

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

27.01.1999

Geschäftszahl

7Ob170/98w

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich, Dr. Tittel, Dr. Huber und Hon-Prof. Dr. Danzl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Mariahilfer Straße 81, vertreten durch Dr. Michael Ambrosch, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei M*****-Aktiengesellschaft, ***** vertreten durch Dr. Christian Kuhn und Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert S 300.000,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert S 51.000,-), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 27. Februar 1998, GZ 4 R 234/97d-17, womit infolge Berufungen beider Parteien das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 25. September 1995, GZ 38 Cg 103/96z-10, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 16.020,- bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 2.670,- USt) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei betreibt in zahlreichen Verbrauchermärkten in ganz Österreich den Einzelhandel mit Lebensmitteln und anderen Waren des täglichen Bedarfs. 1996 wurde von ihr das Kundenprogramm "Friends of M*****" ins Leben gerufen. In einem der Entscheidung im Anhang angeschlossenen Folder informiert die Beklagte ihre Kunden über dieses Kundenprogramm, auf der Rückseite dieses Folders sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgedruckt. Diese lauten auszugsweise:

"Das Kundenprogramm "Friends of M*****" hat den Zweck, den meistgeschätzten M*****-Kunden eine Vielzahl von besonderen Vorteilen zukommen zu lassen. Personen, die dem Kundenprogramm "Friends of M*****" beitreten, stehen zur M***** Warenhandels-AG ("M*****") in einem Vertragsverhältnis nach Maßgabe dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihrer künftigen Änderungen und Ergänzungen....

M***** behält sich vor, das Kundenprogramm jederzeit ganz oder teilweise zu ändern oder zu beenden. Veränderte oder ergänzte Konditionen des Kundenprogramms sind für ein Mitglied verbindlich, sobald sie in den M*****-Märkten ausgehängt sind und dem Mitglied die Bezahlung seines Einkaufs mit EC-Karte mit Bankomat-Code tätigt. Eine allfällige Beendigung wird in den M*****-Märkten kundgemacht.

Bei Ausgabe einer neuen EC-Karte ist die Mitgliedschaft aufrecht. Aus technischen Gründen können die Vorteile jedoch erst dann gewährt werden, wenn M***** von einem Mitglied schriftlich von der Ausgabe einer neuen EC-Karte verständigt wurde und das Mitglied unter Verwendung der von M***** übersandten verschlüsselten Information in einem M*****-Markt seine Daten auf dem Chip speichern läßt....

Vorteile können erst dann in Anspruch genommen werden, wenn bestimmte Umsatzgrenzen mit den vorherigen Einkäufen unter Verwendung der EC-Karte mit Bankomat-Code erreicht oder bereits überschritten wurden. Die unter Verwendung der EC-Karte mit Bankomat-Code getätigten Umsätze werden vom Tag des Beitritts an summiert....

M***** trägt keine Haftung für Verlust oder Mißbrauch der EC-Karte, und ist auch nicht in anderer Weise an dem Vertragsverhältnis zwischen Mitglied und seiner Bank beteiligt."

Will ein Kunde der Beklagten an diesem Kundenprogramm teilnehmen, so gibt er eine entsprechende Beitrittserklärung in einem M*****-Markt ab, welche neben seinem Namen, seine Anschrift, seine Telefonnummer und seinem Geburtsdatum auch seine Bankverbindung mit Bankleitzahl und Kontonummer beinhalten muß. Über der für die Unterschrift vorgesehenen Zeile findet sich folgender Text:

"Ich bin ausdrücklich damit einverstanden, daß meine oben genannten persönlichen Daten EDV-unterstützt verarbeitet und zum Zweck der Konsumenteninformation, sowie allfälliger Werbemaßnahmen an andere Unternehmen des B*****-Konzerns weitergegeben werden."

Für die Bezahlung an Kassen der M*****-Märkte mit der Bankomatkarte ist die Mitgliedschaft beim Kundenprogramm "Friends of M*****" nicht Voraussetzung. Die Beklagte hat Listen mit je 25 Artikeln erstellt, bei deren Einkauf Mitglieder von "Friends of M*****" Rabatte von 10 bzw 20 % erhalten.

Die Klägerin begehrt, die beklagte Partei schuldig zu erkennen,

1. im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Vertragsformblättern die Verwendung der angeführten Klauseln, soweit der inkriminierte Text durch Unterstreichung gekennzeichnet ist, nämlich: a) "Das Kundenprogramm "Friends of M*****" hat den Zweck, den meistgeschätzten M*****-Kunden eine Vielzahl von besonderen Vorteilen zukommen zu lassen. Personen, die dem Kundenprogramm "Friends of M*****" beitreten, stehen zur M*****-Warenhandels-AG ("M*****") in einem Vertragsverhältnis nach Maßgabe dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihrer künftigen Änderungen und Ergänzungen".

b) "Ich bin ausdrücklich damit einverstanden, daß meine oben genannten persönlichen Daten EDV-unterstützt verarbeitet und zum Zwecke der Konsumenteninformation, sowie allfälliger Werbemaßnahmen an andere Unternehmen des B*****-Konzerns weitergegeben werden."

c) "Veränderte oder ergänzte Konditionen des Kundenprogramms sind für ein Mitglied verbindlich, sobald sie in den M*****-Märkten ausgehängt sind und ein Mitglied die Bezahlung seines Einkaufs mit EC-Karte mit Bankomat-Code tätigt".

d) "M***** trägt keine Haftung für Verlust oder Mißbrauch der EC-Karte, und ist auch nicht in anderer Weise an dem Vertragsverhältnis zwischen Mitglied und seiner Bank beteiligt"

zu unterlassen; und

2. die klagende Partei zur Urteilsveröffentlichung in der "Neuen Kronen-Zeitung" zu verpflichten. Dazu brachte die klagende Partei unter Hinweis auf die kundenfeindlichste Auslegung, welche bei der Überprüfung auf Gesetzeskonformität oder Sittenwidrigkeit von Vertragsformblättern oder allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbandsprozeß zu erfolgen habe, vor, die unter b) angeführte Bestimmung verstoße gegen § 268 Abs 6 GewO und sei überdies sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB bzw aufgrund ihrer Intransparenz unwirksam gemäß § 869 ABGB iVm § 6 Abs 3 KSchG. Weiters verstoße diese Klausel sowohl gegen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes als auch gegen das Transparenzgebot der EU-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln (Richtlinie 93/13/EWG vom 5. 4. 1993). Die unter Punkt c) angeführte Klausel enthalte eine Erklärungsfiktion, die den Kriterien des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht entspreche. Die unter a) angeführte Klausel ermächtige den Unternehmer in einer sachlich nicht gerechtfertigten Weise zur Änderung seines Leistungsspektrums bzw seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen und erlaube somit die einseitige Änderung des Vertrages ohne konkrete Festlegung der für eine Änderung erforderlichen Kriterien, was einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG darstelle. Die unter Punkt d) angeführte Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil der Haftungsausschluß nicht nur auf leichte Fahrlässigkeit beschränkt werde, sondern auch die Haftung für Vorsatz wie für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werde.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und brachte vor, das Kundenprogramm "Friends of M*****" gewähre ausschließlich Vorteile. Die Mitgliedschaft in diesem Kundenprogramm sei für

den Kunden kostenlos und mit keinerlei Verpflichtungen verbunden. M***** registriere alle von den Mitgliedern mit EC-Karte bezahlten Einkäufe und gewähre Exklusivrabatte sowie eine verspätete Abbuchung der Belastungen. Die von der klagenden Partei beanstandeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien nicht Allgemeine Geschäftsbedingungen der beklagten Partei, die (allen) Rechtsgeschäften mit Konsumenten generell zugrundegelegt würden, sondern ausdrücklich Geschäftsbedingungen des Kundenprogramms "Friends of M*****". Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen würden daher nicht den von der beklagten Partei geschlossenen Verträgen im Sinne des § 28 KSchG zugrundegelegt. Aus diesem Grund sei die klagende Partei nicht gemäß § 29 KSchG aktiv klagslegitimiert. Die Gewährung einer Preisreduktion oder einer Zahlungsstundung als bloßer Sondervorteil sei kein Vertrag im Sinne des § 28 KSchG. Die gegenständlichen Klauseln würden darüber hinaus nicht gegen die vom Kläger geltend gemachten Bestimmungen verstoßen und seien daher weder gesetz- noch sittenwidrig. Das Konsumentenschutzgesetz sei auf die Streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht anwendbar, da diese lediglich eine freigebige Zuwendung der beklagten Partei an die Mitglieder des Kundenprogramms "Friends of M*****" vorsehen und kein synallagmatisches Rechtsverhältnis begründeten. Gleiches gelte für die von der klagenden Partei angesprochene Richtlinie 93/13/EWG vom 5. 4. 1993, ABI Nr. L 95/29, welche ebenfalls ein Synallagma von beiderseitigen Rechten und Pflichten voraussetze, weshalb auch diese Richtlinie im gegenständlichen Fall keine Anwendung finde.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren teilweise statt, untersagte der Beklagten die Verwendung der in Punkt 1. c) und d) inkriminierten (unterstrichenen) Bedingungen und gab dem Veröffentlichungsbegehren in diesem Umfang statt. Es wies das zu Punkt 1. a) und b) erhobene Unterlassungsbegehren ab. Nach § 28 KSchG könne auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im folgenden AGB), die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrundelege, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsehe, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Schließe ein Kunde der Beklagten, welcher zugleich auch Mitglied von "Friends of M*****" sei, mit der Beklagten einen Kaufvertrag, so würden diesem die AGB des letztzitierten Kundenprogramms zugrundegelegt. Die Anwendbarkeit des KSchG ergebe sich aus den bloß formalen Kriterien der Unternehmereigenschaft. Dabei umfasse der Anwendungsbereich des ersten Hauptstückes nicht bloß Verträge, sondern auch Offerte und andere einseitige rechtsgeschäftliche Akte. Sihin sei das KSchG anzuwenden und keine teleologische Reduktion vorzunehmen. Im abstrakten Kontrollverfahren einer Verbandsklage könne die Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln nur generalisierend erfolgen und es sei die für den Kunden ungünstigste Auslegung der Klausel zugrunde zulegen. Seien Klauseln teilweise zulässig, könne dies nicht berücksichtigt werden, weil für eine geltungserhaltende Reduktion kein Raum bestehe. Die unter lit c) des Klagebegehrens angeführte Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, welcher die Verknüpfung eines bestimmten Verhaltens des Konsumenten, welchem an sich kein Erklärungswert zukomme, mit der Annahme, es liege eine bestimmte Erklärung vor, verbietet. Nicht jedoch verstoße diese Klausel gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Die unter lit d) des Klagebegehrens angeführte Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil die Beklagte jegliche Haftung für den Verlust oder Mißbrauch der Karte ausschließen wolle.

Die unter lit a) des Klagebegehrens genannte Klausel verstoße aber nicht gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da nicht davon gesprochen werden könne, daß anerkennenswerten Interessen des Verbrauchers widersprochen werde, wenn die Beklagte die Vorteilsgewährung abändere, insbesondere, da eine rückwirkende Änderung nach dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vorgesehen sei, sodaß ein Eingriff in eine Rechtsposition des Verbrauchers, in deren Vertrauen er bereits Dispositionen getroffen habe, nicht stattfinde. Ebenso verstoße die unter lit b) des Klagebegehrens angeführte Klausel nicht gegen die guten Sitten, § 268 Abs 6 GewO sei nicht anwendbar.

Das Berufungsgericht gab mit der angefochtenen Entscheidung der Berufung der klagenden Partei Folge, jener der beklagten Partei nicht Folge, bestätigte den Zuspruch und änderte den klagsabweisenden Teil des Ersturteilens im Sinne einer Klagestattgebung ab. Es erklärte die Erhebung der ordentlichen Revision als zulässig. Es führte rechtlich aus: Die unter lit a) des Klagebegehrens angeführte Klausel verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil diese nicht erkennen lasse, ob es sich bei den veränderten oder ergänzten Konditionen des Kundenprogramms nur um geringfügige oder sachlich gerechtfertigte und somit dem Verbraucher zumutbare Änderungen handle. Denkbar sei jede Änderung, also auch eine, bei der der Konsument keine Vorteile mehr lukrieren könne. Auch schränke eine derartige Klausel die Verbraucher in ihrer Dispositionsfähigkeit ein, da es bei Rücknahme der Zusage der späteren Abbuchung ihrer Einkäufe zu einer Überziehung ihres Girokontos kommen könne. Da die Beklagte selbst in ihren AGB's im ersten Absatz davon ausgehe, es handle sich um ein Vertragsverhältnis, seien die Bestimmungen des § 6 KSchG jedenfalls anzuwenden. Die Klausel lit b) des Klagebegehrens verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG, welcher seine Wurzel in Art 5 der "Vertragsklausel-Richtlinie" (93/13/EWG) habe. Dieser sehe vor, daß "alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln" ... "stets klar und verständlich abgefaßt sein müssen". § 6 Abs 3 leg cit sei eingeführt worden, um "allfällige Zweifel an der Richtlinienkonformität des österreichischen Privatrechtes zu zerstreuen". § 6 Abs 3 leg cit sehe als Folge für die Unklarheit oder Unverständlichkeit einer Vertragsbestimmung vor, daß diese Bestimmung unwirksam sein solle. Sihin könne § 6 Abs 3 leg cit als weitere Stütze für den schon bisher geltenden Rechtssatz herangezogen

werden, daß die Einwilligung in den Vertrag im Sinne des § 869 ABGB "bestimmt und verständlich" sein müsse, widrigenfalls es zu keinem Vertragsabschluß komme. Die gegenständliche Klausel sei jedenfalls nicht bestimmt und verständlich, was die Berechtigung der Weitergabe der Daten zum Zwecke der Kundeninformation sowie allfälliger Werbemaßnahmen an andere Unternehmen des B*****-Konzerns betreffe, da der Kunde nicht wissen werde, welche Unternehmen diesem Konzern angehören. Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG seien solche Vertragsbestimmungen nichtig, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, der Unternehmer weise den Verbraucher fristgerecht auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hin, und räume dem Verbraucher zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist ein. Weiters sei nicht zu erkennen, daß nur zum Vorteil des Konsumenten in Verträge eingegriffen werde. Die Ungünstigkeitsregel gelte generell. Dem Einwand, daß es ohne Übergabe der Karte an Erfüllungsgehilfen nicht zum Mißbrauch der EC-Karte kommen könne, sei zu entgegnen, daß allein aus der Aufnahme der entsprechenden Bedingung in die AGB's zu ersehen sei, daß damit unzählige denkbare Mißbrauchsmöglichkeiten von der Beklagten ferngehalten werden sollten.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil von der Beklagten erhobene Revision ist zulässig (vgl § 502 Abs 5 Z 3 ZPO), aber nicht berechtigt.

Zur Anwendbarkeit des Konsumentenschutzgesetzes auf die zwischen den "Friends of M*****" und der beklagten Partei aufgrund der vorliegenden AGB's abgeschlossenen "Verträge":

Nach § 1 Abs 1 KSchG gilt dieses Gesetz für "Rechtsgeschäfte", an denen einerseits ein Unternehmer und andererseits ein Verbraucher beteiligt sind. Nach Lehre und Rechtsprechung (vgl Apathy in Schwimann ABGB2 § 859 Rz 9) wird zwischen ein- und zweiseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften, je nachdem, ob aus einem Vertrag nur einem Teil oder beiden Teilen Verpflichtungen erwachsen, unterschieden. Die zweiseitige Verpflichtung kann eine vollkommene oder beschränkte sein. Bei den vollkommen zweiseitig verpflichtenden Geschäften (= synallagmatischen Verträgen) ist jeder Teil zu einer Hauptleistung verpflichtet. Von den Intentionen des Gesetzgebers zum Konsumentenschutzgesetz her, sollen aber all jene Akte, die letztlich zu einem Leistungsaustausch zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher führen, in den Geltungsbereich dieser Norm fallen. Darüberhinaus normieren die vorliegenden AGB's sehr wohl eine Reihe letztlich auch unvollkommener Verpflichtungen für den Kunden. So hat dieser personenbezogene Daten zur Verfügung zu stellen, Adreß- bzw Namensänderungen bekanntzugeben sowie ausschließlich mit Bankomatkarte zu bezahlen, damit er in den Genuß der versprochenen Vorteile gelangen kann. Diesen Erwägungen folgend fallen nicht nur Verträge, sondern auch Offerte und andere einseitige Akte (zB Auslobungen, Kündigungen, Rücktritte und sonstige rechtsgestaltende Erklärungen usw) in den Anwendungsbereich des ersten Hauptstückes des KSchG. Würde zwischen Unternehmer und Verbraucher ein Rechtsverhältnis im Sinne der zitierten Norm begründet, dann unterliegt dessen gesamte weitere Regelung und Ausformung den Vorschriften des KSchG, somit auch jede spätere Abänderung des Rechtsgeschäftes (vgl Krejci in Rummel ABGB2 § 1 KSchG Rz 2 mwN; Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer KSchG, § 1 Rz 1). Der Revisionswerberin wäre nur zuzugestehen, daß die ausschließliche Gewährung eines Geschenkes durch den Unternehmer und dessen Annahme durch den Verbraucher nicht dem KSchG unterzuordnen wäre. Die von der beklagten Partei in den Vordergrund gestellte Rabattgewährung dient aber zweifellos der Steigerung des eigenen Umsatzes. Es handelt sich dabei um eine "Verkaufsförderung" (vgl Schuhmacher HGzKSchG, 30). Nicht nur im Hintergrund, sondern in der offenkundigen Intention der beklagten Partei steht daher die Absicht, die Anzahl der synallagmatischen Rechtsgeschäfte, die ja den Gegenstand ihres Unternehmens darstellen, zu steigern, d.h. damit erhöhte Gewinne zu erzielen (vgl Krejci aaO Rz 17 und 22 mwN); zu bedenken ist auch, daß ohne den Ankauf dieser Produkte durch die Kunden die Rabattgewährung gar nicht eintreten würde. Daß den "Friends of M*****" durch die inkriminierten AGB's nur Vorteile gewährt werden, die sie ausnützen können oder nicht und sie somit keinerlei Nachteile zu erwarten haben, entspricht nicht den festgestellten Tatsachen, weil dies einerseits nicht in den AGB's zum Ausdruck gebracht wird und andererseits die beklagte Partei mit der sich selbst eingeräumten Ermächtigung, die "Konditionen" zu ändern oder zu ergänzen und deren Verbindlichkeit durch bloßen Austausch in einem ihrer Geschäfte (ohne nähere Konkretisierung, wo dieser zu finden ist) in Kraft zu setzen, eine Möglichkeit eingeräumt hat, das Vertragswerk nach ihrem Belieben und daher auch zum Nachteil des Kunden zu ändern. Da eine Regelung, daß der Kunde mit keinerlei Nachteilen, Ankaufverpflichtungen usw zu rechnen hat, fehlt, ist im Sinne der später noch zu behandelnden kundenfeindlichsten Auslegung der AGB's keine Rede davon, daß das Klauselwerk nur einseitig unentgeltliche Zuwendungen an den Kunden vorsehe. Die von der Revisionswerberin vermißte teleologische Reduktion im Sinne der Unwendbarkeit des KSchG auf die vorliegenden AGB's hat aus diesen Erwägungen nicht Platz zu greifen. Da im vorliegenden Fall sehr wohl ein Unternehmer und ein Verbraucher letztlich die Rechtsgeschäfte abschließen, auf welche sich der Anwendungsbereich des Konsumentenschutzgesetzes erstreckt, ist diese Norm auch auf das mit den gegenständlichen Bedingungen geregelte Vorfeld dieser Abschlüsse anzuwenden, weil in solchen Fällen

typischerweise die Gefahr besteht, daß der wirtschaftlich Stärkere den wirtschaftlich Schwächeren in einer solchen Rechtsposition beeinträchtigt. Genau dieser Gefahr soll das Konsumentenschutzgesetz entgegenwirken. Damit ergibt sich aber auch die Berechtigung der klagenden Partei zur Erhebung der vorliegenden Verbandsklage. § 28 KSchG gewährt in Anlehnung an § 14 UWG den im § 29 KSchG genannten Interessenvertretungen das Recht zur Erhebung der Verbandsklage, d.h. sie dürfen den, der im geschäftlichen Verkehr in AGB's, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrundelegt oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung klagen. Im geschäftlichen Verkehr ist tätig, wer auf Erwerb aus ist. Weder im § 28 KSchG noch in den §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB definiert der Gesetzgeber, was er unter AGB's und Vertragsformblättern versteht. Man darf sich an § 1 des deutschen Gesetzes zur Regelung des Rechtes der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) orientieren. Gegenstand des § 28 KSchG sind daher AGB's, die der Verwender "von ihm geschlossenen Verträgen zugrundelegt"; die AGB's müssen demnach als Vertragsschablonen tatsächlich zum Einsatz gelangen (vgl Krejci aaO § 30 KSchG Rz 1, 6 ff). Nach Ansicht des erkennenden Senats fällt daher das Kundenprogramm "Friends of M*****" sehr wohl in den Anwendungsbereich des KSchG.

Zur Unzulässigkeit der einzelnen AGB-Bestimmungen:

Im Verfahren über eine Verbandsklage ist nach der herrschenden Rechtsprechung die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung der beanstandeten Klausel zugrunde zu legen. Für eine geltungserhaltende Reduktion bei Teilzulässigkeit ist kein Raum (vgl EvBl 1995/108, RdW 1994/364).

Wie bereits zuvor ausgeführt wurde und auch das Berufungsgericht richtig erkannt hat, ist den vorliegenden AGB's nicht zu entnehmen, daß damit in Verträge nur zum Vorteil des Konsumenten eingegriffen werden könnte, sodaß Änderungen der Bedingungen zu Lasten des Konsumenten ausgeschlossen sein sollten. § 6 Abs 2 Z 3 KSchG will verhindern, daß sich der Unternehmer das Recht auf weitgehende, den Interessen des Verbrauchers widersprechende, einseitige Leistungsänderungen vorbehält. Umfassende und vage Änderungsklauseln indizieren daher eine Unzumutbarkeit. Die Vorbehalte müßten, damit sie rechtswirksam bleiben, daher möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein (vgl Krejci aaO § 6 Rz 177 und 182). Die Klausel "Personen, die dem Kundenprogramm 'Friends of M*****' beitreten, stehen zur M***** Warenhandels-AG (M*****) in einem Vertragsverhältnis nach Maßgabe dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihrer künftigen Änderungen und Ergänzungen" verstößt daher gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil die in Rede stehende Klausel nicht erkennen läßt, ob es sich bei den Änderungen und Ergänzungen des Kundenprogramms lediglich um solche geringfügiger bzw sachlich gerechtfertigter Natur handelt, welche dem Verbraucher zumutbar wären.

Auch die Klausel "Ich bin ausdrücklich damit einverstanden, daß man meine oben genannten persönlichen Daten EDV-unterstützt bearbeitet und zum Zwecke der Konsumenteninformation, sowie allfälliger Werbemaßnahmen an andere Unternehmen des B*****-Konzerns weitergegeben werden", widerspricht § 6 Abs 3 KSchG, weil entgegen dessen nach objektiven Kriterien zu messenden Transparenzgebot nicht bestimmbar ist, welche Unternehmen derzeit und künftig dem B*****-Konzern (allenfalls auch im Ausland) zugehörig sind bzw sein werden. Dem Hinweis der Revisionswerberin, diese Bestimmung werde durch § 18 Abs 1 DSGVO in bezug auf diese Klausel verdrängt, ist entgegenzuhalten, daß die genannten Regelungen einerseits die Unwirksamkeit von in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmungen (KSchG), sowie die Zulässigkeit der Übermittlung von Daten andererseits (DSG), sohin zwei völlig unterschiedliche Bereiche erfassen. Der Senat vermag sich nicht der Auffassung anzuschließen, daß der als *lex specialis* für Verbrauchergeschäfte geltende § 6 Abs 3 KSchG seine Anwendungsgrenze im § 18 DSGVO findet. Gemäß § 18 Abs 1 DSGVO dürfen Daten nur mit ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung des Betroffenen übermittelt werden; davon setzt § 268 Abs 6 GewO seit 1. 1. 1995 nur für die dort genannten Unternehmungen Ausnahmen fest. Daß die beklagte Partei diesem Unternehmenskreis angehört, behauptet nicht einmal sie selbst. Auch der Lehrmeinung Duschaneks (DSG 1978 § 18 Anm 5) ist zu entnehmen, daß eine unauffällig im vorgedruckten Text vorhandene Zustimmungserklärung des Kunden nicht dem Gesetz entspricht. In einer Neuauflage (Datenschutzrecht im Unternehmen, Herausgeber Heinz Wittmann S 87 f) vertritt dieser Autor die Auffassung, daß zwar nicht klar sei, was unter einer "ausdrücklichen" Zustimmung zu verstehen sei. Bei Anlegung einer Durchschnittsbetrachtung dürfe aber jedenfalls an der Tatsache und dem Inhalt der Willenserklärung des Betroffenen kein Zweifel bestehen. Dieser Autor stellt die von der Datenschutzkommission (Beschuß vom 3. 12. 1982 Zl Zf VB Dat 1982/1/6 und Beschuß vom 7. 6 1984, Zl 176.323 = Zf VB Dat 1986/5-6/6) vertretene Auffassung, daß die Zustimmungserklärung die zu übermittelnden Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen müsse, in Zweifel, ohne eine nachvollziehbare Gegenlösung anbieten zu können. Er meint nur, entscheidend sei, ob der Betroffene mit einer derartigen Zustimmungserklärung im "Kleingedruckten" rechnen mußte. Dohr/Pollirer/Weiss (DSG 88 f) vertreten die Rechtsauffassung der Datenschutzkommission, der sich auch der erkennende Senat anschließt. Die von der beklagten Partei verwendete Formulierung enthält auch keinen Hinweis auf ein Widerrufsrecht des Betroffenen (vgl BKA-VD, 810.008/1-5/1a/85 vom 10. 8. 1985), wie dies nunmehr nach § 268 Abs 6 GewO seit

1. 1. 1995 von Inhabern von Kunden- und Interessendateien gefordert wird. Die von der beklagten Partei verwendete Formulierung entspricht daher nicht § 18 DSGVO. Die im (der Entscheidung in Kopie angeschlossenen) "Folder" vorgenommene Aufnahme der Zustimmungsklausel ist überdies auch wegen der fehlenden Hervorhebung im Text gesetzwidrig (vgl Bericht des Verfassungsausschusses 1024 BlgNR 14. GP, 4). Im übrigen spricht § 18 DSGVO von der Übermittlung von gemäß § 17 Abs 1 leg cit ermittelten und verarbeiteten Daten. Voraussetzung dafür ist jedenfalls eine rechtmäßige Ermittlung und Verarbeitung gemäß § 17 leg cit (vgl Dohr/Pollirer/Weiss, DSGVO § 18 Anm 2). Im vorliegenden Fall erfolgt die Zustimmung der Kunden aufgrund einer gemäß § 6 Abs 3 KSch unwirksamen, weil unklaren Vertragsklausel, weshalb auch diese unwirksam ist. Die Bezeichnung "B*****-Konzern" ist für den Kunden nicht nachvollziehbar, zumal es sich hierbei um einen international tätigen Konzern handelt, in dem sich auch die Zugehörigkeit verschiedener Unternehmen ändern kann, was für den Kunden jedoch völlig undurchschaubar ist.

Die genannte Klausel widerspricht sohin dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Zuletzt führt die Revisionswerberin aus, die Klausel "M***** trägt keine Haftung für Verlust oder Mißbrauch der EC-Karte und ist auch nicht in anderer Weise an dem Vertragsverhältnis zwischen Mitglied und seiner Bank beteiligt", verstoße nicht gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, da kein redlicher Erklärungsempfänger - unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Konsumenten bei flüchtiger Aufmerksamkeit - aus dieser Klausel ableite, die beklagte Partei wolle irgendeine Haftung für ihre Mitarbeiter oder sonstigen Erfüllungsgehilfen ausschließen. Die Klausel habe diesen Inhalt nicht und sei auch in keiner Weise von einer derartigen Absicht getragen. Ein Mißbrauch durch Erfüllungsgehilfen der Beklagten komme auch nicht in Betracht, da der Kunde seine EC-Karte nicht aus der Hand gebe. Daß daran nicht gedacht worden sei, folge auch aus dem erwähnten Verlust der EC-Karte und der Klarstellung, daß die Beklagte auch nicht in anderer Weise am Vertragsverhältnis zwischen Mitglied des Kundenprogramms und seiner Bank beteiligt ist. Die Klausel verstoße auch bei einem abweichenden Inhalt nicht gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, da diese Bestimmung typischerweise von einem Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung ausgehe, welches mittelbar durch eine Haftungsfreizeichnung gestört werde. Da eine Gegenleistung des Verbrauchers nicht vorliege, sei kein Grund ersichtlich, warum die beklagte Partei als Unternehmer das den Verbraucher auch sonst allein treffende Risiko für den Verlust oder den Mißbrauch seiner EC-Karte allein übernehmen solle; dies umso mehr, als ausschließlich der Verbraucher mit seiner EC-Karte hantiere.

Auch diese Ausführungen gehen ins Leere. Wie sich aus den vorliegenden AGB's ergibt, wird das Kundenprogramm erst dann gewährt, wenn das Mitglied in einem M*****-Markt seine Daten auf dem Chip speichern läßt. Im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung kann dabei ein Mißbrauch durch Erfüllungsgehilfen der Beklagten keinesfalls ausgeschlossen werden. Im übrigen ist aus der genannten Klausel, wie schon das Erstgericht richtig ausgeführt hat, eindeutig erkennbar, daß die Beklagte jegliche Haftung für den Verlust oder Mißbrauch der Karte ausschließen wollte. Wenn die Beklagte auch in diesem Zusammenhang auf das fehlende Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung verweist, so ist dem unter Ergänzung der obigen Ausführungen entgegenzuhalten, daß hier ein Widerspruch in der Argumentation der Revisionswerberin dahingehend vorliegt, daß der Kunde einerseits ausschließlich mit seiner Bankomatkarte zahlen muß, will er in den Genuß von Vorteilen des Kundenprogramms "Friends of M*****" kommen, andererseits die Beklagte jedoch jedes daraus entstehende Risiko ablehnt. Weshalb sich der Kunde im Rahmen des Kundenprogrammes "Friends of M*****" ausschließlich seiner Bankomatkarte zur Bezahlung seiner Einkäufe bedienen muß, wenn darin - der Argumentation der Revisionswerberin folgend - kein Vorteil für die beklagte Partei liegen solle, ist nicht nachvollziehbar.

Auch diese Klausel verstößt sohin gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Allein die Bestreitung des Klagebegehrens indiziert die im einzelnen von der Revisionswerberin gar nicht in Abrede gestellte Wiederholungsgefahr (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.