäß auf den österreichischen Staat ausgerichtet gewesen seien.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, inwieweit Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff BGB für eine Klage nach § 28 Abs 1 KSchG passiv legitimiert seien, nicht vorliege.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision der Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig.

Die Revision ist aber weitgehend nicht berechtigt.

I Zur internationalen Zuständigkeit

Vorweg ist darauf einzugehen, dass die Beklagten erneut geltend machen, dass das Erstgericht mangels inländischer Gerichtsbarkeit nicht zuständig sei und Art 5 Abs 3 EuGVVO nicht anzuwenden wäre. Die Deliktzuständigkeit bei Delikten im Internet dürfe nicht zu Lasten der Wohnsitzzuständigkeit ausufern.

Das Berufungsgericht hat über Einwand der Beklagten erneut die internationale Zuständigkeit geprüft und - so wie das Erstgericht - ausdrücklich bejaht. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Oberste Gerichtshof an die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Vorliegen eines Prozesshindernisses selbst bei amtswegiger Prüfung auch dann gebunden, wenn dieses nur in den Gründen der Entscheidung verneint wurde (RIS-Justiz RS0039226 mwN insb 9 Ob 1548/95, 8 Ob 54/03d; allgemein zur Nichtigkeit RIS-JustizRS0042981; RS0035572 mwN insb 1 Ob 2088/96g, 9 ObA 130/98b, 2 Ob 232/98a oder 6 Ob 103/05y). Schon deshalb ist es dem Obersten Gerichtshof verwehrt, erneut auf diese Frage einzugehen.

II Zur Passivlegitimation

Im Folgenden relevieren die Beklagten die Frage ihrer Passivlegitimation. Sie gehen dabei in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht davon aus, dass zufolge der §§ 10, 12 IPRG das Personalstatut der Personenverbindung entscheidend ist, und zwar das Recht des Staats, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat. Dies ist hier unstrittig Deutschland, sodass also beide Streitparteien übereinstimmend mit dem Berufungsgericht insoweit von der Anwendung deutschen Rechts ausgehen. Das Berufungsgericht hat sich aber gar nicht darauf gestützt, dass die deutsche GesbR nicht rechtsfähig und daher „Verwender“ im Sinne des § 28 KSchG wäre, sondern darauf, dass „zusätzlich“ auch die persönlich haftenden Gesellschafter jedenfalls dann, wenn sie - wie hier nach den Feststellungen - auch unmittelbar an den Verstößen beteiligt sind, in Anspruch genommen werden können. Einer näheren Auseinandersetzung, inwieweit auf diese Frage österreichisches oder deutsches Recht zur Anwendung gelangt, bedarf es hier deshalb nicht, weil beide Rechtsordnungen im Sachergebnis übereinstimmen (vgl allgemein RIS-Justiz RS0042945 mzwN zuletzt 2 Ob 95/08x). Ist doch gerade auch der von den Beklagten zitierten deutschen Literatur, und zwar Köhler (in Hefermehl/Köhler/Bornkam, Wettbewerbsrecht²⁶ § 8 UWG Rz 2.21) zu entnehmen, dass die persönlich haftenden Gesellschafter dann bei Wettbewerbsverstößen in Anspruch genommen werden können, wenn sie diese pflichtwidrig nicht verhindert oder selbst begangen haben. Dann sollen sie auch im Sinne der deutschen Lehre mitverantwortlich und passiv legitimiert sein. Zur österreichischen Rechtslage hat der Oberste Gerichtshof erst jüngst allgemein daran festgehalten, dass die Passivlegitimation nach § 28 Abs 1 KSchG grundsätzlich den „Verwender“, also „nur“ denjenigen erfasst, der Partei des Vertrags ist (vgl 8 Ob 110/08x mwN). Allerdings wurde dies schon dort auf Fälle erweitert, in denen ein Vertreter des Verwenders selbst erhebliches Eigeninteresse hat oder wie im entschiedenen Fall die Muttergesellschaft bei den von ihrer Tochtergesellschaft abgeschlossenen Verträgen auch Rechte und Pflichten erwirbt (8 Ob 110/08x). Dies ist aber jedenfalls auch auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach deutschem Recht zu erstrecken, sodass auch deren Gesellschafter, die aktiv an den Verstößen beteiligt sind als passiv klagslegitimiert einzustufen sind (allgemein zum UWG RIS-Justiz RS0113859 mwN; zum Begriff des „Verwenders“ in § 28 KSchG Krejci in Rummel ABGB3 §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15; Apathy in Schwimann ABGB3 §§ 28 bis 30 KSchG, Rz 12; Kathrein in KBB2 § 38 Rz 5 uva).

Soweit die Beklagten in diesem Zusammenhang die Feststellungen des Erstgerichts bekämpfen, wonach die Beklagten auch selbst an den Verstößen beteiligt waren, sind sie darauf zu verweisen, dass diese Einwände bereits im Berufungsverfahren erfolglos waren und eine Überprüfung der Beweiswürdigung durch den Obersten Gerichtshof ausgeschlossen ist (vgl RIS-Justiz RS0043371 mzwN ebenso RIS-Justiz RS0043162 uva).

III Allgemein zu § 28 KSchG

Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (Kathrein in KBB² § 28 KSchG Rz 3; Apathy in Schwimann³ §§ 28 bis 30 ff KSchG Rz 10; Krejci in Rummel³ §§ 28 bis 30 KSchG Rz 12; Eccher in Klang³ § 28 KSchG Rz 8). § 28a KSchG erweitert den Anwendungsbereich der Verbandsklagen auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern.

Die Anwendung des KSchG wird in der Sache selbst auch von den Beklagten nicht in Frage gestellt (vgl. Verschaegen in Rummel ABGB³ Art 5 EVÜ Rz 32 f; im Übrigen auch Art 6 der Verordnung 593/2008/EG und Nemeth in Klang³ § 13a KSchG Rz 26 ff).

Zu der Beurteilung der verschiedenen Klauseln ist allgemein voranzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine in AGB enthaltene Vertragsbestimmung im „Verbandsprozess“ im „kundenfeindlichsten Sinn“ auszulegen ist (RIS-Justiz RS0016590 mwN zuletzt etwa 4 Ob 227/06w). Auch eine geltungserhaltende Reduktion wird nach ständiger Rechtsprechung als nicht möglich erachtet (RIS-Justiz RS0038205 mwN Krejci in Rummel ABGB³ §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15; Apathy in Schwimann ABGB³ §§ 28 bis 30 KSchG Rz 12; Kathrein in KBB² § 28 Rz 5; Eccher in Klang³ § 28 KSchG Rz 9 uva). Es ist also bei der Beurteilung der hier bekämpften Klausel etwa unter dem Aspekt der §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB, aber auch der jeweils herangezogenen Bestimmungen des KSchG von der Auslegungsvariante auszugehen, die für den Kunden die nachteiligste ist.

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (Krejci in Rummel ABGB³ § 879 Rz 240, Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 23; RIS-Justiz RS0016914 mwN).

Zufolge § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Klausel muss also einen Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS0014646; ähnlich Rummel in Rummel ABGB³ § 864a Rz 5; Bollenberger in KBB² § 864a Rz 10 mwN).

Weiters ist einleitend für die Beurteilung der Klauseln auf § 6 Abs 3 KSchG zu verweisen. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-RL 93/13/EWG umgesetzt (RIS-Justiz RS0037107 mwN; Krejci aaO § 6 Rz 202 f). Es sollte damit ausdrücklich das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte festgelegt werden. Damit soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Der typische Verbraucher soll nicht von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115217 und RIS-Justiz RS0115219 jeweils mwN etwa 4 Ob 88/05b, 7 Ob 233/06z; Kathrein aaO § 6 Rz 32). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (RIS-Justiz RS0115219 mwN etwa 5 Ob 247/07w; Leitner, Das Transparenzgebot, 51). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das

Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot, und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217, RIS-Justiz RS0115219 jeweils 1 Ob 241/06g; Faber, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, 38). Dass Letzteres nur soweit gelten kann, als es sich um unmittelbar im Zusammenhang stehende Fragen handelt, ergibt sich schon aus dem Gebot der Verständlichkeit und Erkennbarkeit (Übersichtlichkeit). Die AGB müssen also so gestaltet sein, dass sie dem Verbraucher eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition vermitteln (RIS-Justiz RS0115217 mwN etwa 10 Ob 67/06k; Schurr in Klang 3 § 6 KSchG Rz 29 ff).

Ebenfalls allgemein voranzustellen ist, dass allein der Umstand, dass nun die AGB teilweise geändert wurden, die Beklagten im Wesentlichen aber weiter auf der Rechtmäßigkeit der früheren Klauseln beharren, noch nicht bewirkt, dass die Wiederholungsgefahr weggefallen wäre (vgl. RIS-Justiz RS0119007 mwN insb 10 Ob 47/08x). Eine Unterwerfungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG wurde von den Beklagten abgelehnt (vgl. dazu RIS-Justiz RS0111640 mwN). Es ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung des Bestehens der Wiederholungsgefahr stets die Gesamtheit des Verhaltens der Beklagten heranziehen muss. Es müssen gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beklagten ernstlich gewillt sind, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (vgl. RIS-Justiz RS0012087; zur Bedeutung des Verhaltens im Rechtsstreit RIS-Justiz RS0079692). Davon kann aber hier bei den Rechtfertigungsversuchen der Beklagten selbst noch im Prozess nicht ausgegangen werden.

IV Zu den einzelnen Klauseln

IV a. Zur Abweisung

Die I. Klausel wurde von der Klägerin damit bekämpft, dass sie nach § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sei, weil sie dem Verbraucher jegliche Haftung auferlege, selbst für den Fall, dass den Unternehmer ein Mitverschulden treffe. Dieser Rechtsansicht sind die Vorinstanzen gefolgt.

Die Beklagten machen nunmehr erneut geltend, dass selbst im Sinne einer „verbraucherfeindlichsten“ Auslegung die Haftung bei einem Mitverschulden des Unternehmers nicht anzunehmen sei.

In der Klausel ist allgemein festgelegt, dass bei unberechtigter Nutzung der persönlichen Passwörter und Login-Kennungen durch dritte Personen der Kunde für einen eventuellen Missbrauch bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Dienstleister schriftlich oder telefonisch zur Sperrung aufgefordert hat, haftet. Dies soll dann nicht gelten, wenn der Verbraucher daran kein Verschulden trifft (vgl. allgemein zur Haftung beim Zugriff unberechtigter Dritter etwa bei Kredit- oder Bankomatkarten und zur Risikoverteilung RIS-Justiz RS0113753 mwN etwa 4 Ob 221/06p). Auch im Sinne des einleitend dargestellten Grundsatzes, dass für die Beurteilung der Klausel im Verbandsprozess unter dem Aspekt des § 879 Abs 3 ABGB die für den Verbraucher ungünstigste Auslegungsvariante heranzuziehen ist, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass mit dieser Klausel eine Regelung über ein allfälliges Mitverschulden der GesbR und eines daraus zulässigerweise erhobenen Einwands oder Anspruchs getroffen wird. Geht es bei der Klausel doch um die Regelung von Verhaltenspflichten des Verbrauchers beim Schutz vor dem Zugriff Dritter. Damit werden aber keine Verhaltenspflichten oder Obliegenheiten der GesbR angesprochen. Ebenso wenig kann der Regelung entnommen werden, dass der Verbraucher im Falle seines Verschuldens jedenfalls den „vollen“ Schaden zu tragen hätte (vgl. dazu 10 Ob 70/07b zu Klausel 2). Es kann also im Ergebnis weder davon ausgegangen werden, dass mit dieser Klausel eine Regelung der Verhaltenspflichten des Unternehmers beim Schutz vor dem unberechtigten Zugriff Dritter getroffen und dabei die Haftungen für deren Verletzung abbedungen werden sollte, noch dass sich dies daraus ergeben würde, dass - unbeschadet des Verhaltens des Unternehmers - der Verbraucher im Falle seines Verschuldens jedenfalls für alle Nachteile einzustehen hätte. Damit kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Klausel den Einwand eines Mitverschuldens des Unternehmers ausschließt und deshalb als gröblich benachteiligend gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt (vgl. dazu etwa 10 Ob 70/07b zu Klausel 11).

Nur unter diesem Aspekt wurde die Klausel bekämpft, sodass auf allfällige weitere Fragen, etwa im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG oder der Beweislast, hier nicht einzugehen ist.

Insoweit war also die Revision der Beklagten berechtigt und waren die Entscheidungen der Vorinstanzen im klagsabweisenden Sinne abzuändern.

IV b. Zur Bestätigung

Die Bekämpfung der II. Klausel hat die Klägerin auf § 864a ABGB gestützt, unter anderem auch deshalb, weil es ungewöhnlich sei, dass der Hinweis auf die Kosten in Höhe von 7 EUR monatlich im Kleingedruckten erfolge und diese

noch dazu für ein Jahr im Voraus zu bezahlen seien. Dies sei nachteilig und für den Konsumenten überraschend und damit unwirksam. Das sei auch daraus abzuleiten, dass der Slogan „100 SMS gratis“ blickfangartig hervorgehoben werde.

Auch insoweit haben sich die Vorinstanzen übereinstimmend der Rechtsansicht der Klägerin angeschlossen. Wenn die Beklagten nunmehr verneinen, dass die Unzulässigkeit nur aus der Verbindung mit dem Slogan „100 SMS gratis“ abgeleitet worden sei, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass vielmehr auch darauf abgestellt wurde, dass es nachteilig, ungewöhnlich und überraschend sei, dass der Preis von 7 EUR bereits für ein Jahr im Vorhinein geleistet werden muss. Warum es hier - wie die Beklagten ausführen - unmöglich sein sollte, ihre Geschäftstätigkeit, ohne eine Festlegung derartige Vorauszahlung in den AGBs auszuüben, vermögen sie nicht darzustellen. Ob nunmehr die Werbung geändert wurde oder nicht, ist im Hinblick auf die Problematik der Vorauszahlung ohne Relevanz. Zu Letzterem nehmen die Beklagten auch gar nicht weiter Stellung.

Hinsichtlich der III. Klausel relevieren die Beklagten Änderungen, sodass sie insoweit auf die einleitenden Ausführungen zum mangelnden Wegfall der Wiederholungsgefahr verwiesen werden können.

Zur IV. Klausel betreffend die Festlegung der Vertragslaufzeit mit 24 Monaten hat die Klägerin vor allem einen Verstoß gegen § 15 Abs 1 KSchG und das darin vorgesehene Auflösungsrecht nach Ablauf des ersten Jahres releviert, sich im Weiteren aber auch auf eine Unangemessenheit im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sowie § 6 Abs 1 Z 1 KSchG gestützt. Die Vorinstanzen haben einen gemischten Vertrag angenommen, der einerseits in der Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten sowie Abfragemöglichkeiten besteht und andererseits auch die Zurverfügungstellung von Informationsdiensten umfasst, die außerhalb des Internets als Werkleistungen erbracht werden.

In ihrer Revision monieren die Beklagten nun, dass hier das Charakteristikum eines Werkvertrags vollkommen fehle, weil der Kunde das Recht auf Zugang behalte und permanent Informationen abrufen bzw SMS an beliebige Personen versenden könne. Es handle sich um die Bereitstellung eines Telekommunikationsnetzes, die nicht unter die Bestimmung des § 15 Abs 1 KSchG falle.

Allgemein legt § 15 Abs 1 KSchG fest, dass Verträge, durch die sich Unternehmer zur wiederholten Leistung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen und der Verbraucher zu wiederholten Geldleistungen verpflichtet und die für eine unbestimmte oder ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, vom Verbraucher unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres; nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres, gekündigt werden können. Im Wesentlichen soll diese Schutzbestimmung die Verbraucher vor schwer auflösbaren überlangen Vertragsbindungen schützen (vgl allgemein Krejci in Rummel ABGB3 § 15 Rz 1 ebenso Apathy in Schwimann ABGB3 § 15 Rz 1; Kathrein aaO § 15 Rz 1 oder Lehofer in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayr/Langer § 15 Rz 1). Die hier entscheidende Frage ist, ob die vorliegenden Verträge als Verträge über „wiederholte Werkleistungen“ im Sinne des § 15 Abs 1 KSchG verstanden werden können. Dabei ist es wesentlich darauf hinzuweisen, dass es der Annahme eines Werkvertrags mit wiederholten Werkleistungen und wiederholten Geldzahlungen nicht entgegensteht, dass die einzelnen Teilleistungen des Unternehmers vom Verbraucher nicht speziell abgegolten werden, sondern eine periodenweise Abrechnung erfolgt (vgl Krejci in Rummel aaO Rz 2, Apathy in Schwimann aaO Rz 3; Mayrhofer in Klang3 § 15 Rz 5). Bei Mischverträgen ist für die Anwendbarkeit des § 15 KSchG entscheidend, ob die werkvertraglichen oder kaufvertraglichen Elemente nicht bloß eine untergeordnete Rolle spielen (vgl RIS-Justiz RS0115412; Kathrein in KBB2 § 15 Rz 2).

Im Verfahren 6 Ob 69/05y ging es um einen Mobilfunkvertrag. Der Oberste Gerichtshof führte damals dazu aus, dass der Netzbetreiber keinen Erfolg schulde und kein Werk herstelle, weil das Netz mit den technischen Einrichtungen schon bestehe und damit die mietrechtlichen Vertragselemente deutlich überwiegen. Es bestehe auch eine Vereinbarung über ein verbindungsunabhängiges Grundentgelt und daher keine erfolgsbezogene Leistungsverpflichtung. Der wesentliche Leistungsinhalt liege vielmehr darin, dass dem Kunden das gesamte Funknetz samt technischer Einrichtung als unverbrauchbare Gesamtsache im Sinne des § 1090 ABGB über die Mietverträge zum Verbrauch zur Verfügung gestellt werde und der Verbraucher dafür ein Nutzungsentgelt bezahle. Dabei nahm der Oberste Gerichtshof auch auf die Begriffsbestimmung des § 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) Bezug, die ebenfalls auf das Bereitstellen eines Kommunikationsnetzes abstellt.

Nach § 3 Z 9 TKG 2003 ist ein Kommunikationsdienst, eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in

der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen davon sind Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs 1 Z 2 des Notifikationsgesetzes BGBl I 183/1999, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen.

Ausgehend davon kann aber jedenfalls unter den hier angebotenen Informationsdiensten bei denen Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste angeboten werden, kein Kommunikationsdienst im Sinne des TKG gesehen werden (zu den Schutzbestimmungen des TKG betreffend AGBs § 25 TKG vgl etwa Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 505). Entscheidend ist, welche Leistungen als Hauptdienstleistungen und als überwiegend anzusehen sind (Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz § 3 Rz 98 ff, Vartian Telekommunikationsrecht, 22, auch zur Abgrenzung zum E-Commerce Gesetz; dazu, dass danach Datenbanken erfasst sind: Zankl, E-Commerce Gesetz, 85; Laga/Seherschön/Ciresa, E-Commerce Gesetz, 11). Hier werden jedoch Monat für Monat aktuelle Informationen zur Verfügung gestellt und dafür periodisch auch ein entsprechendes Entgelt geleistet. Dies ist aber als wiederholte Werkleistung im Sinne des § 15 KSchG zu verstehen.

Zur V. Klausel relevieren die Beklagten wieder das Vorliegen unrichtiger Tatsachenfeststellungen und kann insoweit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Im Wesentlichen sieht die hier bekämpfte Klausel vor, dass sich vorbehaltlich einer anderweitigen Abrede oder einer Kündigung der Vertrag jeweils um ein Jahr verlängert, sofern auf diesen Umstand per E-Mail „die zwei Monate vor dem Ende der Laufzeit des Vertrags an die vom Kunden angegebene E-Mailadresse gesendet wird“ (Hervorhebung nicht im Originaltext) hingewiesen wurde und der Kunde innerhalb eines Monats nach Absendung der E-Mail nicht ausdrücklich Gegenteiliges erklärt. In der Klausel wird also ausdrücklich auf die „Absendung“ abgestellt. Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ist eine Klausel verpönt, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Dabei kann es sich aber nicht um eine Aufklärung handeln, die bloß abgesendet wurde, aber möglicherweise nie angekommen ist, sondern der Unternehmer muss seiner Hinweispflicht jedenfalls faktisch nachkommen (Krejci in Rummel ABGB3 § 6 KSchG Rz 45; Apathy in Schwimann ABGB3 § 6 KSchG, Rz 13 uva).

Im Sinne des einleitend dargestellten Grundsatzes, dass für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klauseln im Verbandsprozess nach § 28 KSchG der für den Verbraucher nachteiligste Sinn zugrundegelegt ist, kann an der von den Vorinstanzen vorgenommene Auslegung, dass hier nur auf das „Absenden“ des aufklärenden Hinweises abgestellt wird, ebenso wenig ein Zweifel hervorgerufen werden, wie, dass die Klausel insgesamt dann als unzulässig im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG anzusehen ist.

Zur VI. Klausel relevieren die Beklagten wieder eine unrichtige Tatsachenfeststellung. Sie sind zur Unzulässigkeit einer solchen Bekämpfung der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Warum sich die Klausel, nach der sich unmittelbar nach dem Tag der Anmeldung und der Gratistestzeit bis 24 Uhr, diese in ein „Abo“ verwandelt, nicht als überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB darstellen sollte, wird in der Rechtsrüge der Beklagten nicht näher ausgeführt.

Die VII. Klausel sieht für den Zahlungsverzug vor, dass der Gesamtbetrag für die Restlaufzeit sofort in voller Höhe fällig wird, sofern der Kunde trotz einer weiteren Zahlungsaufforderung des Dienstleisters den geschuldeten Betrag nicht leistet. Die Vorinstanzen haben in dieser Klausel einen Verstoß gegen § 13 KSchG gesehen. § 13 KSchG legt als Voraussetzung für einen wirksamen Terminverlust unter anderem fest, dass nicht nur eine Leistung seit mindestens 6 Wochen fällig sein muss, sondern der Unternehmer den Verbraucher auch durch Androhung des Terminverlusts und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt haben muss. Die Anwendbarkeit des § 13 KSchG wird von den Beklagten nicht in Frage gestellt (vgl zu Geschäften mit wiederkehrenden Leistungen auch Krejci in Rummel ABGB3 § 13 KSchG Rz 8; RIS-JustizRS0065629 mwN; Rz 8 Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayr/Langer aaO § 13 Rz 1; Mayrhofer in Klang3 § 13 Rz 5 uva). Ausgehend davon sieht aber die Klausel keine klaren Regelungen vor, die den Vorgaben des § 13 KSchG entsprechen, weil weder der Zahlungsverzug um 6 Wochen noch die Androhung des Terminverlusts und die Nachfrist von mindestens zwei Wochen festgehalten wurde.

Soweit die Beklagten in diesem Zusammenhang aber auch hinsichtlich der Klauseln VIII., IX. und X. geltend machen, dass sie mittlerweile die AGB geändert hätten, sind sie auf die obigen Ausführungen zum mangelnden Wegfall der Wiederholungsgefahr zu verweisen. Im Übrigen wird zu diesen Klauseln eine Rechtsrüge nicht konkret ausgeführt.

Die XI. Klausel bezieht sich auf das Widerrufsrecht und räumt eine 14-tägige Frist ein. Zuzufolge dieser Klausel beginnt „die Frist frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“. Die Vorinstanzen haben darauf abgestellt, dass die Klausel gegen § 5e KSchG im Zusammenhang mit dem „Transparenzgebot“ des § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

§ 5e KSchG bestimmt in seinem Abs 1, dass der Verbraucher von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag bis zum Ablauf der in den folgenden Absätzen genannten Fristen zurücktreten kann, wozu die Absendung der Rücktrittserklärung reicht. Nach Abs 2 des § 5e KSchG beträgt die Rücktrittsfrist grundsätzlich sieben Werktage und beginnt bei Verträgen über Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Ist keine Information im Sinne des § 5d Abs 1 und 2 KSchG erfolgt, so beträgt die Rücktrittsfrist drei Monate. Der schriftlichen Bestätigung über die in § 5c Abs 1 Z 1 bis 6 KSchG genannten Informationen steht zufolge des letzten Satzes des § 5d Abs 1 KSchG eine solche auf einem für den Verbraucher verfügbaren dauerhaften Datenträger gleich. Dass Letzteres der Fall gewesen wäre, relevieren die Beklagten aber in diesem Zusammenhang gar nicht. Auch wurde ausdrücklich festgestellt, dass eine schriftliche Bestätigung der im § 5c KSchG angeführten Informationen nicht erfolgte. Das Berufungsgericht hat auch zutreffend auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 18/08p verwiesen, wonach es für die Erfüllung der formellen Erfordernisse der Information nach § 5d Abs 2 KSchG („dauerhafter Datenträger“) jedenfalls nicht ausreicht, dem Verbraucher die Informationen bloß auf einer Website zur Verfügung zu stellen, ohne darauf klar hinzuweisen. Damit ist aber von einem 3-monatigen Rücktrittsrecht auszugehen.

In diesem Zusammenhang kann auch auf die XII. Klausel eingegangen werden, die wegen des Verstoßes gegen § 5d iVm § 5e und 5f Z 1 KSchG als unzulässig eingestuft wurde. Nach dieser Klausel erlischt das Widerrufsrecht des Kunden vorzeitig, wenn der Dienstleister mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Kunden vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Kunde diese selbst veranlasst hat. Auch dies setzt aber eine den Kriterien des § 5d KSchG entsprechende Information voraus. Zuzufolge des in Abs 1 dieser Bestimmung vorgesehenen Verweises ua auf § 5c Abs 1 Z 6 KSchG hat diese Information auch das Rücktrittsrecht und dessen allfälligen Ausschluss ua im Falle des § 5f Z 1 KSchG, also wegen des vereinbarten Beginns der Ausführung zu enthalten. Hier erfolgte festgestelltermaßen überhaupt keine schriftliche Bestätigung der in § 5c KSchG angeführten Informationen. Damit fehlt es aber auch an der Voraussetzung für die Einschränkung des Rücktrittsrechts nach § 5f Z 1 KSchG (vgl Schurr aaO § 5f Rz 4 unter Hinweis auf die RV).

Insgesamt vermögen die Ausführungen der Revision - soweit sie nicht überhaupt nur eine unzulässige Tatsachenrüge darstellen - keine Bedenken an der rechtlichen Beurteilung der Vorinstanzen betreffend die Unzulässigkeit der bekämpften II. bis XII. Klauseln hervorzurufen.

V Zur unterlassenen Belehrung

Insoweit machen die Beklagten einen vom Berufungsgericht verneinten Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens geltend. Dieser kann aber nach ständiger Rechtsprechung im Revisionsverfahren nicht mehr gerügt werden (RIS-Justiz RS0042963; RS0043111 jeweils mwN).

VI Zur Urteilveröffentlichung

Soweit sich die Beklagten letztlich gegen den Ausspruch auf Ur

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at