



Endurteil

Im Namen der Republik

Das Landesgericht Wiener Neustadt erkennt durch seine Richterin Dr. Nina Painz-Skoczopole in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Unser Ö-Bonus Club GmbH**, IZ NÖ-Süd, Straße 3, Objekt 16, 2355 Wiener Neudorf, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert € 36.000,-), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

- 1) Die beklagte Partei ist schuldig,
 - a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

1. Genießen Sie Ihre ganz persönlichen Vorteile

- o **JA**, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung zu und möchte somit von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.
- o **NEIN**, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten

gemäß unten stehender Einwilligungserklärung nicht zu und möchte somit nicht von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.

Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5. und 5.6. AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass die Unser Ö-Bonus Club GmbH sowie die jö Partner, bei denen ich meine jö Karte verwendet habe,

(1) meine Teilnahmedaten und Einkaufsdaten zusammenführen und analysieren, um mir für mich relevante und auf meine Interessen zugeschnittene, individualisierte Informationen zum jö Bonus Club Programm zukommen zu lassen und Angebote zum Sammeln und Einlösen von Ös auf meine Bedürfnisse anzupassen (sog. „Profiling“ für Zielgruppenselektionen, Werbemaßnahmen und aggregierte Auswertungen für Sortimentsoptimierung sowie Tracking zur Erfolgsmessung von Werbemaßnahmen), um

(2) mir Werbung mit personalisierten Angeboten über Produkte und Dienstleistungen des Betreibers und der jö Partner per Post, E-Mail, SMS, MMS, Push-Nachrichten, Nachrichten über Apps und Messenger zuzusenden, und

(3) dass meine auf diese Weise gewonnenen personenbezogenen Daten bei Widerruf meiner Einwilligung, spätestens nach Ende meiner Mitgliedschaft gelöscht werden.
Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig und ich kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Unser Ö-Bonus Club GmbH (IZ NÖ-Süd, Straße 3, Objekt 16, A-2355 Wiener Neudorf) postalisch, per Email an datenschutz@joe-club.at oder telefonisch (01 386-5000) widerrufen.

2. Die Einwilligungserklärung: Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5, und 5.6 AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass die Unser Ö-Bonus Club GmbH sowie die jö Partner, bei denen ich meine jö Karte verwendet habe, (1) meine Teilnahmedaten und Einkaufsdaten zusammenführen und analysieren, um mir für mich relevante und auf meine Interessen zugeschriebene, individualisierte Informationen zum jö Bonus Club Programm zukommen zu lassen und Angebote zum Sammeln und

Einlösen von Ös auf meine Bedürfnisse anzupassen (sog. „Profiling“ für Zielgruppenselektionen, Werbemaßnahmen und aggregierte Auswertungen für Sortimentsoptimierung sowie Tracking zur Erfolgsmessung von Werbemaßnahmen), um

(2) mir Werbung mit personalisierten Angeboten über Produkte und Dienstleistungen des Betreibers und der jö Partner per Post, E-Mail, SMS, MMS, Push-Nachrichten, Nachrichten über Apps und Messenger zuzusenden, und

(3) dass meine auf diese Weise gewonnenen personenbezogenen Daten bei Widerruf meiner Einwilligung, spätestens nach Ende meiner Mitgliedschaft gelöscht werden. Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig und ich kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Unser Ö-Bonus Club GmbH (IZ NÖ.-Süd, Straße 3, Objekt Td, A-2355 Wiener Neudorf) postalisch, per E-Mail an datenschutz@joe-club.at oder telefonisch (01 384-5000) widerrufen,

Datum* Unterschrift

Diese Unterschrift gilt nur für die Einwilligungserklärung und ist freiwillig. Ihre Anmeldung zum jö Bonus Club Ist auch ohne Unterschrift wirksam.

(* Pflichtfeld)

3. [...] Beim Hinzutreten neuer jö Partner stimmt das Mitglied durch Verwendung seiner jö Karte beim jeweiligen jö Partner zu, dass auch die bei diesem jö Partner gespeicherten Teilnahme- und Einkaufsdaten von der erteilten Einwilligung umfasst und gemäß den Regelungen der Datenschutzerklärung, insbesondere deren Punkt [4.4./4.5./4.5.1], verarbeitet werden. Der Betreiber wird das Mitglied auf der Webseite unter joe-club.at/partner sowie persönlich mittels Nachricht per Brief bzw., soweit das Mitglied seine Zustimmung dazu erklärt hat, per E-Mail, über das Hinzutreten eines neuen jö Partners informieren. Diese Nachricht wird auch den Hinweis auf die erteilte Einwilligung zur Datenverarbeitung gemäß diesem Unterpunkt enthalten und das Mitglied auf die Erneuerung und Ausdehnung seiner Einwilligung auf den neuen jö Partner durch Verwendung der jö Karte bei diesem jö Partner hinweisen.

4. Das Mitglied stimmt auch zu, dass im Rahmen von

elektronischer Werbung vom Betreiber erhoben wird, ob das Mitglied die Werbung öffnet, die darin enthaltenen Links anklickt, wie viel Zeit das Mitglied dafür verwendet, welches Endgerät es dafür verwendet, welches Betriebssystem und welchen Browser es verwendet, an welchem Ort es sich befindet, welche IP-Adresse dem Mitglied zugewiesen wurde, und ob es Soziale Netzwerke nutzt und dort die Inhalte der Werbung allenfalls mit Dritten teilt.

5. Das Mitglied stimmt auch zu, dass im Rahmen von elektronischer Werbung vom jö Partner erhoben wird, ob das Mitglied die Werbung öffnet, die darin enthaltenen Links anklickt, wie viel Zeit das Mitglied dafür verwendet, welches Endgerät es dafür verwendet, welches Betriebssystem und welchen Browser es verwendet, an welchem Ort es sich befindet, welche IP-Adresse dem Mitglied zugewiesen wurde, und ob es Soziale Netzwerke nutzt und dort die Inhalte der Werbung allenfalls mit Dritten teilt.

2) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“ bundesweite Ausgabe auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung, in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3) Die **Kostenentscheidung** bleibt gemäß § 52 Abs 3 ZPO vorbehalten.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein gemäß §§ 28, 29 KSchG zur Unterlassungsklage berechtigter Verband. Mit Klage vom 17.02.2020 beehrte er (unter anderem) wie aus dem Spruch ersichtlich.

Die Beklagte betreibt ein unternehmens- und branchenübergreifendes Kundenbindungsprogramm. Dabei tritt sie regelmäßig in ganz Österreich mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt, dem sie ihre AGB, die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen des jö Bonus Clubs“ zugrunde legt. Sie bestritt die Klageberechtigung des Klägers zur Durchsetzung von auf Verletzung des DSGVO gestützten Ansprüchen und die Unzulässigkeit der seitens des Klägers relevierten Klauseln 1 bis 14.

Zu den Klauseln:

Zu den Klauseln 6 bis 14 erging das Teilurteil vom 22.8.2022, mit Urteil vom 25.6.2024 sprach der OGH endgültig über diese Klauseln ab.

Zu den übrigen klagsgegenständlichen Klauseln 1 bis 5 brachten die Parteien im Wesentlichen Folgendes vor:

Zu Klausel 1:

Genießen Sie Ihre ganz persönlichen Vorteile

- o JA***, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung zu und möchte somit von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.
- o NEIN***, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung nicht zu und möchte somit nicht von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.

Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5. und 5.6. AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass die Unser Ö-Bonus Club GmbH sowie die jö Partner, bei denen ich meine jö Karte verwendet habe,

(1) meine Teilnahmedaten und Einkaufsdaten zusammenführen und analysieren, um mir für mich relevante und auf meine Interessen zugeschnittene, individualisierte Informationen zum jö Bonus Club Programm zukommen zu lassen und Angebote zum Sammeln und Einlösen von Ös auf meine Bedürfnisse anzupassen (sog. „Profiling“ für Zielgruppenselektionen, Werbemaßnahmen und aggregierte Auswertungen für Sortimentsoptimierung sowie Tracking zur Erfolgsmessung von Werbemaßnahmen), um

(2) mir Werbung mit personalisierten Angeboten über Produkte und Dienstleistungen des Betreibers und der jö Partner per Post, E-Mail, SMS, MMS, Push-Nachrichten, Nachrichten über Apps und Messenger zuzusenden, und

(3) dass meine auf diese Weise gewonnenen personenbezogenen Daten bei Widerruf meiner Einwilligung, spätestens nach Ende meiner Mitgliedschaft gelöscht werden.

Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig und ich kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Unser Ö-Bonus Club GmbH (IZ NÖ-Süd, Straße 3, Objekt 16, A-2355 Wiener Neudorf) postalisch, per Email an datenschutz@joe-club.at oder telefonisch (01 386-5000) widerrufen.

brachte der **Kläger** vor, diese Klausel verstoße gegen Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 1 1 und Art 7 Abs 4 DSGVO. Art 5 Abs 1 lit a DSGVO sowie § 6 Abs 3 KSchG .

Bei der online Anmeldung zum Jö Bonus Club auf der Webseite der Beklagten sei die Einwilligungsmöglichkeit zum Profiling und zur Werbung mit personalisierten Angeboten nicht so ausgestaltet, dass sie den Vorgaben der DSGVO an die Freiwilligkeit entspreche.

Wer sich zum Jö Bonus Club anmelden möchte, könne zwar durch Anklicken der Zeile „Ja, ich stimme (...) zu (...)“ oder „Nein, ich stimme (...) nicht zu (...)“ aktiv eine Auswahl treffen, ob man die Einwilligung zur Datenverarbeitung geben möchte, die Einwilligung erfolge aber dennoch nicht in informierter und unmissverständlicher Weise:

Die Kästchen zur Zustimmung oder Nichtzustimmung würden durch den Hinweis

„Ja, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung zu und möchte somit von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren“

oder

„Nein, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung nicht zu und möchte somit nicht von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren“

kommentiert und finde sich unter der einleitenden Überschrift „Genießen Sie ihre ganz persönlichen Vorteile “.

Durch diesen Begleittext werde das Bild, das der Betroffene von der Bedeutung der Einwilligung im Kontext der gesamten Anmeldung habe, verzerrt. Für den Betroffenen sei nicht klar, ob er seine Einwilligung zu dieser Datenverarbeitung geben müsse, um von den allgemeinen Rabatten und Aktionen, die Gegenstand des Vertrags sind, profitieren zu können. Es werde der Eindruck erweckt, dass ohne die Einwilligung überhaupt nicht von den Vorteilen der Mitgliedschaft im Jö Bonus Club (insbesondere Rabatte und Vergünstigungen) profitiert werden könnte, während sich die Einwilligung nach der Erklärung in Wahrheit nur auf das Profiling zur Versendung personalisierter Werbung beziehe.

Es handle sich daher um keine wirksame freiwillige Einwilligung nach Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Abs 1 Z 11 DSGVO, da missverständlich sei, worauf sich die Einwilligung beziehe.

Da der Begleittext den Eindruck erwecke, dass man nur bei Einwilligung von Vorteilen und Aktionen des Jö Bonus Clubs profitieren könne, liege weiters ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO vor; auch aus diesem Grund sei die Ausgestaltung der Einwilligungserklärung

unwirksam.

Die oben dargelegte unklare Ausgestaltung der Einwilligungserklärung mache die Klausel zudem auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG und nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO.

Die **Beklagte** bestritt dieses Vorbringen und wandte ein, die Einwilligung zum Profiling und zur Werbung mit personalisierten Angeboten auf der Webseite der Beklagten entspreche sämtlichen Anforderungen der DSGVO an eine rechtskonforme und wirksame Einwilligung.

Direkt neben den anzuhakenden Optionen („Ja, ich stimme [...] zu [...]“/„Nein, ich stimme [...] nicht zu [...]“) erfolge ein ausdrücklicher Verweis auf „untenstehende Einwilligungserklärung“.

In der Einwilligungserklärung werde das „Profiling“ als konkreter Zweck der Datenverarbeitung ausdrücklich genannt und erläutert, das Mitglied erhalte damit ein umfassendes Bild über die Datenverarbeitung, auf die sich die Einwilligung beziehe.

Zudem werde in der Einwilligungserklärung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Einwilligung für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig sei. Dadurch sei für das Mitglied eindeutig und unzweifelhaft erkennbar, dass sich die Einwilligung ausschließlich auf das Profiling beziehe und eine Anmeldung zum jö Bonus Club auch ohne die Einwilligung zum Profiling möglich sei.

Die Einwilligungserklärung befinde sich direkt unter oben genanntem Verweis und sei im gesamten durch Querlinien, Umrandungen sowie größeren Zeilenabstand und farblichem Unterschied hervorgehoben. Für das Mitglied sei daher eindeutig erkennbar, dass sich die Einwilligung ausschließlich auf das in der Einwilligungserklärung erläuterte Profiling

beziehe.

Das Mitglied habe zudem bereits vor Erteilung der Einwilligung die AGB zu akzeptieren und die Datenschutzerklärung zur Kenntnis zu nehmen. In diesen Dokumenten werde ebenfalls ausdrücklich und fett hervorgehoben mehrfach erläutert, dass die Einwilligung ausschließlich dem Profiling diene (Punkte 5.4 und 5.5 der AGB bzw. Punkte 4.4 und 4.5 der Datenschutzerklärung) und nicht für die Anmeldung zum jö Bonus Club erforderlich sei. Es werde in diesen Punkten ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Mitglied auch ohne Einwilligung am jö Bonus Club teilnehmen und Ös sammeln und einlösen könne.

Da die Erteilung der Einwilligung somit nicht an die Vertragserfüllung gekoppelt sei, erfolge die Einwilligung des Mitglieds freiwillig im Sinne von Art 7 Abs 4 DSGVO. Die Einwilligung zum Profiling verstoße nicht gegen das Koppelungsverbot.

Die Einwilligungserklärung sei auch präzise in kurzer und knapper Form ohne Fachtermini sowie ohne komplexe Fremdwörter gehalten. Die Beklagte stelle dadurch sicher, dass die Einwilligungserklärung für das Mitglied durchschaubare, verständliche und klare Formulierungen enthalte, weshalb auch kein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Zu Klausel 2:

2. Einwilligungserklärung: Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5 und 5.6 AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass die Unser Ö-Bonus Club GmbH sowie die jö Partner, bei denen ich meine jö Karte verwendet habe,

(1) meine Teilnahmedaten und Einkaufsdaten zusammenführen und analysieren, um mir für mich relevante und auf meine Interessen zugeschriebene, individualisierte Informationen zum jö Bonus Club Programm zukommen zu lassen und Angebote zum Sammeln und Einlösen von Ös auf meine Bedürfnisse anzupassen (sog. „Profiling“ für Zielgruppenselektionen, Werbemaßnahmen

und aggregierte Auswertungen für Sortimentsoptimierung sowie Tracking zur Erfolgsmessung von Werbemaßnahmen), um

(2) mir Werbung mit personalisierten Angeboten über Produkte und Dienstleistungen des Betreibers und der jö Partner per Post, E-Mail, SMS, MMS, Push-Nachrichten, Nachrichten über Apps und Messenger zuzusenden, und

(3) dass meine auf diese Weise gewonnenen personenbezogenen Daten bei Widerruf meiner Einwilligung, spätestens nach Ende meiner Mitgliedschaft gelöscht werden. Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig und ich kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Unser Ö-Bonus Club GmbH (IZ NÖ.-Süd, Straße 3, Objekt Td, A-2355 Wiener Neudorf) postalisch, per E-Mail an datenschutz@joe-club.at oder telefonisch (01 384-5000) widerrufen,

Datum* Unterschrift

Diese Unterschrift gilt nur für die Einwilligungserklärung und ist freiwillig. Ihre Anmeldung zum jö Bonus Club ist auch ohne Unterschrift wirksam.

(* Pflichtfeld)

brachte der **Kläger** vor, diese Klausel verstoße gegen Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 11 und Art 7 Abs 4 DSGVO, Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 Abs 1 DSGVO. § 6 Abs 3 KSchG und Art 25 Abs 2 DSGVO.

Bei der Anmeldung zum Jö Bonus Club durch Ausfüllen des Papierformulars, sei die Einwilligungsmöglichkeit zum Profiling und zur Werbung mit personalisierten Angeboten nicht so ausgestaltet, dass sie den Vorgaben der DSGVO an die Freiwilligkeit entspreche.

Durch die Anordnung auf dem Formular sei keine wirksame Einwilligung gegeben bzw. liege ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot vor. Es wirke als müsse die Einwilligungserklärung zur wirksamen Anmeldung zum jö Bonus Club jedenfalls abgegeben werden.

Dieser Eindruck werde durch die unterhalb der Einwilligungserklärung am unteren Rand des Anmeldebogens - und zwar nur dort - angeführten Felder für Datum und Unterschrift, wobei das Feld „Datum“ durch ein Sternchen als Pflichtfeld

markiert sei, noch verstärkt. Der darunter angeordnete und kleingedruckte Hinweis, dass die Unterschrift nur für die Einwilligung gelte und freiwillig sei und die Anmeldung zum jö Bonus Club auch ohne die Unterschrift wirksam sei, verbessere das Gesamtbild nicht. Es entstehe der Eindruck, dass man die Anmeldung in jedem Fall unterschreiben müsse. Dass sich die Unterschrift nur auf die Einwilligungserklärung beziehen solle, komme nicht deutlich genug zum Ausdruck. Auf dem gesamten Anmeldebogen befinde sich nur ein einziges Feld für die Unterschrift, weshalb Betroffene dieses unterschreiben wollen, da schriftliche Vertragsabschlüsse üblicherweise durch Setzen einer Unterschrift abgeschlossen werden.

Nach ErwGr 32 DSGVO müsse die Einwilligung „durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet werde, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden sei“. Da Betroffene die Unterschrift in diesem Fall, auch ohne Bewusstsein für die Freiwilligkeit setzen könnten, könne nicht von einer freiwilligen, informierten und unmissverständlichen Einwilligung ausgegangen werden.

Die dargelegte unklare Ausgestaltung der Einwilligungserklärung mache die Klausel zudem auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG. Es liege auch ein Verstoß gegen Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 Abs 1 DSGVO vor, da eine wirksame Einwilligung suggeriert werde, obwohl eine solche nicht vorliege.

Die **Beklagte** bestritt und brachte zu dieser Klausel vor, auch die Einwilligung zum Profiling und zur Werbung mit personalisierten Angeboten auf dem Anmeldeformular in der Anmeldebroschüre der Beklagten entspreche sämtlichen Anforderungen nach der DSGVO. Die Einwilligung sei auch **nicht**

an den Vertragsabschluss gekoppelt.

Gleich zu Beginn des Anmeldeformulars, auf welchem sich die Einwilligungserklärung befinde, erfolge zudem der deutlich sichtbare Hinweis „* Pflichtfelder“, wodurch unmissverständlich klargestellt werde, welche Felder für die Anmeldung zum jö Bonus Club ausgefüllt werden müssen und welche nicht. Der Hinweis sei durchgehend in Großbuchstaben sowie in einer anderen Farbe (Grau anstatt Schwarz) verfasst, sodass er sich vom übrigen Text optisch abhebe.

Mit dem optisch hervorgehobenen Hinweis „Pflichtfelder“ zu Beginn des Anmeldeformulars werde jeder Zweifel darüber ausgeräumt, welche Angaben für die Anmeldung erforderlich seien und welche nicht. Da das Unterschriftenfeld nicht mit * gekennzeichnet sei, sei für das Mitglied eindeutig erkennbar, dass die Unterschrift für die Anmeldung zum jö Bonus Club nicht erforderlich sei und die Unterschrift ausschließlich der Einwilligung zum Profiling diene.

Direkt unter dem Unterschriftenfeld erfolge der explizite Hinweis darauf, dass die Unterschrift nur für die Einwilligungserklärung gelte, freiwillig sei und die Anmeldung zum jö Bonus Club auch ohne Unterschrift wirksam sei. Dieser Hinweis finde sich unmittelbar unter dem Unterschriftenfeld, sodass er bei Setzen der Unterschrift zwangsweise direkt ins Auge falle. Er sei auch nicht „kleingedruckt“ wie der Kläger vermeine, zumal er nur geringfügig kleiner sei, als die Einwilligungserklärung, wohlgemerkt aber größer als u.a. der Text betreffend das Datum.

Durch den ausdrücklichen Hinweis an mehreren Stellen, dass die Unterschrift nur für die Einwilligung zum Profiling gelte, freiwillig sei und die Anmeldung zum jö Bonus Club auch ohne Unterschrift wirksam ist, stelle die Beklagte sicher, dass der Verbraucher eine freiwillige, informierte und unmissverständliche Einwilligung im Sinne der DSGVO erteile.

Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO liege ebenso nicht vor, zumal für den Verbraucher erkennbar sei, dass die Einwilligung zum Profiling für den Vertragsabschluss nicht notwendig sei.

Die Formulierung der Einwilligungserklärung auf dem Anmeldeformular sei ident mit jener auf der Webseite, weshalb auch diese dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG entspreche.

Zu Klausel 3:

„[...] Beim Hinzutreten neuer jö Partner stimmt das Mitglied durch Verwendung seiner jö Karte beim jeweiligen jö Partner zu, dass auch die bei diesem jö Partner gespeicherten Teilnahme- und Einkaufsdaten von der erteilten Einwilligung umfasst und gemäß den Regelungen der Datenschutzerklärung, insbesondere deren Punkt [4.4./4.5./4.5.1], verarbeitet werden. Der Betreiber wird das Mitglied auf der Webseite unter jö-club.at/partner sowie persönlich mittels Nachricht per Brief bzw., soweit das Mitglied seine Zustimmung dazu erklärt hat, per E-Mail, über das Hinzutreten eines neuen jö Partners informieren. Diese Nachricht wird auch den Hinweis auf die erteilte Einwilligung zur Datenverarbeitung gemäß diesem Unterpunkt enthalten und das Mitglied auf die Erneuerung und Ausdehnung seiner Einwilligung auf den neuen jö Partner durch Verwendung der jö Karte bei diesem jö Partner hinweisen.“

brachte der **Kläger** vor, diese Klausel (Punkt 5.5.2. 5.6.2 der AGB bzw. Punkt 4.4.2, 4.5.2 der Datenschutzerklärung) verstoße gegen Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 11 und Art 7 Abs 4 DSGVO, Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 Abs 1 DSGVO sowie § 6 Abs 3 KSchG.

Selbst bei ursprünglich wirksamer Einwilligung in die Datenverarbeitung, die bei Verwendung der Klauseln 1 und 2, wie dargelegt, nicht vorliege, sei die Ausdehnung dieser Einwilligung bzw. Erneuerung dieser Einwilligung nach Klausel 3 nicht wirksam.

Die räumlich und zeitlich von der entscheidenden Handlung getrennte Information (per Nachricht, E-Mail oder Post) über

die Bedeutung der Verwendung der jö Karte bei einem neuen jö Partner als Einwilligung zum Profiling auch im Hinblick auf diesen neuen jö Partner führe dazu, dass nicht von einer informierten und unmissverständlichen Einwilligung gesprochen werden könne. Es sei auch nicht einmal klar, dass der Betroffene die Information über die Bedeutung seiner Handlung erhalten haben müsse. Die Klausel verstoße daher gegen Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 11 und Art 7 Abs 4 DSGVO. Zugleich sei sie intransparent, da eine wirksame Einwilligung suggeriert werde, es liege somit ein Verstoß gegen Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 Abs 1 DSGVO und § 6 Abs 3 KSchG vor.

Bei Verweisen in einem Klauselwerk führe die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen werde, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040). Die Unzulässigkeit der Klausel ergebe sich daher zum Teil zusätzlich auch noch aus dem Verweis auf eine unzulässige Klausel. Die an mehreren Stellen in den AGB bzw. der Datenschutzerklärung verwendete wortgleiche Klausel, enthalte zum Teil Verweise auf selbst unzulässige Klauseln. So verweise Punkt 5.5.2 der AGB und Punkt 4.4.2 der Datenschutzerklärung auf Punkt 4.4. Die Sub-Klausel 4.4.4 der Datenschutzerklärung, auf die mitverwiesen werde, sei jedoch ebenso unzulässig (siehe dazu unten zu Klausel 4). Der wortgleiche Punkt 5.6.1 der AGB verweise auf Punkt 4.5 der Datenschutzerklärung. Auch in diesem Fall sei die Sub-Klausel 4.5.4, auf die damit mitverwiesen werde, selbst unzulässig (siehe dazu die Ausführungen zu Klausel 5).

Die **Beklagte** bestritt und brachte vor, die konkludente „Ausdehnung“ der Einwilligung zum Profiling auf einen neuen jö Partner durch Verwendung der jö Karte bei diesem jö Partner erfülle sämtliche Anforderungen der DSGVO und sei damit wirksam.

Bereits die Einwilligungserklärung umfasse das Hinzutreten neuer jö Partner und das Profiling durch diese, wenn das Mitglied seine jö Karte beim jeweiligen jö Partner verwende: *„Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5. und Punkt 5.6. AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass [...] sowie die jö Partner, bei denen ich meine Karte verwendet habe, [...]“*

Abgesehen davon werde das Mitglied vor der freiwilligen Einwilligung zum Profiling mehrmals, nämlich in den Punkten 5.5 und 5.6 der AGB sowie in den Punkten 4.4 und 4.5 der Datenschutzerklärung, ausdrücklich darüber informiert, dass die Einwilligung zum Profiling auf den neuen jö Partner „ausgedehnt“ werde, sobald das Mitglied bei diesem seine jö Karte verwende.

Die „Ausdehnung“ der Einwilligung zum Profiling auf einen neuen jö Partner, sobald das Mitglied bei diesem jö Partner seine jö Karte verwende, sei daher schon aus diesen Gründen rechtskonform.

Zusätzlich sehen die AGB der Beklagten vor, dass das Mitglied beim Hinzutreten eines neuen jö Partners sowohl über die Webseite (jo.club.at/partner) als auch persönlich mittels Brief oder (sofern das Mitglied zugestimmt hat) per E-Mail darüber informiert werde, um größtmögliche Transparenz zu gewährleisten.

Ein allenfalls längerer Zeitraum zwischen der Erteilung der ursprünglichen Einwilligung zum Profiling und der Nachricht über das Hinzutreten eines neuen jö Partners sei unschädlich für eine wirksame Einwilligung.

Es sei eine bewusste Entscheidung der Beklagten gewesen, nur jenen jö Partnern, einschließlich neu hinzutretender jö Partner, das Profiling aufgrund der Einwilligung des Mitglieds zu gestatten, bei denen das Mitglied seine jö Karte auch verwende und damit unmissverständlich zum Ausdruck bringe,

dass sich das Mitglied für Angebote und Vorteile dieses jö Partners interessiere.

Die Beklagte habe damit sichergestellt, dass dem Mitglied bei Verwendung seiner jö Karte beim neuen jö Partner unzweifelhaft bewusst sei, dass damit auch die Einwilligung zum Profiling für diesen neuen jö Partner erteilt werde. Die Einwilligungserklärung enthalte auch alle nach der DSGVO vorgeschriebenen Informationen für eine wirksame Einwilligung und sei nicht an den Vertragsabschluss gekoppelt.

Die „Ausdehnung“ der Einwilligung zum Profiling auf neue jö Partner gemäß Klausel 3 sei aus den genannten Gründen rechtskonform und keinesfalls intransparent.

Würde man die Ausdehnung einer einmal gültig erteilten Profiling-Einwilligung auf die Einkaufsdaten bei einem später hinzugetretenen Partner für unzulässig erklären, würde das die Essenz eines Multipartnerprogramms betreffen. Dies sei einem Verbraucher sei Beitritt zu einem Multipartnerprogramm auch bewusst, er rechne mit der Ausweitung des Programms. Kein Kunde gehe davon aus, dass der Kreis der Partner statisch bleibe.

In der erteilten und jederzeit widerruflichen Zustimmung zum Profiling liege daher eine von der AGB Kontrolle ausgenommene Hauptleistungspflicht des Betreibers, weil kein Verbraucher der personalisierte Werbung wolle, diese statisch auf einzelne Partner beschränken wolle.

Die Vorgehensweise der Beklagten sei absoluter Marktstandard.

Zu Klausel 4:

„4. Das Mitglied stimmt auch zu, dass im Rahmen von elektronischer Werbung vom Betreiber erhoben wird, ob das Mitglied die Werbung öffnet, die darin enthaltenen Links

anklickt, wie viel Zeit das Mitglied dafür verwendet, welches Endgerät es dafür verwendet, welches Betriebssystem und welchen Browser es verwendet, an welchem Ort es sich befindet, welche IP-Adresse dem Mitglied zugewiesen wurde, und ob es Soziale Netzwerke nutzt und dort die Inhalte der Werbung allenfalls mit Dritten teilt.

brachte der **Kläger** vor, diese Klausel (Punkt 5.5.4. der AGB bzw. Punkt 4.4.4 der Datenschutzerklärung) verstoße gegen Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 11 und Art 7 Abs 4 DSGVO, Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 Abs 1 DSGVO, § 6 Abs 3 KSchG sowie § 864a ABGB.

Die Klausel stütze die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Analyse des Verhaltens der betroffenen Person **durch den Betreiber** auf die Zustimmung, also Einwilligung der betroffenen Person. In der Einwilligungserklärung (siehe die Klauseln 1, 2 und 3) - die nicht DSGVO-konform sei - finde sich allerdings keine Erläuterung zu dieser Art der Datenverarbeitung. Die bloße Nennung in den AGB bzw. der Datenschutzerklärung führe nicht zu einer freiwilligen, informierten und damit wirksamen Einwilligung nach Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 1 1 und Art 7 Abs 4 DSGVO.

Durch die Formulierung „Das Mitglied stimmt auch zu...“ werde eine wirksame Einwilligung suggeriert. Es liege daher auch Intransparenz und somit ein Verstoß gegen Art 5 Abs 1 lit a iVm Art 12 Abs 1 DSGVO und § 6 Abs 3 KSchG vor, da bei Betroffenen der Eindruck erweckt werden könne, dass die Aufnahme dieser Klausel in die AGB bzw. Datenschutzerklärung allein bereits eine wirksame Einwilligung begründe.

Die Klausel verstoße auch gegen § 864a ABGB, denn sie sei ungewöhnlich, nachteilig und überraschend. Damit, dass die Einwilligung in Profiling und personalisierte Werbung auch die Verarbeitung zur Analyse des Verhaltens des Betroffenen im Hinblick auf die zugesandte personalisierte Werbung

mitumfassen solle, noch dazu in derart umfassendem Ausmaß (Standort bestimmen, Analyse der Nutzung sozialer Netzwerke), müsse der Betroffene nicht rechnen. Diese zusätzliche Verarbeitung der personenbezogenen Daten gehe über das Profiling und die Versendung personalisierter Werbung, denen in der - nicht DSGVO-konformen - Einwilligungserklärung zugestimmt werde hinaus und sei nachteilig für den Betroffenen.

Die **Beklagte** bestritt und brachte vor, die beanstandete Klausel entspreche sämtlichen Vorgaben der DSGVO und verstoße auch **nicht** gegen § 864a ABGB.

Sie befinde sich in Punkt 5.5.4 der AGB, welche das Mitglied ausdrücklich bei der Anmeldung zum jö Bonus Club akzeptiere, sowie in Punkt 4.4.4 der Datenschutzerklärung, welche das Mitglied bei der Anmeldung zum jö Bonus Club zur Kenntnis nehme.

Die Einwilligungserklärung (wortgleich auf der Webseite und auf dem Anmeldeformular) verweise gleich zu Beginn ausdrücklich darauf, dass das Mitglied bei Erteilung der Einwilligung zur Datenverarbeitung gemäß der Punkte 5.5 und 5.6 der AGB sowie der Punkte 4.4 und 4.5 der Datenschutzerklärung (die Punkte 4.4 und 4.5 der Datenschutzerklärung entsprechen inhaltlich exakt den Punkten 5.5 und 5.6 der AGB) zustimme. Weder nach der DSGVO noch einer anderen Rechtsvorschrift ist es erforderlich, dass direkt in der Einwilligungserklärung alle Details der Datenverarbeitung angeführt werden. Eine Erläuterung direkt in der Einwilligungserklärung sei rechtlich nicht geboten und wäre der Transparenz und Verständlichkeit abträglich.

Die Klausel sei entgegen der Rechtsansicht des Klägers auch nicht ungewöhnlich, nachteilig und überraschend iSd § 864a ABGB.

Sie befinde sich auch nicht an einer ungewöhnlichen

Stelle in den AGB bzw der Datenschutzerklärung und werde somit auch nicht „versteckt“.

Die Klausel stehe im Zusammenhang mit einer Einwilligung in das Profiling und die Zusendung personalisierter elektronischer Werbung per E-Mail etc. Das Mitglied müsse daher geradezu damit rechnen, dass auch der Erfolg elektronischer Werbung im Sinne der Klausel gemessen werde. Die Klausel sei daher auch nicht überraschend.

In der beanstandeten Klausel gehe es lediglich um eine „Erfolgsmessung“ bei elektronischer Werbung, hinsichtlich der sozialen Netzwerke lediglich um die Erhebung der Information, ob ein solches Netzwerk genutzt werde und das Mitglied dort die Werbung teile. Keinesfalls gehe es um eine durchgängige und weitreichende Verfolgung des Nutzungsverhaltens des Mitglieds. Auch aus diesem Grund sei die Klausel absolut branchenüblich und verstoße nicht gegen § 864a ABGB.

Zur Klausel 5:

„5. Das Mitglied stimmt auch zu, dass im Rahmen von elektronischer Werbung vom jö Partner erhoben wird, ob das Mitglied die Werbung öffnet, die darin enthaltenen Links anklickt, wie viel Zeit das Mitglied dafür verwendet, welches Endgerät es dafür verwendet, welches Betriebssystem und welchen Browser es verwendet, an welchem Ort es sich befindet, welche IP-Adresse dem Mitglied zugewiesen wurde, und ob es Soziale Netzwerke nutzt und dort die Inhalte der Werbung allenfalls mit Dritten teilt.“

brachte der **Kläger** dieselben Argumente vor, wie zu Klausel 4.

Die Klausel (Punkt 5.6,4 der AGB bzw. Punkt 4.5.4 der Datenschutzerklärung) verstoße gegen Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 11 und Alt 7 Abs 4 DSGVO, Art 5 Abs 1 lit a iVm Alt 12 Abs 1

DSGVO, § 6 Abs 3 KSchG sowie § 864a ABGB.

Sie stütze die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Analyse des Verhaltens der betroffenen Person **im Rahmen von elektronischer Werbung durch einen jö Partner**, bei der neben dem Klickverhalten und Ähnlichem auch der Standort und die Nutzung von sozialen Netzwerken in diesem Zusammenhang erfasst würden, auf die Zustimmung, also Einwilligung der betroffenen Person.

In der Einwilligungserklärung (siehe die Klauseln 1, 2 und 3) - die aus oben beschriebenen Gründen nicht DSGVO-konform sei - finde sich allerdings keine Erläuterung zu dieser Art der Datenverarbeitung. Die bloße Nennung in den AGB bzw. der Datenschutzerklärung führe nicht zu einer freiwilligen, informierten und damit wirksamen Einwilligung nach Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Z 1 1 und Art 7 Abs 4 DSGVO.

Die **Beklagte** bestritt und brachte vor, Klausel 5 entspreche inhaltlich Klausel 4, wobei Klausel 4 die Datenverarbeitung durch die Beklagte betreffe und Klausel 5 die Datenverarbeitung durch die jö Partner. Es würden daher dieselben Argumente wie oben unter Punkt 4 analog vorgebracht. Die Klausel erfülle sämtliche Vorgaben der DSGVO, sei nicht intransparent und verstoße auch nicht gegen § 864a ABGB.

Zur Wiederholungsgefahr brachte der Kläger vor, die Beklagte verwende die inkriminierten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend.

Er habe die Beklagte mit eingeschriebenem Brief vom 21.01.2020 aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, dieser

Aufforderung sei die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist jedoch nicht nachgekommen. Zwar sei die Beklagte nach Erhalt des Abmahnschreibens dazu übergegangen, teilweise abgeänderte Klauseln zu verwenden, doch beseitige dies die Wiederholungsgefahr nicht.

Die Beklagte habe keine Unterlassungserklärung abgegeben. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, deshalb werde Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“, bundesweite Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei beantragt.

Zur Leistungsfrist brachte der Kläger vor, die 14-tägige Frist des § 409 Abs 1 ZPO sei jedenfalls ausreichend, die notwendigen Maßnahmen zu setzen, da es sich bei der begehrten Umsetzung des Unterlassungsbegehrens lediglich um eine reine Unterlassung handle, für welche keine gesonderte Leistungsfrist zu setzen sei.

Die Beklagte bestritt und führte insbesondere aus, dass mit den AGB den Mitgliedern die Teilnahme an einem Bonusclub (Dauerschuldverhältnis) ermöglicht werde, an welchem derzeit über 3,7 Mio Mitglieder teilnahmen und derzeit bei 14 jö Partnern Bonuspunkte sammeln und einlösen könnten. Bei Änderungen der AGB nähmen die Neutextierung, der Druck, die Auslieferung an Jö-Partner und die Zusendung an die Mitglieder zumindest 22 bis 24 Wochen in Anspruch. Es bestünden auch zwischen den jö Partnern und der Beklagten Vertragsbeziehungen, die die interne Abwicklung des Bonusclubs

im Detail regelten. Eine Änderung der AGB mache auch die Änderung dieser Vertragswerke notwendig, um auch eine zukünftige, den geänderten AGB entsprechende, Abwicklung des Bonusclubs zu ermöglichen. Auch diese Änderungen würden eine Vorlaufzeit von mindestens 22 bis 24 Wochen in Anspruch nehmen.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden, Durchführung eines Lokalaugenscheins, ON 10, 149ff und Einvernahme der Geschäftsführerin der Beklagten, [REDACTED] als Partei und der Zeugen [REDACTED], ON 10, AS 115ff; [REDACTED], ON 10, AS 121ff sowie [REDACTED] ON 10, AS 131ff.

Danach steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Bei der Beklagten kann man sich auf unterschiedliche Art und Weise anmelden. Es gibt die Anmeldung über den Tower, über die App und über die Website. Ursprünglich gab es auch die Möglichkeit, sich mittels eines Papierformulars anzumelden, diese Möglichkeit besteht seit geraumer Zeit nicht mehr. Der Folder (./10) dient nicht der Anmeldung in Papierform, sondern unterstützt bei der Anmeldung am Tower und bietet zusätzliche Informationen [REDACTED] ON 10, 14, AS 137).

Interessierte Kunden müssen, um die Anmeldung durchzuführen, zunächst ihre Daten eingeben, um auf eine Seite mit der Bezeichnung „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ zu gelangen.

Auf dieser Seite ist ein Kästchen mit „JA“ zu aktivieren, um zu bestätigen, dass man die allgemeinen

Geschäftsbedingungen gelesen und zur Kenntnis genommen hat. Es ist nicht notwendig vor Aktivierung des „JA“-Kästchens den Text der AGB bis unten durch zu scrollen.

Über Drücken des „Weiter“-Buttons gelangt der Kunde zur „Datenschutzerklärung“ auch hier muss er durch Anklicken eines Kästchens bestätigen, die Erklärung gelesen und zur Kenntnis genommen zu haben.

Erst danach gelangt man zur Einwilligungserklärung zum Profiling (Lokalausweis ON 10, 149).

Die AGB und die Datenschutzerklärung sind überall, also in der App, am Tower und auf der Website die gleichen und entsprechen der in ./10 abgedruckten Version [REDACTED] ON 10, 151).

Die Einleitungen zur Einwilligungserklärung waren in jedem Medium etwas anders ausgestaltet. Die im Klagebegehren ersichtliche Formulierung fand sich so auf der Website [REDACTED] ON 10, 145).

Zur Klausel 1)

Bei der Anmeldung am Tower besteht die Notwendigkeit, eines von zwei Kästchen anzuklicken die wie folgt bezeichnet sind und zur Einwilligung ins Profiling überleiten:

- Ja, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung zu und möchte somit von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.
- nein, ich stimme der Verarbeitung meiner Daten gemäß unten stehender Einwilligungserklärung nicht zu und möchte somit nicht von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.
(Hervorhebung durch das Gericht)

Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5. und 5.6. AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass die Unser Ö-Bonus Club GmbH sowie die jö Partner, bei denen ich meine jö Karte verwendet habe,

(1) meine Teilnahmedaten und Einkaufsdaten zusammenführen und analysieren, um mir für mich relevante und auf meine Interessen zugeschnittene, individualisierte Informationen zum jö Bonus Club Programm zukommen zu lassen und Angebote zum Sammeln und Einlösen von Ös auf meine Bedürfnisse anzupassen (sog. „Profiling“ für Zielgruppenselektionen, Werbemaßnahmen und aggregierte Auswertungen für Sortimentsoptimierung sowie Tracking zur Erfolgsmessung von Werbemaßnahmen), um

(2) mir Werbung mit personalisierten Angeboten über Produkte und Dienstleistungen des Betreibers und der jö Partner per Post, E-Mail, SMS, MMS, Push-Nachrichten, Nachrichten über Apps und Messenger zuzusenden, und

(3) dass meine auf diese Weise gewonnenen personenbezogenen Daten bei Widerruf meiner Einwilligung, spätestens nach Ende meiner Mitgliedschaft gelöscht werden.

Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig und ich kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Unser Ö-Bonus Club GmbH (IZ NÖ-Süd, Straße 3, Objekt 16, A-2355 Wiener Neudorf) postalisch, per Email an datenschutz@joe-club.at oder telefonisch (01 386-5000) widerrufen.
(Hervorhebung durch das Gericht)

Auch wenn man das „nein“-Kästchen aktiviert, kann man im Anschluss auf „Weiter“ klicken und wird im Jö-Bonusclub willkommen heißen (Lokalausweis, ON 10, 151).

Zur Klausel 2)

Die Einwilligungserklärung, Klausel 2, ist in unmittelbarem Zusammenhang mit der oben dargestellten Einleitung zur Einwilligungserklärung, Klausel 1, zu sehen. Sie lautet:

2. Einwilligungserklärung: Ich erkläre mich gemäß Punkt 5.5 und 5.6 AGB (ebenso Punkte 4.4. und 4.5. der Datenschutzerklärung) damit einverstanden, dass die Unser Ö-Bonus Club GmbH sowie die jö Partner, bei denen ich meine jö Karte verwendet habe,

(1) meine Teilnahmedaten und Einkaufsdaten zusammenführen und analysieren, um mir für mich relevante und auf meine Interessen zugeschriebene, individualisierte Informationen zum jö Bonus Club Programm zukommen zu lassen und Angebote zum Sammeln und Einlösen von Ös auf meine Bedürfnisse anzupassen (sog. „Profiling“ für Zielgruppenselektionen, Werbemaßnahmen und aggregierte Auswertungen für Sortimentsoptimierung sowie Tracking zur Erfolgsmessung von Werbemaßnahmen), um

(2) mir Werbung mit personalisierten Angeboten über Produkte und Dienstleistungen des Betreibers und der jö Partner per Post, E-Mail, SMS, MMS, Push-Nachrichten, Nachrichten über Apps und Messenger zuzusenden, und

(3) dass meine auf diese Weise gewonnenen personenbezogenen Daten bei Widerruf meiner Einwilligung, spätestens nach Ende meiner Mitgliedschaft gelöscht werden. Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig und ich kann sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft gegenüber der Unser Ö-Bonus Club GmbH (IZ NÖ.-Süd, Straße 3, Objekt Td, A-2355 Wiener Neudorf) postalisch, per E-Mail an datenschutz@joe-club.at oder telefonisch (01 384-5000) widerrufen,

Datum* Unterschrift

Diese Unterschrift gilt nur für die Einwilligungserklärung und ist freiwillig. Ihre Anmeldung zum jö Bonus Club Ist auch ohne Unterschrift wirksam.

(* Pflichtfeld)

Im Fall der Anmeldung am Tower ist keine Unterschrift nötig, sondern das Betätigen des „Weiter“-Buttons.

Zu Klausel 3, 4 und 5)

In ihren AGB und der Datenschutzerklärung formuliert die Beklagte unter anderem folgende Klauseln:

Klausel 3)

„[...] Beim Hinzutreten neuer jö Partner stimmt das Mitglied durch Verwendung seiner jö Karte beim jeweiligen jö Partner zu, dass auch die bei diesem jö Partner gespeicherten Teilnahme- und Einkaufsdaten von der erteilten Einwilligung umfasst und gemäß den Regelungen der Datenschutzerklärung, insbesondere deren Punkt [4.4./4.5./4.5.1], verarbeitet werden. Der Betreiber wird das Mitglied auf der Webseite unter jo-club.at/partner sowie persönlich mittels Nachricht per Brief bzw., soweit das Mitglied seine Zustimmung dazu erklärt hat, per E-Mail, über das Hinzutreten eines neuen jö Partners informieren. Diese Nachricht wird auch den Hinweis auf die erteilte Einwilligung zur Datenverarbeitung gemäß diesem Unterpunkt enthalten und das Mitglied auf die Erneuerung und Ausdehnung seiner Einwilligung auf den neuen jö Partner durch Verwendung der jö Karte bei diesem jö Partner hinweisen.“

Klausel 4)

„4. Das Mitglied stimmt auch zu, dass im Rahmen von elektronischer Werbung vom Betreiber erhoben wird, ob das Mitglied die Werbung öffnet, die darin enthaltenen Links anklickt, wie viel Zeit das Mitglied dafür verwendet, welches Endgerät es dafür verwendet, welches Betriebssystem und welchen Browser es verwendet, an welchem Ort es sich befindet, welche IP-Adresse dem Mitglied zugewiesen wurde, und ob es Soziale Netzwerke nutzt und dort die Inhalte der Werbung allenfalls mit Dritten teilt.

Klausel 5)

„5. Das Mitglied stimmt auch zu, dass im Rahmen von elektronischer Werbung vom jö Partner erhoben wird, ob das Mitglied die Werbung öffnet, die darin enthaltenen Links anklickt, wie viel Zeit das Mitglied dafür verwendet, welches Endgerät es dafür verwendet, welches Betriebssystem und welchen Browser es verwendet, an welchem Ort es sich befindet, welche IP-Adresse dem Mitglied zugewiesen wurde, und ob es Soziale Netzwerke nutzt und dort die Inhalte der Werbung allenfalls mit Dritten teilt.“

Zur Leistungsfrist

Das Bonuskundenprogramm der Beklagten zählt derzeit etwa 3,7 Mio Mitglieder. Die Änderung der Geschäftsbedingungen nehmen die Neutextierung, der Druck, die Auslieferung an Jö-Partner und die Zusendung an die Mitglieder zumindest 22 bis 24 Wochen in Anspruch.

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht aufgrund folgender Beweiswürdigung:

Soweit sich Feststellungen auf unbedenkliche Beweisergebnisse gründen, sind diese in Klammerausdrücken bei der jeweiligen Feststellung angeführt.

Die wesentlichen Tatsachen waren weitestgehend unstrittig.

Der vollständige Text der jeweiligen Klauseln ergab sich aus Beilage ./3.

Dass die Beklagte für das Setzen sämtlicher erforderlicher Maßnahmen zur Änderung von AGB und Formularen zumindest 22 bis 24 Wochen benötigt, ergab sich aus der Lebenserfahrung. Es ist evident, dass allein die rechtskonforme Neutextierung eine erhebliche Zeitspanne in Anspruch nehmen kann. Der Druck und die Auslieferung an 3,7 Mio Mitglieder und Partner stellen ebenfalls einen enormen organisatorischen Aufwand dar. Darüber hinaus sind neben den Drucksorten auch Anpassungen der App, der Programmierung des Towers und der Website erforderlich, wobei der Zeuge [REDACTED] nachvollziehbar ausführte, dass allein dafür sieben bis neun Wochen einzukalkulieren sind [REDACTED] (ON 10, 131).

Rechtlich folgt daraus:

Zur Aktivlegitimation

Der EuGH hat zu C-319/20 am 28.4.2022 klargestellt, dass die DSGVO einer auf § 28 KSchG gestützten Verbandsklage nicht entgegensteht. Der Kläger ist daher im gegenständlichen Verfahren aktiv legitimiert.

Zu Klausel 1)

Wie festgestellt, können Konsumenten sich an den Seiten zu AGB und Datenschutzerklärung „vorbeiklicken“, ohne den ausführlichen Text auf diesen Seiten tatsächlich gelesen zu haben.

In der Folge ist es den Konsumenten im Ergebnis tatsächlich freigestellt, das „ja“-Kästchen oder das „nein“-Kästchen zu aktivieren, in beiden Fällen werden sie im JÖ Bonusklub willkommen geheißen.

Dieses Ergebnis ändert jedoch nichts daran, dass die dargestellte Aufmachung der Erklärung zweifellos suggeriert, dass man sich mit der Auswahl des „Ja“-Kästchens „für exklusive Vorteile und Aktionen entscheidet“, während man mit Auswahl des „nein“-Kästchens auf den Profit aus solchen Vorteilen und Aktionen verzichtet. Anders kann die Formulierung „Ich stimme (...) zu und möchte somit von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.“ bzw. „Ich stimme (...) nicht zu und möchte somit nicht von exklusiven Vorteilen und Aktionen profitieren.“ nicht verstanden werden.

Der durchschnittliche Konsument zieht angesichts dieser Formulierung zweifellos den Rückschluss, dass ein Profitieren von Vorteilen und Aktionen nur mit Zustimmung möglich ist.

Daran vermag auch die einige Absätze später erfolgende Klarstellung nichts zu ändern, die darüber hinaus selbst noch irreführend formuliert ist, wenn es heißt, „Meine Einwilligung ist für den Vertragsabschluss nicht zwingend notwendig“ – was suggeriert, dass die Einwilligung wenn auch nicht zwingend, so doch in irgendeiner Form notwendig oder zumindest ratsam wäre.

Die durch das Anklicken des „JA“ Kästchens gegebene Einwilligung wird daher nicht freiwillig iSd Art 6 Abs 1 lit a iVm Art 7 Abs 1 iVm Art 4 Abs 1 Z 11 DSGVO abgegeben.

Darüber hinaus liegt auch ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO vor und ist die Klausel intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG und Art 5 Abs 1 lit a DSGVO.

Die Einwände der Beklagten, aus den AGB und der Datenschutzerklärung ergäbe sich ausdrücklich und mehrfach, sogar fett hervorgehoben, dass die Einwilligung ausschließlich dem Profiling diene und nicht für die Anmeldung zum Jö Bonus Club erforderlich sei, können vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Da nicht erwartet werden kann, dass der durchschnittliche Konsument, der seine Jö-Karte zügig aktivieren möchte, seitenlange AGB daraufhin studiert, ob sie dem oben dargestellten, sich aus der Formulierung der Einwilligungserklärung eindeutig ergebenden Eindruck widersprechen.

Zu Klausel 2)

Wie dargestellt, ist die Einwilligungserklärung in engem Zusammenhang mit Klausel 1 zu sehen. Es ist eben diese Einwilligung, zu der, wie oben dargestellt, suggeriert wird, dass sie für das Profitieren von Aktionen und Vorteilen erforderlich wäre.

Dieser Eindruck wird noch verstärkt, indem das Feld „Datum* Unterschrift“ mit einem Sternchen als (*Pflichtfeld) gekennzeichnet ist. Dass sich dieses Sternchen nur auf das Datum beziehen sollte, wie die Beklagte vermeint, ist so ungewöhnlich, dass nicht erwartet werden kann, dass Konsumenten die Formulierung auch nur in dieser Weise verstehen könnten.

Tatsächlich ist davon auszugehen, dass nach der Entscheidung für die Vorteile und damit für die Einwilligungserklärung, die Unterschriftsleistung oder das „Weiter“-Klicken lediglich eine Formalität darstellen.

Der kleingedruckte Hinweis unter dem Unterschriftsfeld, dass die Unterschrift nur für die Einwilligungserklärung gelte und freiwillig sei, ist wenig aufschlussreich, da die Unterschrift naturgemäß freiwillig geleistet wird, oder eben nicht. Wenn (erst) im zweiten kleingedruckten Satz, den der Großteil der Konsumenten nach dem wenig aufschlussreichen ersten Satz wohl gar nicht mehr liest, erwähnt wird, dass eine Anmeldung zum jö Bonus Club auch ohne Unterschrift wirksam ist, so wäre das grundsätzlich die dem Konsumenten geschuldete Klarstellung, sie erfolgt jedoch, wie dargelegt, zu spät und zu verborgen.

Von einer freiwilligen und unmissverständlichen Einwilligung eines unterzeichnenden Konsumenten kann daher nicht die Rede sein. Die unklare Ausgestaltung des Formulars macht die gegenständliche Klausel intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Zu Klausel 3)

Diese Klausel, die die Erweiterung des Kreises der Jö-Partner betrifft, nimmt explizit auf die, wie dargestellt,

rechtswidrige, Einwilligungserklärung Bezug und ist schon deshalb unwirksam.

Zu Klausel 4) und 5)

Die beiden Klauseln sind, wie dargestellt, wortgleich, abgesehen davon, dass mit Klausel 4) dem Betreiber, sohin der Beklagten und mit Klausel 5) dem Jö-Partner das Recht zur Datenerhebung infolge Versendens elektronischer Werbung eingeräumt wird.

Auch diese Klauseln nehmen beide auf die oben dargestellte rechtswidrige Einwilligungserklärung Bezug, indem sie statuieren, „Das Mitglied stimmt auch zu..“ - schon aufgrund dieser Bezugnahme sind auch diese beiden Klauseln unwirksam. Darüber hinaus könnte auch aus einer rechtskonformen freiwilligen und informierten Einwilligung ins Profiling nicht auf eine Einwilligung in weitreichendes Tracking geschlossen werden. Durch eine Bestimmung in AGB, die profan statuiert, „das Mitglied stimmt auch zu“, wird das Erfordernis der Freiwilligkeit und Informiertheit keinesfalls erfüllt. Auch die Klauseln 4) und 5) sind daher unwirksam.

Zur Wiederholungsgefahr:

Die Beklagte verwendete sämtliche inkriminierten Klauseln zumindest in der Vergangenheit in ihren Formularen und steht nach wie vor auf dem Standpunkt, die Verwendung wäre zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (RS0124304). Die Wiederholungsgefahr liegt gegenständlich daher unzweifelhaft vor.

Zur Leistungsfrist

Wie festgestellt hat die Beklagte eine Mitgliederzahl von 3,7 Millionen.

Zur vollständigen Erfüllung des Unterlassungsgebots des „sich Berufens“ gegenüber ihren Bestandskunden hat die Beklagte alle im Verkehr mit ihnen gebrauchten standardisierten Informations- und Korrespondenzwege (insbesondere Drucksorten und Internetseiten) und ihre Vertragsverwaltungsprogramme darauf zu überprüfen, ob sich ihr Inhalt auf eine der für unzulässig erklärten Klauseln bezieht oder darauf aufbaut und erforderlichenfalls Anpassungen vorzunehmen. Sie ist aufgrund des Verbots zu aktivem Handeln verpflichtet.

Wie festgestellt, ist für die zu treffenden Maßnahmen jedenfalls ein Zeitraum von 22 bis 24 Wochen erforderlich, weshalb eine Leistungsfrist von 6 Monaten als angemessen anzusehen war.

Zum Veröffentlichungsbegehren

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Die Urteilsveröffentlichung ist in der Regel in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963). Der OGH hat schon im Hinblick auf die mit der gegenständlichen Klage inkriminierten Klauseln 6 bis 14, zu welchen nunmehr eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt,

eine österreichweite Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet, es war daher auch für die gegenständlichen Klauseln 1 bis 5 die Berechtigung zu einer solchen Veröffentlichung auszusprechen.

Die **Kostenentscheidung** gründet sich auf § 52 Abs 2,3 ZPO.

Landesgericht Wiener Neustadt

Ger.Abt.30, am 28.10.2024

Dr. Nina Painz-Skoczopole
Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG