



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

ein 15. JULI 2008

g. Akten
..... Abschriften

KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG
24. Juli 2008
EINGELANGT
FRIST: 22.7.08

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Bauer (Vorsitzende) und die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Dallinger und MMMag. Frank, 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. [REDACTED] **Schmidtlein** und 2. [REDACTED] **Schmidtlein**, beide [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] beide vertreten durch Mag. Johannes Öhlböck, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung nach dem KSchG und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 26.000,--), über die Berufung der beklagten Parteien gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 25.1.2008, 39 Cg 61/06y-13, nach öffentlicher Berufungsverhandlung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagten Parteien sind zu gleichen Teilen schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.243,34 (darin enthalten EUR 373,89 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 20.000,--.

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**, ein in § 29 Abs 1 KSchG genannter Verein, begehrt mit dem (ausgedehnten - ON 4) Klagebegehren,

- die Beklagten schuldig zu erkennen,

a) die nachgenannten Klauseln in den verwendeten AGB oder die Verwendung sinngleicher Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die von den Beklagten geschlossenen Verträgen zugrunde liegen, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zu unterlassen und schuldig zu erkennen, zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sind, und

b) 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 dadurch, dass der Verbraucher nicht rechtzeitig eine schriftliche Bestätigung (Informationserteilung) der in §§ 5c ff KSchG genannten Informationen, wie insbeson-

dere die ordnungsgemäße Belehrung über das ihm zustehende Rücktrittsrecht, in der gesetzlich vorgesehenen Form, nämlich auf dauerhaftem Datenträger, erhält und den Verbrauchern die ihnen gesetzlich zustehenden Rücktrittsrechte von Verträgen im Fernabsatz zu verwehren, sowie

- die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf den im Klagebegehren genannten Websites und in einer bundesweit erscheinenden Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“.

Zur Begründung bringt der Kläger vor, die Beklagten seien Gesellschafter der in Deutschland ansässigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts [REDACTED] & und [REDACTED] Schmidlein (in der Folge: GbR) und bieten im Internet im deutschsprachigen Raum und auch gegenüber Verbrauchern in Österreich auf zahlreichen (im Klagebegehren einzeln genannten) Websites den Zugang zu diversen Informationsdiensten und auf der Domain www.sms-heute.com SMS-Dienste an. Sie treten in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließen mit diesen Verträge als Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG.

Die Beklagten erbringen Dienste der Informationsgesellschaft im Sinn des § 3 Z 1 ECG und verwenden dabei die nachgenannten gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßenden (§ 28 KSchG) Klauseln, die einen bestimmenden Einfluss auf die Willenserklärung des Verbrauchers haben. Deshalb kommen zur Beurteilung dieser

Klauseln im Verbandsprozess gemäß § 21 Z 6 ECG die österreichischen Rechtsvorschriften zur Anwendung. Die inländische Gerichtsbarkeit ergebe sich aus Art 5 Z 3 EuGVVO.

Ad a): Die Beklagten verwenden im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in ihren AGB folgende **Klauseln**, die aus den nachgenannten Gründen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen:

1. *„Der Kunde ist verpflichtet, seine persönlichen 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 der Zugriff wie auch der Missbrauch ohne Verschulden des Kunden erfolgt ist.“*

Die Bestimmung sei gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil sie dem Verbraucher jegliche Haftung auferlegen wolle, selbst wenn den Unternehmer ein Mitverschulden treffe.

2. *„Die Kosten belaufen sich auf 7 Euro inkl. Mehrwertsteuer monatlich und berechtigen Ihnen Zugang zu dem Memberbereich. Der Mitgliedsbeitrag wird dem Kunden jeweils für 12 Monate im Voraus in Rechnung gestellt.“*

Die Klausel sei überraschend gemäß § 864a ABGB. Ein Hinweis auf die Kosten in Höhe von EUR 84,-- bloß im Kleingedruckten, die noch dazu für ein Jahr im Voraus zu zahlen seien, sei nachteilig für den Konsumenten und auch

überraschend und damit unwirksam.

Zwar sei nun nach zahlreichen Abmahnungen durch die deutsche Verbraucherzentrale auf diversen Websites der Beklagten neben dem Anmeldeformular ein gesonderter Hinweis auf die Zahlungspflicht angebracht, allerdings berufe sich die GbR, die aus den beiden Beklagten bestehe, bei der Einmahnung von Rechnungsbeträgen aus Anmeldungen von Konsumenten, die zu einem Zeitpunkt erfolgt seien, als auf den diversen Websites noch kein eindeutiger und unmissverständlicher Hinweis angebracht gewesen sei, weiterhin auf die inkriminierte Bestimmung im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG.

3. *„Der Dienstleister übernimmt keine Gewährleistung für eventuelle Schäden am PC durch den Memberbereich.“*

Eine Haftungsfreizeichnung des Unternehmers sei nur in den Grenzen des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG erlaubt. Der generelle Haftungsausschluss auch für Fälle vorsätzlichen und grob fahrlässigen Verhaltens des Unternehmers oder der Personen, für die er einzustehen habe - dies sei auch im Rahmen des Memberbereichs denkbar - sei unwirksam.

4. *„Die Vertragslaufzeit beträgt vierundzwanzig Monate.“*

Verträge über die wiederholte Lieferung beweglicher körperlicher Sachen oder wiederholte Werkleistungen, die auf unbestimmte oder ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden seien, könne der Verbraucher gemäß § 15 Abs 1 KSchG unter Einhaltung einer 2-Monatsfrist zum Ab-

lauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres kündigen. Die vorgesehene Bindungsfrist widerspreche dieser zwingenden Bestimmung und sei unwirksam. Sie sei auch gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB.

5. „Eine Kündigung des Vertrages ist erstmals zum Ende der Laufzeit des Vertrages 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 Vertrages 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.“

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG seien Bestimmungen unzulässig, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, der Verbraucher werde bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und habe zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Diese Voraussetzungen werden von der beanstandeten Klausel nicht erfüllt. Danach komme es auch dann zu einer automatischen Vertragsverlängerung, wenn dem Verbraucher das Hinweis-E-Mail gar nicht tatsächlich zugegangen sei oder nicht zustellbar sei, zumal es nach der Klausel nur auf die Absendung an-

komme.

6. *„Der Teilnehmer ist berechtigt, am Tag der Anmeldung bis 24 Uhr gratis den Zugang zum Memberbereich zu nutzen. Ihre Gratis-Testzeit verändert sich nach Ablauf des Anmeldetages (ab 24:00 Uhr) zu einem Abo. Die Kosten finden Sie unter § 6 Zahlungsbedingungen.“*

§ 864a ABGB verbiete die Verwendung von Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, sofern sie dem Vertragspartner nachteilig seien und er mit ihnen nach den Umständen nicht zu rechnen brauche, außer er werde ausdrücklich darauf hingewiesen. Der Kunde werde aber keinesfalls damit rechnen müssen, dass eine „Gratis-Testzeit“ nur bis zum Ende des Tages gelte und er dann automatisch für einen längeren Zeitraum wie den von zwei Jahren zahlungspflichtig werde, bzw dass er einen Vorausbetrag in der Höhe von EUR 84,-- zu zahlen habe. Die Klausel werde nach der genannten Gesetzesbestimmung nicht Vertragsinhalt. Sie verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

7. *„Bei Zahlungsverzug ist der Gesamtbetrag für die Restlaufzeit des Vertrages sofort in voller Höhe fällig, sofern der Kunde trotz einer weiteren Zahlungsaufforderung des Dienstleisters den geschuldeten Betrag nicht leistet.“*

Gemäß § 13 KSchG dürfe ein vereinbarter Terminsverlust aber nur ausgeübt werden, wenn der Unternehmer seine Leistungen selbst erbracht habe, zumindest eine rückstän-

dige Leistung des Verbrauchers seit mindestens sechs Wochen fällig sei und der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminverlustes und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt habe. Diesen Erfordernissen genüge die Klausel nicht. Sie sei unwirksam.

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

Es sei gemäß § 6 Abs 1 Z 8 KSchG unzulässig, die Aufrechnung für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen auszuschließen, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder die vom Unternehmer anerkannt worden seien. Da die beanstandete Klausel ein Aufrechnungsverbot auch für Fälle der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers vorsehe, sei sie gesetzwidrig. Die Klausel sei auch gemäß § 6 Abs 1 Z 7 KSchG unwirksam, der Klauseln verbiete, die dem Verbraucher ein ihm gesetzlich zustehendes Zurückbehaltungsrecht ausschließen oder einschränken.

9. *„Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, 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."

Diese salvatorische Klausel versuche, die Rechtswirksamkeit des Vertrags bis an die Grenze der Rechts- oder Sittenwidrigkeit aufrecht zu erhalten. Dies sei gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel verstoße auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Verbraucher die wahre Rechtslage verschleierte.

10. *„(Ist der Vertrag gemäß Ziffer 2.1 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustandegekommen, hat der Kunde das Recht, die Dienstleistung von [REDACTED] & [REDACTED] Schmidtlein GbR im Rahmen einer Testmitgliedschaft zunächst 14 Tage lang zu erproben. Während dieser Testmitgliedschaft kann der Kunde bis zu 100 SMS kostenlos über die Internetseiten auf www.sms-heute.com versenden. Innerhalb dieser 14 Tage ist die Testmitgliedschaft jederzeit kündbar.) 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 von § 6 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen kostenpflichtig.“* (Nur der kursive Text ist inkriminiert).

Auch diese Klausel verstoße gegen § 864a ABGB, weil der Kunde mit einer derartigen automatischen Vertragsver-

längerung für einen längeren Zeitraum von zwei Jahren mit Kosten von EUR 168,-- nicht rechne. Die Bestimmung verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Mindestlaufzeit verstoße zudem gegen § 15 Abs 1 KSchG bzw § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

11. *„Der Kunde kann, sofern er Verbraucher im Sinne 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.“*

Da die Rücktrittsfrist gemäß § 5e Abs 2 KSchG bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher beginne und bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses, führe die Klausel in die Irre und verstoße gegen § 5e iVm § 6 Abs 3 KSchG.

12. *„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.“*

§ 5f KSchG sehe zwar vor, dass das Rücktrittsrecht gemäß § 5e KSchG entfalle, wenn mit der Ausführung der Dienstleistung dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsschluss begonnen werde, doch gelte dies nur unter der Voraussetzung, dass der Verbraucher sowohl über das Rück-

trittsrecht als auch über dessen Entfall bei sofortiger Erbringung der Dienstleistung in der gesetzlichen Form, dh gemäß § 5d Abs 2 Z 1 KSchG schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger, aufgeklärt werde. Der Anbieter müsse sicherstellen, dass dem Verbraucher die Information auch zukomme. Eine bloße Information auf der Webseite reiche nicht aus.

Außerdem verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil der Verbraucher nicht gesetzmäßig über sein Rücktrittsrecht aufgeklärt werde.

Ad b): Der Unterlassungsanspruch nach § 28a KSchG sei berechtigt, weil der Verkäufer gemäß § 5d Abs 1 KSchG rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrags und spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung eine schriftliche Bestätigung der in § 5c Abs 1 Z 1 bis 6 genannten **Informationen**, wie etwa das Bestehen des gesetzlichen Rücktrittsrechts oder dessen Entfall, erhalten müsse, soweit ihm diese nicht bereits vor Vertragsabschluss schriftlich erteilt worden seien. Einer schriftlichen Bestätigung stehe eine solche auf einem für den Verbraucher verfügbaren dauerhaften Datenträger gleich. Gemäß § 5d Abs 2 KSchG seien dem Verbraucher zudem zusätzliche, in Ziffern 1 bis 4 genannte Informationen zu übermitteln. Die Informationserteilung auf der Homepage allein reiche nicht aus, weil es sich dabei nicht um einen dauerhaften Datenträger handle.

Dem Kläger liege eine Reihe von Verbraucherbeschwer-

den vor, wonach unter Berufung auf einen Vertragsabschluss Leistungen gefordert werden, im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss aber keine der genannten Informationen erfolgt sei. Obwohl gemäß § 5e KSchG die Rücktrittsfrist auf drei Monate verlängert werde, wenn der Unternehmer den genannten Informationspflichten nicht nachkomme, liegen Verbraucherbeschwerden vor, wonach die Beklagten den Verbrauchern die Ausübung der diesen zustehenden Rücktrittsrechte trotz offener Frist verweigern.

Wiederholungsgefahr bestehe, weil die Beklagte die inkriminierten Klauseln 1 bis 5 laufend verwenden. Außerdem habe der Kläger die GbR aufgefordert, eine strafbewährte Unterlassungsverpflichtung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Die Beklagten haben die Abgabe einer solchen Erklärung hinsichtlich der Klausel 1 bis 4 deziert abgelehnt und die Klausel 5 neu formuliert, was jedoch nicht ausreiche. Insbesondere haben sich die Beklagten gegen die vom Kläger geforderte Vertragsstrafe ausgesprochen und diese aus ihrer „Unterlassungserklärung“ herausgenommen. Seit Einführung des § 28 Abs 2 KSchG reiche dies nicht für einen Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Aufgrund des berechtigten Interesses der umworbenen Verkehrskreise an der Aufklärung über die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten werde auch die Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Ausgabe der „Kronen-Zeitung“ beantragt.

Die **Beklagten** bestritten dieses Vorbringen mit der

wesentlichen Begründung, die Beklagten seien nicht passiv legitimiert. Anbieter der Online-Dienste sei die nach deutschem Recht konstituierte [REDACTED] & [REDACTED] Schmidt-lein BGB-Gesellschaft (GbR). Diese sei passiv parteifähig und es können nicht die Gesellschafter anstelle der Gesellschaft geklagt werden.

Die Wiederholungsgefahr sei weggefallen, weil die GbR mit Wirkung ab 16.6.2006 geänderte AGB ins Web gestellt habe, die für Verträge mit österreichischen Kunden an die österreichische Rechtsordnung angepasst worden seien. Damit seien etwaige frühere AGB nicht mehr einschlägig. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs rechtfertige die Auswechslung der AGB durch neue die Annahme, dass in Hinkunft anstelle der alten nur noch die neuen AGB verwendet werden. Außerdem habe die GbR anstelle der strafbewährten Unterlassungsverpflichtung einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich angeboten.

Klausel 1 trage nun einem möglichen Mitverschulden des Dienstleisters Rechnung.

Klausel 2 falle nicht unter § 864a ABGB. Direkt neben dem Anmeldeformular werde auf der Website darauf hingewiesen, dass ein Preis von EUR 7,-- inkl. MWSt monatlich bei einer Laufzeit von 24 Monaten mit einer jährlichen Abrechnung im Voraus fällig werde. Die AGB weisen unter dem Punkt „Zahlungsbedingungen“ auf diesen Umstand ebenfalls hin. An diesem Ort habe der Kunde aber mit einem solchen Inhalt jedenfalls zu rechnen.

Klausel 3 berücksichtige nun den Einwand bezüglich Schäden, die der Dienstleister oder eine Person, für die er einzustehen habe, leicht fahrlässig verschuldet habe und sehe keine generelle Haftungsfreizeichnung vor.

Klausel 4 falle nicht unter § 15 Abs 1 KSchG. Es liege ein gemischter Vertrag über die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten vor. Solche Verträge fallen nicht unter die genannte Bestimmung.

Klausel 5 sei in den AGB nicht mehr enthalten.

Klausel 6 weise eindeutig auf eine Zahlungspflicht hin.

Klausel 7 sei nicht zu beanstanden. Die GbR sei deswegen zur Geltendmachung eines Terminsverlusts berechtigt, weil sie die von ihr geschuldete Leistung, also den Zugang zum Memberbereich, weiterhin vertragsgemäß anbiete.

Klausel 8 sei mangels gegenüberstehender gleichartiger Forderungen irrelevant. Die Kunden schulden Geld, die GbR aber den Zugang zum Memberbereich bzw die Möglichkeit zum Versand von E-Mails. Es werde auch nicht die Aufrechnung für den Fall der Zahlungsunfähigkeit explizit ausgeschlossen.

Klausel 9 sei eine gängige Vereinbarung und könne deshalb nicht sittenwidrig sein. Es sei der GbR auch nicht zumutbar, jede einschlägige Änderung der österreichischen Rechtslage sofort in die AGB einzuarbeiten.

Klausel 10 beziehe sich auf eine Testmitgliedschaft,

die Kunden aus Österreich nicht mehr offen stehe. Außerdem sei logisch, dass ein Kunde bei einer Vertragslaufzeit von zwei Jahren nach einer Testzeit zu zahlen habe.

Klausel 11 informiere eindeutig und ausreichend. Das Widerrufsrecht stehe auch auf jederzeit abrufbaren und speicherbaren Datenträgern (word und pdf) und in sämtlichen AGB.

Klausel 12 informiere ausreichend über das Rücktrittsrecht. Insbesondere sei ein von der GbR gesendetes E-Mail als dauerhafter Datenträger zu qualifizieren.

Unrichtig sei, dass die GbR ihrer gesetzlichen Informationspflicht nicht nachkomme, weil sie Informationen im Sinn des § 5d Abs 1 und 2 KSchG ihren Kunden via E-Mail zur Verfügung stelle bzw diese Informationen auf den jeweiligen Domains abgerufen werden können. Das Informationsmail werde auch nicht erst gleichzeitig mit der Rechnung zugesandt. Das Widerrufsrecht sei leicht erkennbar in den jeweiligen Websites und in den AGB erkennbar und könne auch als Datei heruntergeladen werden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem Klagebegehren statt.

Dazu traf es die auf Seiten 19 bis 21 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. Danach sind die Beklagten Gesellschafter der [REDACTED] & [REDACTED] Schmidlein GbR, bei der sie auch die grundlegenden Entscheidungen treffen. Sie betreiben ihr Unternehmen von Deutschland aus. Die Geschäftsbedingungen

wurden am 16.6.2006 zum letzten Mal geändert. Es werden unterschiedliche AGB für die Website www.sms-heute.com und die restlichen Websites verwendet. Eine schriftliche Bestätigung der in §§ 5c ff KSchG angeführten Informationen erfolgte nicht.

In rechtlicher Hinsicht folgerte das Erstgericht, dass gemäß § 21 Z 6 ECG materielles österreichisches Recht zur Anwendung gelange. Danach sei eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht parteifähig. Selbst wenn dies anders wäre, könnten ihre führend tätigen Gesellschafter aber für die Abstellung von Rechtsverstößen sorgen, weshalb sie auch in diesem Fall persönlich haftbar seien.

Die inkriminierten Klauseln begegnen den vom Kläger zutreffend aufgezeigten rechtlichen Bedenken.

Auch der Vorwurf einer mangelhaften Information der Verbraucher insbesondere über das bestehende gesetzliche Rücktrittsrecht treffe zu, weil es nicht ausreiche, solche Informationen auf die Website zu stellen.

Das berechtigte Interesse der angesprochenen und betroffenen Verkehrskreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten erfordere neben der Veröffentlichung im Internet (auf Seiten der Beklagten bzw der GbR) unter den gegebenen Umständen auch die begehrte Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung.

Wiederholungsgefahr liege schon deshalb vor, weil die zwischenzeitig geänderten AGB jederzeit wieder in den

alten Zustand zurückversetzt werden könnten. Außerdem haben die Beklagten im Prozess die Auffassung vertreten, zur Verwendung der beanstandeten Klauseln berechtigt zu sein.

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

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Tatsachenrüge bekämpft die Feststellung, die Beklagten haben die GbR im Jahr 2003 gegründet und seit Jänner 2006 diverse Internet-Websites mit verschiedenen Diensten betrieben, die sie auf individuellen Abruf im Online-Verkehr bereitstellen. Sie seien Gesellschafter dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bei der sie auch die grundlegenden Entscheidungen treffen. Sie seien deutsche Staatsbürger und betreiben ihr Unternehmen von Deutschland aus.

Dementgegen werde die Feststellung begehrt, dass die Beklagten die Gesellschaft bloß gegründet haben und nur ihre Gesellschafter seien, selbst aber nie als Anbieter

diverser Dienste und als Vertragspartner österreichischer Konsumenten aufgetreten seien.

Soweit die Beklagten dazu bloß auf einzelne Urkunden verweisen, die die gewünschte Feststellung ermöglicht hätten, ist die Beweisrüge nicht dem Gesetz entsprechend ausgeführt. Die Berufung übergeht auch die Aussagen der Beklagten, die die bekämpfte Feststellung durchaus tragen. Im Übrigen ist den Feststellungen des Erstgerichtes ohnehin zu entnehmen, dass die Beurteilung, die Beklagten „betreiben“ die diversen in der Klage angeführten Internet-Websites und stellen ihre Dienste bereit, auf das Handeln der Beklagten als Gesellschafter der GbR abstellt, die, vertreten durch die Beklagten, als „künftiger“ Vertragspartner der Verbraucher auftritt.

Inwieweit dies für eine Zurechnung an die Beklagten unter dem Gesichtspunkt der §§ 28 Abs 1 und 28a Abs 1 KSchG rechtlich ausreicht, ist Frage der rechtlichen Beurteilung.

Soweit sich die Berufung auf eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens bezieht, die darin liegen soll, dass das Erstgericht die Zeugen Rechtsanwälte Tank und Syndikus nicht einvernommen habe, verkennt sie, dass sie eine Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht nachvollziehbar aufzeigt. Nach der Systematik ihres vorbereitenden Schriftsatzes haben sich die Beklagten im Übrigen erkennbar nur zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auf die Einvernahme der genannten Zeu-

gen bezogen. Diese steht aber nicht mehr in Frage. Ein maßgebliches Beweisthema in diesem Zusammenhang bezeichnen die Beklagten auch in ihrer Berufung nicht.

Auch an Begründungsmängeln leidet das angefochtene Urteil nicht, ist das Erstgericht doch klar erkennbar davon ausgegangen, dass die von den Beklagten gebotene Information gerade auch in Form der durch Beil. ./1 und ./2 erbrachten Nachweise den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt.

Die diesbezügliche Tatsachenrüge ist nicht dem Gesetz entsprechend ausgeführt,

Die Rechtsrüge macht zunächst geltend, dass das Erstgericht zu Unrecht von einer Passivlegitimation der Beklagten ausgegangen sei, die nur als Gesellschafter einer in ihrer Parteifähigkeit nach deutschem Recht zu beurteilenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgetreten seien.

Dabei trifft zu, dass gemäß § 10 IPRG das Personalstatut auch von Personengesellschaften nach dem Recht des Staates zu beurteilen ist, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat (Neumayr in KBB², § 10 IPRG Rz 1). Nach dem Personalstatut wird ermittelt, ob es sich bei dem fraglichen Gebilde um eine inländische oder ausländische juristische Person handelt und es entscheidet auch über die Rechts- und Handlungsfähigkeit (aaO Rz 2). Weiters ist richtig, dass nach deutschem Recht eine (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, und dass sie in diesem Rahmen im Zivilprozess auch aktiv- und passivparteilähig ist (BGH II ZR 331/00).

Andererseits ist passivlegitimiert nach § 28 Abs 1 KSchG „jedenfalls“ der Unternehmer, der die AGB oder Vertragsformblätter im geschäftlichen Verkehr gebraucht oder gebrauchen will oder sie für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt (Kathrein in KBB², § 28 KSchG Rz 2). Das trifft vor allem auf einen solchen Vertragsinhalt fordernden Vertragspartner zu, nicht aber auf seine Hilfspersonen (Apathy in Schwimann³, § 30 KSchG Rz 4; Krejci in Rummel³, §§ 28-30 KSchG Rz 19).

Noch nicht entschieden ist in der Rechtsprechung die Frage, ob der Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG wie ein solcher nach dem UWG auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Verwenders oder Empfehlers gerichtet werden kann. In der Literatur wird dies mit aus Sicht des Berufungsgerichts zutreffenden Gründen bejaht (Langer in Kosesnik-Wehrle/Lehhofer/Mayer/Langer, KSchG², §§ 28-30 Rz 5).

Im Lauterkeitsrecht wird die Passivlegitimation für den Unterlassungsanspruch betreffend einen persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft wegen Wettbewerbsverstößen im Betrieb der Gesellschaft überhaupt auch dann bejaht, wenn er selbst gar nicht daran beteiligt war, wenn er zumindest die Möglichkeit hatte,

den Wettbewerbsverstoß zu unterbinden, jedenfalls aber dann, wenn er aktiv am Wettbewerbsverstoß mitwirkte (Wiltschek, UWG⁷, § 14 E 1035, 1040; aaO §18, E 18; RIS-Justiz RS0113859; vgl auch RS0061688).

Nichts anderes ist auch für den Anwendungsbereich des § 28 Abs 1 KSchG sachgerecht. Die nach den Feststellungen an der Geschäftsführung der GbR (nach BGB) mitwirkenden Beklagten sind daher auch als Verwender der AGB im Sinn des § 28 Abs 1 KSchG anzusehen und passiv für den Rechtsstreit legitimiert.

Die rechtliche Beurteilung der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit der einzelnen Klauseln durch das Erstgericht begegnet keinen Bedenken des Berufungsgerichts, sodass darauf verwiesen werden kann.

Dazu ist zu ergänzen, dass der Oberste Gerichtshof zwischenzeitig zu 4 Ob 18/08p umfassend zu den Informationspflichten im Fernabsatz Stellung genommen hat. Die Frage, ob das Übermitteln eines Links unter Umständen zur Erfüllung der Erfordernisse von Art 5 Abs 1 FernabsatzRL ausreiche und zur Problematik, dass Internetseiten jederzeit geändert werden können, hat der Oberste Gerichtshof ausgeführt, dass ein derartiger Link zu einer Internetseite jedenfalls nur dann genügen könne, wenn ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher schon aus der Gestaltung der Bestätigungs-E-Mail erkennt, dass die Informationen zum Rücktrittsrecht auf der unter dem Link angezeigten Internetseite zu finden

sind. Die angestrebte dauerhafte Aufklärung des Verbrauchers über sein Rücktrittsrecht sei nur dann gewährleistet, wenn er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit überhaupt wahrnehme.

Damit ist aber klargestellt, dass selbst die Vorgangsweise, die die Beklagten anstelle der Feststellung, wonach eine schriftliche Bestätigung der in §§ 5c ff KSchG angeführten Informationen nicht erfolgte, feststellt wünschen, nämlich dass die entsprechenden Informationen als Datei „heruntergeladen“ werden können, den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt.

In derselben Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof im Übrigen auch dem Umstand Bedeutung zugemessen, dass in Fällen wie dem gegenständlichen verärgerte Vertragspartner gerade nicht auf die Internetseiten des (ehemaligen) Geschäftspartners zurückkehren werden und dass in solchen Fällen die Beschränkung der Veröffentlichung auf die Internetseiten der Beklagten der mit der Veröffentlichung angestrebten Zielsetzung, die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären, nicht entspreche und dann auch die Urteilsveröffentlichung etwa in einer Samstagausgabe der „Kronen-Zeitung“ berechtigt sei.

Damit erweisen sich aber auch die Einwände der Beklagten gegen den Umfang der vom Erstgericht zuerkannten Urteilsveröffentlichung als nicht stichhältig.

Schließlich wurde vom OGH zu 4 Ob 227/06w klarge-

stellt, dass eine bloße Änderung der AGB für die Annahme des Wegfalls der Wiederholungsgefahr nicht ausreicht, so dass es auch auf die von den Beklagten insoweit gewünschten zusätzlichen Feststellungen nicht ankommt. Von der nach der ständigen Rspr geforderten vollständigen Unterwerfung der Beklagten unter den Anspruch (RS0111637) kann konkret keine Rede sein.

Die in der Berufungsverhandlung wieder in Frage gestellte internationale Zuständigkeit ist zu bejahen: Nach zutreffender Sicht liegt bei Delikten im Internet der Erfolgsort am Aufenthaltsort des Nutzers (Belegenheitsort des Computers), wenn dort Interessen des Verletzten beeinträchtigt sind (Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht, Art 5 Rz 57). Selbst wenn man darauf abstellt, dass die Äußerung bestimmungsgemäß auf diesen Staat ausgerichtet sein muß (Kropholler⁸, Art 5 Rz 86; Czernich/Tiefenthaler/Kodek², Art 5, Rz 83), träfe dies angesichts des angesprochenen deutschsprachigen Kundenkreises auf Österreich zu.

Die in der Berufungsverhandlung wieder in Frage gestellte internationale Zuständigkeit ist zu bejahen: Nach zutreffender Sicht liegt bei Delikten im Internet der Erfolgsort am Aufenthaltsort des Nutzers (Belegenheitsort des Computers), wenn dort Interessen des Verletzten beeinträchtigt sind (Burgstaller/Neumayr, Internationales Zivilverfahrensrecht, Art 5 Rz 57). Selbst wenn man darauf abstellt, dass die Äußerung bestimmungsgemäß auf

diesen Staat ausgerichtet sein muss (Kropholler⁸, Art 5 Rz 86; Czernich/Tiefenthaler/Kodek², Art 5, Rz 83), träge dies angesichts des angesprochenen deutschsprachigen Kundenkreises auf Österreich zu.

Somit ist der Berufung insgesamt ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision ist schon in Hinblick darauf zulässig, dass oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage nicht vorliegt, inwieweit Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff BGB für eine Klage nach § 28 Abs 1 KSchG passiv legitimiert sind.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 8. Juli 2008



Dr. Brigitte Bauer
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Kampf