



REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERLANDESGERICHT WIEN

129 R 3/17k

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Vizepräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Fink-Hopf sowie die Richter des Oberlandesgerichts Mag. Kunz und Dr. Parzmayr in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **PE Digital GmbH**, Speersort 10, 20095 Hamburg, Deutschland, vertreten durch die Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,-), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16. November 2016, 43 Cg 32/16b-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben und das angefochtene Urteil mit der Maßgabe bestätigt, dass es in seinem Punkt II.1. wie folgt lautet (Änderungen im Vergleich zur erstinstanzlichen Fassung sind durch Unterstreichung hervorgehoben):

„Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr in Österreich zu unterlassen, ihren Kunden, mit denen sie die Vertragsverlängerung im Wege der Erklärungsfiktion vereinbart hat, den besonderen Hinweis iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG in der Form zu erteilen, dass die Beklagte ihren Kunden ein Email übermittelt, ohne im Betreff und im Text des E-mails eindeutig und unmissver-

ständig auf die mangels ausdrücklicher Kündigung binnen bestimmter Frist stattfindende automatische Vertragsverlängerung hinzuweisen, insbesondere, indem die Beklagte ihren Kunden ein Email mit dem Betreff „Nachricht zu ihrem Profil bei PARSHIP.at“ und dem Text „Neuigkeiten zu Ihrer Mitgliedschaft stehen Ihnen jetzt zur Verfügung. Klicken Sie einfach auf den folgenden Link: <http://sbv.parship.at/profile/cancellation/termtime>“ oder sinngleich übermittelt, und die Mitteilung, dass es mangels Kündigung durch den Kunden zu einer Vertragsverlängerung kommen wird, nur unter diesem Link einsehbar ist.“

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

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt 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 Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28a Abs 1 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte (vormals Parship GmbH) ist eine im Handelsregister beim Amtsgericht Hamburg protokollierte Gesellschaft, die in Österreich eine Online-Partnervermittlung betreibt und ihren (österreichischen) Kunden drei verschiedene Arten an kostenpflichtigen Mitgliedschaften anbietet, für die jeweils Mindestlaufzeiten (6, 12 oder 24 Monate) vorgesehen sind. Während der Mindestlaufzeit ist eine ordentliche Kündigung durch den Kunden nicht möglich. Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen und zusätzlich für jede Variante der Mitgliedschaft spezifische Vertragsformblätter

(„produktbezogene Vertragsinhalte“), die sie ihren Verträgen zugrunde legt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten in Punkt 5.3. folgende Vertragsverlängerungsklausel:

„Der Vertrag über die kostenpflichtige Mitgliedschaft (Premium-Mitgliedschaft) verlängert sich automatisch um die jeweils vertraglich vereinbarte Laufzeit, sofern der Kunde seinen Vertrag nicht gem. Ziffer 5.2 ordentlich kündigt. Beim erstmaligen Kauf einer Premium Mitgliedschaft wird der Kunde mit Erhalt der Bestellbestätigung über die jeweilige Laufzeit, das Datum des Vertragsendes und die Dauer der Verlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung informiert. PARSHIP weist den Kunden vor Ablauf des kostenpflichtigen Dienstes per E-Mail auf die automatische Verlängerung im Falle des Unterbleibens einer Kündigung durch den Kunden hin. Näheres ist den produktbezogenen Vertragsinhalten zu entnehmen.“

Die „produktbezogenen Vertragsinhalte“ enthalten jeweils folgenden Hinweis: *„PARSHIP weist den Kunden 98 Kalendertage vor Ablauf des kostenpflichtigen Dienstes per e-mail auf die automatische Verlängerung im Falle des Unterbleibens einer Kündigung durch den Kunden hin.“*

Zur Kündigungsfrist wird in allen „produktbezogenen Vertragsinhalten“ angeführt: *„Die Premium-Mitgliedschaft ist ordentlich kündbar, und zwar spätestens zwölf Wochen vor Laufzeitende.“*

Den in Punkt 5.3 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und in den produktbezogenen Vertragsinhalten jeweils erwähnten Hinweis auf die automatische Verlängerung im Falle des Unterbleibens einer Kündigung erteilt die Beklagte ihren österreichischen Kunden derart, dass sie

diesen ein E-Mail mit dem Betreff „Nachricht zu Ihrem Profil bei Parship.at“ mit folgendem Inhalt schickt:

„++ Nachricht zu Ihrem Profil ++

Sehr geehrtes Parship-Mitglied, wir freuen uns, dass Sie sich für den Service von PARSHIP entschieden haben und hoffen, dass Sie bislang zufrieden waren und bereits interessante Kontakte geknüpft haben. Neuigkeiten zu Ihrer Mitgliedschaft stehen Ihnen jetzt zur Verfügung. Klicken Sie einfach auf den folgenden Link: <http://sbv.parship.at/profile/cancellation/termtime>“

Dieser Link führt zur allgemeinen Anmeldemaske der Beklagten. Der Kunde muss sich in sein Parship-Profil einloggen und findet unter dem Profilbereich „Meine Daten und Einstellungen“ bis zum Ende der Kündigungsfrist nachfolgende Nachricht vor, die nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr einsehbar ist:

„Sehr geehrtes Parship-Mitglied, wir freuen uns, dass Sie sich für den Service von Parship entschieden haben und hoffen, dass Sie bislang zufrieden waren und bereits interessante Kontakte geknüpft haben. Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass Ihr ursprünglicher Vertrag auslaufen wird. Um sicher zu stellen, dass Ihre Kontakte nicht plötzlich unterbrochen werden, verlängert sich Ihre Mitgliedschaft automatisch, sofern Sie nicht bis 12 Wochen vor Ende Ihrer Vertragslaufzeit die bestehende Mitgliedschaft kündigen. Eine Kündigung ist gemäß den produktbezogenen Vertragsinhalten und der Bestellbestätigung bis spätestens [Datum] möglich. Bei einer Verlängerung Ihrer Mitgliedschaft können Sie den Service von Parship weiterhin in vollem Umfang nutzen. Wir wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg bei der Suche nach Ihrem Traumpartner!“

Der **Kläger** begehrt von der Beklagten, es im geschäftlichen Verkehr in Österreich zu unterlassen, ihren Kunden, mit denen sie die Vertragsverlängerung im Wege der Erklärungsfiktion vereinbart habe, den besonderen Hinweis iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG in Form eines E-Mails zu übermitteln, ohne im Betreff und im Text des E-Mails eindeutig und unmissverständlich auf die mangels ausdrücklicher Kündigung binnen bestimmter Frist stattfindende automatische Vertragsverlängerung hinzuweisen, insbesondere, indem die Beklagte ihren Kunden ein E-Mail mit dem Betreff „*Neuigkeiten zu Ihrer Mitgliedschaft*“ [wohl gemeint: „*Nachricht zu Ihrem Profil bei Parship.at*“] und dem Text „*Neuigkeiten zu Ihrer Mitgliedschaft stehen Ihnen jetzt zur Verfügung. Klicken Sie einfach auf den folgenden Link: <http://sbv.parship.at/profile/cancellation/termtime>“* oder Sinngleiches übermittelt. Ebenso solle es die Beklagte unterlassen, die Mitteilung, wonach es mangels Kündigung durch den Kunden zu einer Vertragsverlängerung komme, nur unter diesem Link einsehbar zur Verfügung zu stellen. Hilfsweise werde ein leicht abgeändertes Unterlassungsbegehren gestellt.

Die Übermittlung der oben genannten E-Mail mit dem Betreff „*Nachricht zu Ihrem Profil bei Parship.at*“ erfülle die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Voraussetzungen eines besonderen Hinweises des Konsumenten auf die Bedeutung seines Verhaltens (seines Schweigens) nicht. Weder dem Betreff noch der Mitteilung selbst - also dem Text des E-Mails - sei zu entnehmen, dass eine unterlassene Reaktion zur Verlängerung der Mitgliedschaft führe. Dies sei der Beklagten auch als irreführende und aggressive Geschäftspraktik iSd §§ 1a und 2 UWG vorzuwerfen. Da ein berechtigtes Interesse der involvierten Verkehrskreise

(aktuelle und potentielle Kunden der Beklagten sowie deren Mitbewerber) bestehe, über die Unzulässigkeit des Verhaltens der Beklagten aufgeklärt zu werden, begehre der Kläger auch die Urteilsveröffentlichung auf der Website der Beklagten sowie in der Samstagsausgabe der „Kronenzeitung“.

Die **Beklagte** bestreitet und beantragt die Abweisung der Klage. Das Erinnerungsmail entspreche der besonderen Hinweispflicht des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Nachricht betreffe ausschließlich das Thema der Mitgliedschaft bei der Beklagten. Der Wortlaut des im E-Mail enthaltenen Links wecke durch die Verwendung der Begriffe „*cancellation*“ und „*termtime*“ die Aufmerksamkeit des Verbrauchers. Für den online-affinen Nutzer eines Online-Datingportals sei dadurch ersichtlich, dass die E-Mail im Zusammenhang mit der Kündigung des Vertrags stehe. Aufgrund des in den Vertragsunterlagen („nämlich den produktbezogenen Vertragsinhalten“) angekündigten Hinweises hätten die Kunden auch mit dessen Einlangen rechnen müssen. Jedenfalls durch den im E-Mail enthaltenen Verweis auf die Profilseite des Kunden und den dort enthaltenen Hinweis auf die Vertragsverlängerung sei den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entsprochen worden. Eine bestimmte Form fordere das Gesetz für den Hinweis nicht. Die Beklagte verwende für ihre Kommunikation zu „nicht vertragsbezogenen Inhalten“ (Partnervorschläge, neue Nachrichten von Profilkontakten, Updates zu Profilaufrufen oder Bilderfreigaben) aber ohnehin eine andere grafische Gestaltung (Wiedererkennungsfarbe rot) als bei der Kommunikation zu vertragsbezogenen Inhalten. Letztere werde auch von einer anderen E-Mailadresse versendet. Eine irreführende Geschäftspraxis liege mangels Täuschung der Kunden ebensowenig vor,

wie ein sonstiger behaupteter Verstoß gegen das UWG. Das Unterlassungsbegehren sei auch zu weit, weil der Hinweis auf die automatische Vertragsverlängerung nicht wie begehrt doppelt - nämlich sowohl im Betreff des E-Mails als auch in dessen Text - zu erfolgen habe. Auch das Veröffentlichungsbegehren sei zu weit und pauschal gefasst. Insbesondere habe der Kläger keine Umstände behauptet, die eine Urteilsveröffentlichung in der Samstagsausgabe der "Kronenzeitung" rechtfertigen würden.

Das **Erstgericht** gab der Klage - ausgehend vom oben dargestellten sowie dem auf den Seiten 3 bis 8 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen, unstrittigen Sachverhalt - statt. Rechtlich ging es davon aus, dass das inkriminierte E-Mail samt dem darin enthaltenen Link auf die Homepage der Beklagten (Kundenprofil) und den dort abrufbaren Hinweis auf die automatische Vertragsverlängerung nicht den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspreche. Insbesondere habe die Beklagte ihre Kunden nicht angehalten, die Mitteilung zu öffnen und den Hinweis über die automatische Vertragsverlängerung tatsächlich zu lesen. Dies könne nur durch eine aussagekräftige Betreffzeile und eine unmissverständliche Information im Text des E-Mails bewirkt werden. Da die Beklagte durch ihre Geschäftspraxis laufend gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße, bestehe ein Unterlassungsanspruch des Klägers. Die Wiederholungsgefahr nahm das Erstgericht als gegeben an, weil die Beklagte von ihrem bisherigen Verhalten keinen Abstand genommen habe. Die Urteilsveröffentlichung in einem österreichweit erscheinenden Printmedium sei erforderlich, um auch ehemalige Kunden der Beklagten über die wahre Sachlage aufzuklären.

Dagegen richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Klage zur Gänze abzuweisen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **nicht berechtigt**.

Vorauszuschicken ist, dass sich die Senatszusammensetzung auf § 30 Abs 2 KSchG stützt, wonach § 8 Abs 2 JN auf Verbandsklagen nicht anzuwenden ist.

1. Zur Hinweispflicht des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG:

1.1. Die Rechtsrüge wendet sich gegen die erstinstanzliche Rechtsansicht, die von der Beklagten versandten E-Mails mit dem eingangs der Berufungsentscheidung wiedergegebenen Inhalt entsprächen nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

1.2. Nach der genannten Bestimmung sind für den Konsumenten solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen *„ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hiefür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist“*. Die damit angesprochene Erklärungsfiktion kommt insbesondere bei der Verlängerung von Vertragsverhältnissen in Betracht (RIS-Justiz RS0065536).

1.3. Ob sich bereits unmittelbar aus dem Gesetzestext, nämlich aus dem Umstand, dass der Hinweis nach den *verba legalia* „besonders“ zu erfolgen habe, bestimmte Formerfordernisse desselben ableiten lassen, ist unklar. Die Beklagte meint, dass damit nur zum Ausdruck komme,

dass der Hinweis nicht nur im Vertrag selbst, sondern auch gesondert von diesem zu erteilen sei. Dies entspricht der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur (etwa *Gelbmann/Jungwirth/Kolba*, Konsumentenrecht und Banken [2010] 39 in FN 162 mit Hinweisen auf zweitinstanzliche Rechtsprechung; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* KSchG⁴ § 6 Rz 15; idS auch *Krejci* in *Rummel*³ § 6 KSchG Rz 46; undifferenziert hingegen *Welser*, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz [1981] 333 [345], der nur von einem „qualifizierten Hinweis“ spricht). Zumindest implizit ein anderes Verständnis vertritt offenbar *Bernat* (Gilt § 6 Abs 1 Z 2 KSchG für Vergleichsangebote des Versicherers? VR 1982, 155 [159]), der für den „besonderen“ Hinweis auf ein formelles - nämlich farbliches - Hervorheben im Text abstellt. Auch der deutsche Bundesgerichtshof bezieht den in der vergleichbaren Norm des § 308 Nr 5 BGB (siehe dazu auch Punkt 1.7) enthaltenen Begriff „besonders“ auf die Form des Hinweises und geht davon aus, dass dieser unter normalen Umständen eine Kenntnisnahme verbürgen müsse (BGH III ZR 119/83, NJW 1985, 617).

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte der Gesetzgeber, wenn er mit der Bezugnahme auf einen „besonderen“ Hinweis einen *zusätzlich* zur vertraglichen Vereinbarung zu erteilenden Hinweis normieren hätte wollen, wohl eine andere Formulierung (etwa eine Bezugnahme auf einen „gesonderten“ Hinweis) gewählt. Dennoch ist zu konstatieren, dass der Gesetzestext keinesfalls eindeutig ist. Obwohl die *verba legalia* die Rechtsansicht, der in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehene Hinweis auf die vereinbarte Erklärungsfiktion müsse gewissen Formalanforderungen entsprechen, nicht ausschließen, führt eine am bloßen Gesetzeswortlaut

orientierte Auslegung daher zu keinem klaren Ergebnis.

1.4. Auch eine historische Auslegung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG anhand der Gesetzesmaterialien ist für die Frage nach den Formerfordernissen der in dieser Bestimmung vorgesehenen „besonderen“ Hinweispflicht nicht ergiebig. Den Materialien lässt sich jedoch zumindest entnehmen, dass der Gesetzgeber den Konsumenten davor schützen wollte, dass dieser die vertraglich normierte Bedeutung seines Verhaltens (eben die vereinbarte Zustimmungsfiktion) übersieht (ErlBem RV 744 Blg Nr 14.GP 23).

1.5. Erhellender ist der Zweck der Hinweispflicht und somit eine teleologische Interpretation des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Rechtsprechung erblickt den Gesetzeszweck darin, dass der Verbraucher auf die Folgen eines künftigen Verhaltens hingewiesen und ihm Gelegenheit zu einer ausdrücklichen, andere als die im Vertrag primär vorgesehenen Rechtsfolgen herbeiführenden Erklärung gegeben wird (idS 2 Ob 523/85).

Dies entspricht im Wesentlichen der in der Literatur vertretenen Ansicht. Demnach soll die Hinweispflicht dem Konsumenten die Situation, in der er sich befindet (also die vereinbarte fingierte Bedeutung seines Verhaltens) verdeutlichen (*Mayrhofer/Tangl* in Klang³ § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Rz 26). Dem Verbraucher muss seine konkrete Situation hinreichend klar werden (*Grassl*, Verlängerungsklauseln in AVB und Konsumentenschutz, RdW 1998, 241). Teilweise wird auf die Beseitigung der mit der Erklärungsfiktion verbundenen Überrumpelungsgefahr abgestellt, die vor allem dann bestehe, wenn dem Verbraucher die Bedeutung seines Verhaltens nicht klar vor Augen geführt wird (*Csoklich/Foglar-Deinhardstein*, Die Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionsklauseln in Verbraucherverträgen, JBl

2013, 629 [633]). *Geist* (Verlängerungsklauseln in Konsumentenversicherungsverträgen, RdW 1988, 189 [190]) spricht davon, dass die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG das Spekulieren mit der Vergesslichkeit des Konsumenten verhindern wolle. Auch *Apathy* (in *Schwimann*⁴ § 6 KSchG Rz 10) stellt auf die Gefahr ab, dass der Verbraucher die seinerzeitige Vereinbarung nicht mehr in Erinnerung habe; ebenso *Doralt/Koziol* (Stellungnahme zum Ministerialentwurf des Konsumentenschutzgesetzes [1979] 29). Nach *Jabornegg/Geist* (Verbraucherschutz bei Verlängerungsklauseln in Versicherungsverträgen und in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung, VR 1993, 285 [288]) bezweckt die genannte Vorschrift den Schutz eines Verbrauchers davor, dass durch Vorwegvereinbarung ein späteres Verhalten, insbesondere das Unterlassen einer ausdrücklichen Erklärung, als Willenserklärung gedeutet wird, sofern der Verbraucher nicht zusätzlich besondere Warnhinweise erhält.

1.6. Die Frage, welche Konsequenzen sich aus den dargestellten Erwägungen zum Normzweck für die konkreten (Formal-)Erfordernisse des in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehenen Hinweises ergeben, nimmt in der österreichischen Rechtsprechung und Literatur deutlich weniger Platz ein.

In der unterinstanzlichen Rechtsprechung wurde etwa eine Schriftgröße des Hinweises von nur 1,5 Millimetern als unzureichend angesehen (BG Linz-Land 18 C 298/99k; dazu KRES 1d/47). Andererseits wurde es als ausreichend erachtet, dass sich der Hinweis auf die Erklärungsfiktion auf der Rückseite eines Schriftstücks befand, auf dessen Vorderseite fett gedruckt „wichtige Hinweise auf der Rückseite“ stand (LG Feldkirch 3 R 38/96, KRES 1d/32a).

Nach zutreffender Ansicht reicht ein allgemeiner

Hinweis des Konsumenten auf eine entsprechende Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls nicht aus (*Grassl*, RdW 1998, 241). Wohl zu Recht wird auch ein *ausdrücklicher* Hinweis gefordert (*Dullinger*, Zur Zulässigkeit von Vertragsänderungen durch Zustimmungsfiktion in AGB, JBl 2013, 609 [610]; *Csoklich/Foglar-Deinhardstein*, JBl 2013, 629 [633]; zur vergleichbaren deutschen Bestimmung vgl etwa *Coester-Waltjen* in *Staudinger*, Kommentar zum BGB [2013] § 308 Nr 5 BGB Rz 14). Insgesamt muss der Hinweis geeignet sein, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu wecken. Er darf daher nicht in einer größeren Zahl von Einzelmitteilungen versteckt sein (*Apathy* aaO Rz 12 mit Hinweis auf deutsche Rechtsprechung; siehe dazu unten). Nach herrschender Ansicht kann der Hinweis zwar formularmäßig erfolgen, dem Verbraucher muss aber auch in diesem Fall durch die Gestaltung des Hinweises seine Situation hinreichend klar werden (*Krejci* in *Rummel*³ § 6 KSchG Rz 46). Nach *Mayrhofer/Tangl* (aaO Rz 26) ist eine Form erforderlich, die unter normalen Umständen Kenntnisnahme verbürgt. Schriftlichkeit wird im Allgemeinen nicht gefordert (*Krejci* in *Rummel*³ aaO; *Mayrhofer/Tangl* aaO).

1.7. Vorbild der österreichischen Regelung ist eine entsprechende deutsche Regelung, die sich zunächst in § 10 Nr 5 AGB-Gesetz fand und nunmehr in § 308 Z 5 BGB enthalten ist (zur deutschen Regelung als Modell des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vgl etwa *B. Koch*, Erklärungs(f)rifikationen, ÖBA 2013. 898 [899]; *Fornara/Woschank*, Verlängerungsklausel in Konsumentenversicherungsverträgen, VR 2002, 172; *Jabornegg/Geist*, VR 1993, 288 in FN 15). Da die deutsche Bestimmung zur Hinweispflicht des Unternehmers einen mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vergleichbaren Wortlaut aufweist (in beiden Fällen wird ein „*besonderer*“ Hinweis gefordert),

kann für die hier vorzunehmende Auslegung auch auf deutsche Rechtsprechung und Lehre zurückgegriffen werden.

Ebenso wie in Österreich wird auch in Deutschland vertreten, dass der „besondere“ Hinweis verhindern soll, dass der Konsument nicht mehr in Erinnerung habe, welche rechtsgeschäftlichen Konsequenzen die vertragliche Vereinbarung seinem Verhalten (insbesondere seinem Schweigen) beimisst. Daraus ergebe sich, dass der Hinweis in einer Form erfolgen müsse, die eine Kenntnisnahme des Kunden von der vereinbarten Erklärungsfiktion unter normalen Umständen erwarten lasse. Um eine solche Kenntnisnahme zu verbürgen, müsse der Hinweis geeignet sein, die Aufmerksamkeit des Vertragspartners zu wecken (vgl etwa *Dammann* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht⁶ [2013] § 308 Nr 5 BGB Rz 50 mwN; *Roloff* in *Ermann*, Bürgerliches Gesetzbuch¹⁴ [2014] § 308 BGB Rz 46). Der Hinweis dürfe demnach nicht versteckt sein. Sei dieser in einem größeren Text enthalten, müsse er von diesem klar abgesetzt und technisch hervorgehoben werden (*Roloff* aaO; *Coester-Waltjen* aaO). Selbst die Mitteilung in einem besonderen Absatz eines Schreibens genüge nicht, wenn der Hinweis nicht auch auf andere Weise optisch hervorgehoben werde (*Dammann* aaO). Dies entspricht im Wesentlichen der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (etwa BGH III ZR 119/83, NJW 1985, 617), der sogar darauf hinweist, dass in der Literatur (*Löwe-v. Westphalen-Trinker* in AGB-Gesetz, 1. Auflage, § 10 Nr 5) die Übermittlung des Hinweises auf einem gesonderten Blatt empfohlen wird.

1.8. Das Berufungsgericht teilt die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass das im vorliegenden Fall zu beurteilende E-Mail der Beklagten die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht erfüllt. Insbesondere dessen Be-

treffzeile („*Nachricht zu ihrem Profil bei Parship.at*“) lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass das E-Mail relevante Informationen zur Vertragsdauer enthalte. Der Begriff „Profil“ lässt typischerweise nicht an eine allfällige Vertragsbeendigung oder -verlängerung denken. Auch im Text des E-Mails wird darauf nicht konkret Bezug genommen. Dies gilt sowohl für die im E-Mail enthaltene Überschrift („*Nachricht zu Ihrem Profil*“) als auch für die Wendung „*Neuigkeiten zu Ihrer Mitgliedschaft stehen Ihnen jetzt zur Verfügung*“. Der Begriff „Neuigkeiten“ wird vom durchschnittlichen Kunden wohl nicht mit einer bereits bei Vertragsabschluss vereinbarten, beim Konsumenten jedoch möglicherweise in Vergessenheit geratenen „Vertragsverlängerung durch Stillschweigen“ assoziiert. Auch die Bezeichnung des „Links“ mit „<http://svb.parship.at/profile/cancellation/termtime>“ weckt typischerweise keine besondere Aufmerksamkeit des Verbrauchers (siehe dazu auch unten Punkt 1.9).

Insgesamt durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, dass der auf ihrer Homepage abrufbare Hinweis dem durchschnittlichen Verbraucher gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG tatsächlich zur Kenntnis gelangt. Das Anklicken des Links hätte auch nicht sofort zum Hinweis nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geführt, vielmehr wäre als weiterer Zwischenschritt ein Einloggen des Kunden durch Eingabe seiner Zugangsdaten und das aktive Abfragen der dort in einem speziellen Profilbereich hinterlegten Nachricht erforderlich gewesen. Da der Hinweis auf die fingierte Zustimmung zur Vertragsverlängerung also bloß zum Abruf durch den Kunden zur Verfügung gestellt wird und das inkriminierte E-Mail auf die bestehende Abrufmöglichkeit nicht ausreichend aufmerksam macht, kann der auf der Homepage der Beklagten

veröffentlichte Hinweise seine Erinnerungs- und Warnfunktion (zur Eigenschaft als Warnhinweis ausdrücklich *Jabor-negg/Geist*, VR 1993, 185 [288]) nicht erfüllen. Ob die Übersendung des Links überhaupt einen *Zugang* des dadurch abrufbaren Hinweises bewirkt (eine Web-Erklärung gilt erst als zugegangen, wenn sie vollständig auf dem Server des Empfängers gespeichert ist; vgl *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader*, Privatrechtsfragen des e-Commerce [2003], 1 [18]) muss - auch mangels Thematisierung im bisherigen Verfahren - hier nicht weiter vertieft werden.

Dass der Kunde den Hinweis auf die vereinbarte Erklärungsfiktion bereits erwarten musste, weil dies vertraglich so vereinbart wurde, überzeugt nicht, weil der Verbraucher durch den tatsächlichen Hinweis gerade vor seiner eigenen Vergesslichkeit geschützt werden soll (vgl *Geist* aaO; *Apathy* in *Schwimann*³ § 6 KSchG Rz 10; siehe auch *Roloff* aaO). Auch dem Argument, das E-Mail habe bereits deshalb die Aufmerksamkeit der Kunden geweckt, weil die Beklagte für ihre Kommunikation zu „nicht vertragsbezogenen Inhalten“ (Partnervorschläge uä) eine andere grafische Gestaltung („Wiedererkennungsfarbe rot“) gewählt habe, als bei ihrer Kommunikation zu vertragsbezogenen Inhalten, ist nicht zu folgen, weil vom durchschnittlichen Kunden nicht erwartet werden kann, dass er derartige Unterschiede wahrnimmt. Dies gilt auch für das Argument, E-Mails mit vertragsbezogenen Inhalten würden von einer anderen E-Mailadresse versandt, als sonstige E-Mails (etwa solche mit Partnervorschlägen). Insofern liegt auch der behauptete sekundäre Feststellungsmangel nicht vor.

1.9. Letztlich spricht auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 18/08p (dieser folgend auch

9 Ob 66/08h) für die hier vertretene Ansicht. Darin hielt der Oberste Gerichtshof zur Frage, ob die Zusendung eines E-Mails mit einem darin enthaltenen Link auf eine Internetseite, auf der sich Informationen über das dem Konsumenten zustehende Rücktrittsrecht befanden, ausreicht, Folgendes fest: „[...] ein Link zu einer Internetseite kann jedenfalls nur dann genügen, 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. Das folgt aus dem Zweck des § 5d Abs 2 KSchG (Art 5 Abs 1 FernabsatzRL): Die damit angestrebte (dauerhafte) Aufklärung des Verbrauchers über sein Rücktrittsrecht ist nur gewährleistet, wenn er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit überhaupt wahrnimmt. Das gilt auch bei einer Information über verlinkte Seiten. Sie kann jedenfalls nur dann ausreichen, wenn ein Verbraucher aufgrund der konkreten Gestaltung annehmen muss, dass er über den Link bestimmte Informationen erreichen kann (Ott, Informationspflichten im Internet und ihre Erfüllung durch das Setzen von Hyperlinks, WRP 2003, 945, 948 f, 954).“

Aus dem in weiterer Folge erfolgten Verweis der genannten Entscheidung (4 Ob 18/08p) auf ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH I ZR 228/03), in dem dieser zu einer gänzlich anderen Informationspflicht ähnliche Erwägungen betreffend einen per E-Mail übersandten Link auf eine Webseite anstellte, kann geschlossen werden, dass der Oberste Gerichtshof seine Rechtsansicht zur Frage, ob ein Link zur Vermittlung von für Konsumenten bestimmten Informationen ausreicht, auch auf andere Informationspflichten angewandt haben möchte. Auch im vor-

liegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass der per E-Mail übermittelte Link auf die Website der Beklagten nur dann einen ausreichenden Hinweis des Verbrauchers begründet, wenn dieser aufgrund der Gestaltung des E-Mails annehmen muss, dass er über den Link bestimmte und im E-Mail bereits angekündigte (dh thematisch umrissene) Informationen erhält.

2. Zum Umfang des Unterlassungsbegehrens:

2.1. Das Berufungsgericht ist ebenso wie das Erstgericht der Ansicht, dass nur durch einen entsprechend konkreten „Betreff“ im E-Mail die Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Konsumenten gewonnen und dieser dazu gebracht werden kann, das E-Mail überhaupt zu öffnen. In dessen Text ist dann - sofern das E-Mail nicht selbst den Hinweis nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG enthält - darauf hinzuweisen, dass durch Anklicken eines Links und Abrufen einer auf dem persönlichen Benutzerkonto hinterlassenen Nachricht Informationen zur Vertragsverlängerung zur Verfügung stehen. Erst ein solches Vorgehen verbürgt im Sinne der oben dargestellten Rechtslage eine Kenntnisnahme des Verbrauchers vom Hinweis auf die vereinbarte Erklärungsfiktion.

2.2. Der Kläger begehrt die Unterlassung der Erteilung des Hinweises nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG insbesondere durch ein E-Mail mit dem von der Beklagten verwendeten und aus Beilage ./E ersichtlichen „Betreff“. Im Unterschied zum Klagsvorbringen, wo der Betreff des E-Mails zutreffend (dh in Übereinstimmung mit der Beilage ./E) wiedergegeben wurde, nimmt das Urteilsbegehren aber irrtümlich und wohl aufgrund eines Schreibfehlers auf den Text „*Neuigkeiten zu Ihrer Mitgliedschaft*“ anstatt richtig auf den Betreff-Text „*Nachrichten zu Ihrem Profil bei*

Parship.at“ Bezug. Da nach ständiger Rechtsprechung dem Spruch einer Entscheidung, abweichend vom Wortlaut des Begehrens, eine dem Vorbringen entsprechende klarere Fassung gegeben werden darf (RIS-Justiz RS0041254; RS0037440; RS0038852; RS0039357), nahm das Berufungsgesicht im Rahmen einer Maßgabebestätigung eine Anpassung des Urteilsspruchs an den sachlichen Inhalt des diesbezüglichen Klage-(Unterlassungs-)Begehrens vor.

3. Zur Urteilsveröffentlichung:

3.1. Die Berufung wendet sich gegen die Ermächtigung des Klägers zur Veröffentlichung des stattgebenden Urteilsspruchs. Trotz *allgemeiner* Ausführungen zur Behauptungs- und Beweislast für das Interesse des Klägers an der begehrten Publikationsbefugnis bekämpft die Berufung inhaltlich ausschließlich die Veröffentlichung in der „Kronenzeitung“. Die ebenfalls zugesprochene Veröffentlichung auf der Homepage der Beklagten wird hingegen nicht mehr substantiiert bekämpft.

3.2. Der Kläger brachte in erster Instanz vor, dass nicht nur aktuelle Kunden über die Unzulässigkeit des Verhaltens der Beklagten aufzuklären seien, sondern auch potentielle Kunden sowie Mitbewerber. Es sei davon auszugehen, dass vor allem ehemalige Kunden die Webseite der Beklagten nicht mehr aufsuchen würden, weshalb eine Urteilsveröffentlichung alleine auf dieser dem Veröffentlichungsinteresse des Klägers nicht gerecht werde. Notwendig sei vielmehr eine Veröffentlichung auch in einem Printmedium. Dem Klagsvorbringen lässt sich auch entnehmen, dass die Beklagte österreichweit tätig sei. Angesichts dieses Vorbringens überzeugt die Argumentation der Beklagten, der Kläger sei seiner Darlegungs- und Behauptungslast zum Interesse an einer Publikation in einem

bundesweit erscheinenden Printmedium nicht nachgekommen, nicht.

3.3. Im Übrigen kann zur Frage, ob die Urteilsveröffentlichung in der „Kronenzeitung“ gerechtfertigt ist, auf die zutreffende Rechtsansicht des Erstgerichts verwiesen werden (§ 500a ZPO). Hervorzuheben ist die bereits im Ersturteil wiedergegebene Rechtsprechung, wonach ein Unterlassungsurteil im Regelfall nicht nur auf der Unternehmensseite zu veröffentlichen ist, wenn voraussichtlich nicht alle ehemaligen Kunden eines Unternehmens, die ein objektives Interesse an der Information über dessen bedenkliche Geschäftspraktiken (dort: bei Geschäftsabschlüssen) haben, neuerlich die Internetseiten dieses Unternehmens aufsuchen (RIS-Justiz RS0123550). Da das rechtliche Interesse an der Urteilsveröffentlichung bei der Verbandsklage nach dem KSchG (hier: Unterlassung nach § 28a KSchG) darin liegt, dass der Rechtsverkehr beziehungsweise die Verbraucher *als Gesamtheit* das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen (hier: Geschäftspraktiken) gesetz- beziehungsweise sittenwidrig sind (RIS-Justiz RS0079764 [T22]), ist die Veröffentlichung in einem *Printmedium* nicht zu kritisieren. Eine solche Publikation dient vielmehr dem Zweck, das Unterlassungsgebot zu sichern und nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung des Adressatenkreises zu unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen zu verhindern und das durch die rechtswidrige Maßnahme irreführte Publikum aufzuklären (etwa 1 Ob 222/15a mwN zum Verbandsprozess). Mit Rücksicht auf die österreichweit angebotenen Leistungen der Beklagten ist auch eine Veröffentlichung in einem *bundesweit* erscheinenden Medium angemessen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 50, 41 ZPO.

5. Die Bewertung des Streitgegenstands gründet sich auf § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO und der unbedenklichen Bewertung durch den Kläger. Das Unterlassungs- und das Veröffentlichungsbegehren stehen in einem tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang iSd § 55 Abs 1 Z 1 JN.

6. Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO im Hinblick darauf, dass es von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt, ob ein gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG erteilter „besonderer“ Hinweis als ausreichend deutlich anzusehen ist, nicht zulässig. Zur Frage, unter welchen Umständen ein Link auf eine Website als ausreichende Information des Konsumenten anzusehen sei, nahm der Oberste Gerichtshof bereits in 4 Ob 18/08p Stellung.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 129, am 25. Februar 2017

Dr. Gabriele Fink-Hopf

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG